

TESIS DOCTORAL



2015

LAS RESPONSABILIDADES DE LOS ÁRBITROS

**JAVIER GONZÁLEZ-SORIA Y MORENO DE LA SANTA
LICENCIADO EN DERECHO. DOCTOR EN CIENCIAS
ECONÓMICAS Y EMPRESARIALES**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ROMANO
FACULTAD DE DERECHO
UNED**

DIRECTOR: DR. JULIO GONZÁLEZ SORIA

CO-DIRECTOR: DR. ANA LORETO MOHINO MANRIQUE

TESIS DOCTORAL



2015

LAS RESPONSABILIDADES DE LOS ÁRBITROS

**JAVIER GONZÁLEZ-SORIA Y MORENO DE LA SANTA
LICENCIADO EN DERECHO. DOCTOR EN CIENCIAS
ECONÓMICAS Y EMPRESARIALES**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ROMANO
FACULTAD DE DERECHO
UNED**

DIRECTOR: DR. JULIO GONZÁLEZ SORIA

CO-DIRECTOR: DR. ANA LORETO MOHINO MANRIQUE

DEPARTAMENTO DE DERECHO ROMANO, FACULTAD DE DERECHO UNED.

LAS RESPONSABILIDADES DE LOS ÁRBITROS

**JAVIER GONZÁLEZ-SORIA Y MORENO DE LA SANTA
LICENCIADO EN DERECHO. DOCTOR EN CIENCIAS ECONÓMICAS Y
EMPRESARIALES**

DIRECTOR: DR. JULIO GONZÁLEZ SORIA

CO-DIRECTOR: DR. ANA LORETO MOHINO MANRIQUE

A mi padre, mi maestro
en el arbitraje y en la vida

INDICE

	Lista de Abreviaturas	16
1.	Introducción	18
1.1.	Responsabilidad de los árbitros	18
1.2.	Responsabilidad de las Instituciones Arbitrales permanentes	30
1.3.	Aproximación tradicional a la problemática de la responsabilidad de los árbitros	44
1.4.	Aproximación a la problemática de la responsabilidad de los árbitros desde el Derecho Romano	46
1.4.1.	Procedimiento de las acciones de ley (legis acciones)	49
1.4.1.1.	In lure, ante el magistrado o pretor	50
1.4.1.2.	Posterior apud iudicem, que tiene lugar ante el Juez o tribunal designado	50
1.4.1.3.	Clases de Legis Acciones	51
1.4.1.3.1.	Legis acciones sacramento: in rem e in personam	52
1.4.1.3.2.	Legis acciones per iudici arbitrive postulationem	53
1.4.1.3.3.	Legis acciones per conditionem	54
1.4.1.3.4.	Legis acciones per pignoris capionem	54
1.4.1.3.5.	Legis acciones per manus iniectioem	55
1.4.2.	Procedimiento formulario (per formulas)	57
1.4.2.1.	Estructura del procedimiento formulario	59

1.4.2.2.	Partes ordinarias de la fórmula	59
1.4.2.3.	Partes extraordinarias de la fórmula	60
1.4.2.3.1.	Clausula arbitraria	60
1.4.2.3.2.	Las Prescripciones	61
1.4.2.3.3.	Las Excepciones	61
1.4.2.1.3.1.	Fases del Procedimiento formulario	61
1.4.2.1.3.1.1.	Fase in iure	61
1.4.2.1.3.1.1.1.	Editio actionis	61
1.4.2.1.3.1.1.2.	Citación ante el magistrado	61
1.4.2.1.3.1.1.3.	Comparecencia ante el praetor	61
1.4.2.1.3.1.1.4.	Designación del juez y reducción de la fórmula	61
1.4.2.1.3.1.1.5.	Litis contestatio	61
1.4.2.1.3.1.2	Fase apud iudicem (ante el juez)	62
1.4.2.1.3.1.2.1	Comparecencia	62
1.4.2.1.3.1.2.2	Prueba	62
1.4.2.1.3.1.2.3	Sentencia	62
1.4.2.1.3.1.2.4	Ejecución de la sentencia	64
1.4.2.1.3.1.2.5	Ejecución personal	64
1.4.2.1.3.1.2.6	Ejecución sobre todo el patrimonio	64

1.4.2.1.3.1.2.7	Ejecución sobre parte del patrimonio	65
1.4.2.1.3.1.2.8	Cessio bonorum	65
1.4.3.	Procedimiento extraordinario (extraordinario cognitio)	65
1.4.3.1.	Fases del procedimiento extraordinario	66
1.4.3.1.1.	Citación y comparecencia de las partes	67
1.4.3.1.2.	Prueba	67
1.4.3.1.3.	Sentencia	68
1.4.3.1.4.	Impugnación de la sentencia	68
1.4.3.1.5.	Ejecución de la sentencia	68
1.4.4.	Derecho Germano y Processus executivus	69
1.5.	Aproximación personal a la problemática de la responsabilidad de los árbitros	70
2.	Tipos de Responsabilidades del árbitro.	72
2.1.	Responsabilidad Penal	77
2.2.	Responsabilidad Disciplinaria	84
2.3.	Responsabilidad Extracontractual	96
2.4.	Responsabilidad Administrativa	101
2.5.	Responsabilidad Negocial	104
2.6.	Responsabilidad Civil	113

2.6.1.	Derivada del delito	114
2.6.2.	Derivada del ordenamiento jurídico-civil	115
3.	Obligaciones del árbitro que pueden derivar en exigencias de responsabilidad civil	159
3.1.	Obligaciones del árbitro anteriores a la aceptación del árbitro	159
3.1.1.	Examinar su capacidad para ser árbitro	160
3.1.2.	Examinar su competencia y predisposición para ser árbitro	168
3.1.2.1.	Contar con un Seguro de Responsabilidad Civil	177
3.1.3.	Examinar posibles conflictos de intereses	178
3.1.4.	Examinar la viabilidad del arbitraje a tenor del convenio arbitral	199
3.1.4.1.	Posible desistimiento del convenio arbitral	200
3.1.4.2.	Caducidad del convenio arbitral	216
3.1.4.3.	Nulidad del convenio arbitral	220
3.1.4.3.1.	En relación con el objeto	225
3.1.4.3.1.1	Inexistencia	236
3.1.4.3.1.1.1.	Por falta total o absoluta del negocio principal sobre el que se funda la «res litis»	239
3.1.4.3.1.1.2.	Por falta de la relación jurídica singular a la que ha de referirse el arbitraje	239
3.1.4.3.1.1.3.	Por inexistencia de la controversia	240
3.1.4.3.1.1.3.1.	Por no haber surgido la relación jurídica	247
3.1.4.3.1.1.3.2.	Por haberse extinguido la relación jurídica	247

3.1.4.3.1.1.3.2.1.	Cosa juzgada; cosa arbitrada; cosa transigida	247
3.1.4.3.1.1.3.2.2.	Otros actos jurídicos	250
3.1.4.3.1.2.	Ilicitud: Indisponibilidad del objeto	250
3.1.4.3.1.2.1.	Por ser materias indisponibles	262
3.1.4.3.1.2.1.1.	De carácter civil	263
3.1.4.3.1.2.1.1.1.	Personas	263
3.1.4.3.1.2.1.1.2.	Cosas	263
3.1.4.3.1.2.1.1.3.	Familia	268
3.1.4.3.1.2.1.1.4.	Sucesiones	268
3.1.4.3.1.2.1.2.	De carácter mercantil	271
3.1.4.3.1.2.1.3.	Por ser cuestiones de la Ley General de Telecomunicaciones	288
3.1.4.3.1.2.2.	Por ser cuestiones sobre las que ha recaído resolución judicial firme y definitiva	288
3.1.4.3.1.2.3.	Por ser materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición	289
3.1.4.3.1.2.4.	Por ser cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos	291
3.1.4.3.1.2.5..	Materias excluidas del ámbito de aplicación de la NLAB: Los arbitrajes laborales y los arbitrajes de consumo	292
3.1.4.3.1.3.	Incumplimientos de forma del convenio arbitral que supongan su inexistencia	293
3.2.	Obligaciones posteriores a la aceptación del árbitro	322

3.2.1.	Obligaciones generales	322
3.2.2.	Obligación de fijar y comunicar a las partes unos honorarios y gastos de arbitraje justos	327
3.2.2.1.	Determinación de los honorarios del árbitro	337
3.2.2.1.1.	Inexistencia de la relación bilateral del artículo 1.544 CC entre los árbitros y las partes	339
3.2.2.1.2.	Existencia de un pacto o aceptación expresa e inequívoca por las partes de la cuantía de los honorarios y gastos de los árbitros.	343
3.2.3.	Obligación de determinar y conducir el procedimiento y cumplir los principios y formalidades	351
3.2.3.1.	Principios esenciales según la NLAB.: Audiencia, contradicción e igualdad	365
3.2.3.2.	Principios técnicos dimanantes de la NLAB	374
3.2.3.2.1.	Principio de libertad formal	374
3.2.3.2.2.	Principio del secreto de las actuaciones	376
3.2.3.2.3.	Principio de asistencia letrada	378
3.2.3.2.4.	Principio del impulso de oficio	380
3.2.3.2.5.	Principio de predominio de la escritura frente al de oralidad	386
3.2.3.2.6.	Principio de aportación de parte	387
3.2.3.2.7.	Principio de preclusión de las actuaciones	388
3.2.3.2.8.	Principio dispositivo	390
3.2.3.3.	Medidas cautelares	393
3.2.3.3.1.	Medidas cautelares solicitadas al Juez	393

3.2.3.3.2.	Medidas cautelares solicitadas a los Árbitros	408
3.2.4.	Obligación de dictar, en tiempo oportuno, un laudo procedente, previendo que el mismo no contenga vicios que impidan que se convierta en firme y definitivo.	413
3.2.4.1.	Reflexiones generales	413
3.2.4.2.	Obligación genérica de laudar bien	430
3.2.4.2.1.	Arbitraje de Derecho	437
3.2.4.2.2.	Arbitraje en equidad	441
3.2.4.3.	Obligación de que el laudo respete la estructura formal exigida	446
3.2.4.4.	Obligación de que el laudo respete el quorum exigido	454
3.2.4.5.	Obligación de que el laudo no sea contrario al orden público	465
3.2.4.5.1.	Concepto y clase de Orden Público	465
3.2.4.5.1.1.	Orden público material	487
3.2.4.5.1.2.	Orden público procesal	488
3.2.4.5.1.3.	Orden público económico	535
3.2.4.6.	Obligación de que el laudo no sea incongruente	542
3.2.4.6.1.	Régimen jurídico	554
3.2.4.6.1.1.	Comparación laudo-controversia	554
3.2.4.6.1.2.	Controversia	555
3.2.4.6.1.2.1.	Forma de determinación	555

3.2.4.6.1.2.2.	Interpretación	557
3.2.4.6.1.3.	Laudo	560
3.2.4.6.1.4.	Efectos	561
3.2.4.7.	Obligación de que el laudo no sea extemporáneo	575
3.3.	Obligaciones del árbitro posteriores a la emisión del laudo	591
3.3.1	Protocolización, notificación e inscripción del laudo	591
3.3.1.1.	Protocolización del laudo	591
3.3.1.2.	Notificación a las partes	592
3.3.1.3.	Inscripción del laudo	595
3.3.2.	Resolución del Recurso de Aclaración	596
3.3.3.	Colaboración con la Administración de Justicia	600
3.3.3.1.	Posible participación del árbitro en la acción de impugnación	602
4.	Conclusiones	606
4.1.	Marco conceptual de la responsabilidad de los árbitros e instituciones arbitrales permanentes	606
4.1.1.	Responsabilidad de los árbitros	606
4.1.1.1.	Marco de referencia de la responsabilidad de los árbitros desde la óptica del Derecho Romano	606
4.1.1.2.	Marco de referencia de la responsabilidad de los árbitros desde la óptica del Derecho Positivo Contemporáneo español	616
4.1.2.	Responsabilidad de las Instituciones Arbitrales permanentes	616

4.2.	Tipos de Responsabilidades del árbitro.	618
4.2.1.	Responsabilidad Penal	618
4.2.2.	Responsabilidad Disciplinaria	620
4.2.3.	Responsabilidad Extracontractual	622
4.2.4.	Responsabilidad Administrativa	623
4.2.5.	Responsabilidad Negocial	625
4.2.6.	Responsabilidad Civil	627
4.2.6.1.	Derivada del delito	627
4.2.6.2.	Derivada del ordenamiento jurídico-civil	628
4.3.	Obligaciones anteriores a la aceptación del árbitro que pueden derivar en exigencias de responsabilidad civil	631
4.3.1.	Examinar su capacidad para ser árbitro	631
4.3.2.	Examinar su competencia y predisposición para ser árbitro	632
4.3.3.	Contar con un Seguro de Responsabilidad Civil	633
4.3.4.	Examinar posibles conflictos de intereses	633
4.3.5.	Examinar la viabilidad del arbitraje a tenor del convenio arbitral	635
4.3.5.1	Posible desistimiento del convenio arbitral	635
4.3.5.2.	Caducidad del convenio arbitral	637
4.3.5.3.	Nulidad del convenio arbitral	638

4..4.	Obligaciones posteriores a la aceptación del árbitro que pueden derivar en exigencias de responsabilidad civil	643
4.4.1.	Obligaciones generales	643
4.4.2.	Obligación de fijar y comunicar a las partes unos honorarios y gastos de arbitraje justos.	644
4.4.3.	Obligación de determinar y conducir el procedimiento y cumplir los principios y formalidades	648
4.4.3.1.	Principios esenciales según la NLAB.: Audiencia, contradicción e igualdad	648
4.4.3.2	Principios técnicos dimanantes de la NLAB	651
4.4.3.2.1.	Principio de libertad formal	654
4.4.3.2.2.	Principio del secreto de las actuaciones	654
4.4.3.2.3.	Principio de asistencia letrada	655
4.4.3.2.4.	Principio del impulso de oficio	655
4.4.3.2.5.	Principio de predominio de la escritura frente al de oralidad	655
4.4.3.2.6.	Principio de aportación de parte	655
4.4.3.2.7.	Principio de preclusión de las actuaciones	655
4.4.3.2.8.	Principio dispositivo	655
4.4.4.	Medidas cautelares	656
4.4.5.	Obligación de dictar, en tiempo oportuno, un laudo procedente, previendo que el mismo no contenga vicios que impidan que se convierta en firme y definitivo.	657
4.4.5.1.	Obligación de que el laudo respete la estructura formal exigida	659

4.4.5.2.	Obligación de que el laudo respete el quorum exigido	660
4.4.5.3.	Obligación de que el laudo no sea contrario al orden público	662
4.4.5.4.	Obligación de que el laudo no sea incongruente	664
4.4.5.5.	Obligación de que el laudo no sea extemporáneo	669
4.5.	Obligaciones del árbitro posteriores a la emisión del laudo	672
4.5.1.	Protocolización del laudo	672
4.5.2.	Notificación del laudo	672
4.5.3.	Inscripción del laudo	674
4.5.4.	Resolución del Recurso de Aclaración	674
4.5.5.	Colaboración con la Administración de Justicia	675
	Bibliografía	677
	Apéndice 1: Relación razonada de decisiones jurisprudenciales analizadas en la presente obra	688
	Apéndice 2: Textos coordinados de las Leyes de Arbitraje de 1988 y 2003, con las modificaciones de 2011	704

LISTA DE ABREVIATURAS

AAP Auto de la Audiencia Provincial
ADC Anuario de Derecho Civil
AP Audiencia Provincial
ATC Auto del Tribunal Constitucional
BOE Boletín Oficial del Estado
CC Código Civil
Ccom Código de Comercio
CE Constitución Española, de 27 Diciembre 1978
CNUDMI Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (o sus siglas en inglés UNCITRAL)
C.p.c. Codice di Procedura Civile (Italia)
D Digesto
DGRN Dirección General de los Registros y del Notariado
EM Exposición de Motivos
IVDP Instituto Vasco de Derecho Procesal
JPI Juzgado de Primera Instancia
LAB Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de Diciembre
LEC Ley 1/2000, de 7 de Enero. Aprueba la Ley de Enjuiciamiento Civil
Ley Modelo Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional
LH Ley Hipotecaria
LOPJ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial
LPH Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960
LPI Ley de Propiedad Intelectual (aprobada por RDL 1/96, de 12 de abril)
LSC Ley de Sociedades de Capital (aprobado por RDL 1/2010, de 2 de julio)
NLAB Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje
P Partidas
RDL Real Decreto Legislativo
RVDPA Revista Vasca Derecho Procesal y Arbitraje
RRM Reglamento del Registro Mercantil
SA Sociedad Anónima

SAP Sentencia de la Audiencia Provincial

SRL Sociedad de Responsabilidad Limitada

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TC Tribunal Constitucional

TS Tribunal Supremo

TR LGDCU Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre)

UNCITRAL United Nations Commission on International Trade Law

1.- Introducción

1.1. Responsabilidad del Arbitro

La Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, que derivó de la Convención de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales, ha sido determinante para la uniformidad normativa en esta materia, puesto que ha servido de base a las legislaciones de muchos de los países que han ratificado la Convención. Sin embargo, a pesar de que la Ley Modelo UNCITRAL se refiere prácticamente a todas las etapas del arbitraje, de forma consciente no regula la responsabilidad civil de los árbitros, por lo polémico del asunto.

Los enfoques sobre la responsabilidad de los árbitros difieren dependiendo de diversos factores, tales como las experiencias propias, la cultura y el sistema jurídico –en relación a su proclividad o no a exigir la responsabilidad de los juzgadores o a concebirlos como una élite que no admite cuestionamientos- e incluso el peso que tenga en cada país la institución arbitral y especialmente los Instituciones Arbitrales permanentes.

Partiendo de la teoría general de que todo hecho ilícito que cause un perjuicio trae aparejada la responsabilidad para su autor o de que todo daño injusto da derecho a una reparación a favor de aquel que lo ha sufrido, a salvo de los estatutos legales y reglamentarios que limitan o absuelven de responsabilidad a los árbitros, el principio general es que, tratándose de personas capaces, profesionales del derecho en la mayor parte de los casos, deben responder por los daños que causen en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, los árbitros se asemejan a los jueces en el sentido de que desempeñan una labor jurisdiccional que requiere ser ejecutada con imparcialidad e independencia, alejada de presiones innecesarias. Existe una tensión natural entre el derecho común que obliga al autor de un daño a repararlo y elementos como la autoridad de la cosa juzgada, el carácter interpretativo de las normas, y la verdad jurídica en contraposición con la verdad material. No obstante, los árbitros no son jueces, carecen de investidura estatal. Son particulares, profesionales de distintos sectores, la mayoría de las veces abogados, que tienen una función transitoria que nace de una voluntad concorde de las partes que sustraen sus controversias sobre materias de libre disposición de la jurisdicción ordinaria para que sean decididas por personas independientes e imparciales.

La naturaleza híbrida de la institución arbitral lleva incluso a cuestionar si la responsabilidad arbitral es contractual, delictual o cuasidelictual y, en esa línea, si son válidas las cláusulas de exoneración total de responsabilidad de los árbitros y de las Instituciones Arbitrales permanentes.

En el caso de España, MERINO MERCHAN¹, y nosotros lo compartimos, defiende que existe un fundamento común entre la responsabilidad constitucional

¹ Cfr. MERINO MERCHAN, JOSE F. *Estatuto y Responsabilidad del Árbitro. Ley 60/2003 de Arbitraje*. Madrid. 2004. Editorial Thomson Aranzadi. Pags 125 y ss.

configurada para los jueces y magistrados y la del árbitro como equijuez de una concreta y determinada contienda, a tenor de los artículos 9.1 y 9.3 de la Constitución Española. El primero, porque determina el principio de legalidad como fundamento de la sujeción y límites de la actuación de todos los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Y el árbitro es a la vez, además de ciudadano dotado de sus propios derechos constitucionales y por ende también de sus correspondientes deberes, un operador decisonal configurado como tal por el ordenamiento, que atribuye a sus actos y muy particularmente a sus decisiones, una trascendencia pública con efectos jurisdiccionales. Esto queda perfectamente reflejado al establecer el artículo 43 NLAB que “*el laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

No puede oponerse a esta afirmación que el arbitraje de equidad, que dicho sea de paso en el marco de la NLAB ha pasado a ser bastante excepcional, no tiene que responder ante el principio de legalidad, porque el laudo no deba fundarse en Derecho, ya que esa forma de razonar es incorrecta puesto que todo árbitro debe laudar sometido al principio de constitucionalidad, ya sea en Derecho en Equidad. Por ello, el artículo 41.1 NLAB considera que la violación por el laudo por contrario al Orden Público es una causa de anulación y la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, especialmente en su Sentencia de 15 abril de 1986, han entendido que la vulneración de los valores, principios y derechos fundamentales que sustentan el orden político constitucional vigente artículo 10.1 CE y sus garantías procesales objetivas -artículo 24 CE-, es lo que debe entenderse por vulneración del Orden Público.

Por otro lado, el árbitro de equidad se encuentra sujeto desde el punto de vista formal a las normas de Derecho necesario de la Ley de Arbitraje y desde el punto de vista material a la *Lex Artis*, como parámetro para fundamentar su acto decisorio que ponga fin a la controversia y cuyo resultado definitivo sancionado por el ordenamiento jurídico actúa como cosa juzgada frente a todos.

El artículo 9.3 CE contiene un mandato dirigido sin excepción a todos los poderes públicos, siendo este último un concepto que ha sido muy amplificado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, destacando la Sentencia 35/1983 de 11 de mayo y por la doctrina en el sentido de que no solo comprende a los poderes públicos sino a todas formas de poder emanadas de los ciudadanos y puesto que el arbitraje es una manifestación nacida de la voluntad de los ciudadanos, que quieren dotarse para la resolución de sus controversias de su propio operador decisonal, de un procedimiento y de un resultado definitivo, reconocido y sancionado con efectos de cosa juzgada.

Así pues, como señala MERINO MERCHAN², y nosotros compartimos, en la medida en que el artículo 9.3 CE, desprovisto de cualquier valor acción política

² Cfr. MERINO MERCHAN, JOSE F. *Estatuto y Responsabilidad del Árbitro. Ley 60/2003 de Arbitraje*. Madrid. 2004. Editorial Thomson Aranzadi. Pags 125 y ss.

social, es un principio constitucional con contenido normativo pleno por el simple hecho de haber sido positivizado en la Ley fundamental, adquiere el carácter de fuente normativa directa inmediata y, por ello mismo, resulta vinculante para el árbitro, sin posibilidad alguna de que esté puede desligarse o desentenderse del mismo, so pena de que vulnere con su actuación el Orden Público constitucional y por ende el arbitraje, de la misma forma y con los mismos efectos que ocurriría si el juez del Estado actuase sin sometimiento a este principio normativo.

El carácter directo y vinculante del artículo 9.3 CE en sede jurisdiccional y arbitral es de tal eficacia jurídica que su aplicabilidad es indiferente a que sea desarrollado por una norma jurídica de inferior rango a la constitucional, lo que es especialmente relevante para formular una reinterpretación del artículo 21.1 NLAB más acorde con la realidad constitucional, social y económica en la que se mueven las partes que acuden al arbitraje para solucionar sus conflictos, pero pensando obtener las correspondientes garantías objetivas que le dispensa el ordenamiento jurídico general.

En línea con la tesis antes expuesta, GONZALEZ SORIA³, y nosotros compartimos, defiende que lógicamente la responsabilidad de los árbitros hay que entenderla desde el concepto del arbitraje existente en nuestro ordenamiento, en integración con nuestra Constitución, que podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 174/1995 (Pleno), de 23 noviembre, que señala que *“Mediante el arbitraje, como dice el artículo 1 de la Ley 36/1988, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho. **Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988 (RTC 1988\43), y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)» (SSTC 15/1989 [RTC 1989\15], fundamento jurídico 9º, y 62/1991 [RTC 1991\62], fundamento jurídico 5º). Desde este punto de vista **tiene razón el Abogado del Estado cuando afirma que la institución arbitral es compatible con la Constitución. Pero la cuestión que tenemos planteada no es la de si el arbitraje, en términos generales, es o no compatible con la Constitución, que, sin duda, lo es, y así lo hemos reconocido en las Sentencias citadas por el Abogado del Estado y en otras muchas (SSTC 43/1988, 233/1988, y 288/1993 [RTC 1993\288]).**”***

Por su parte, el Auto del Tribunal Constitucional núm. 259/1993 (Sala Primera, Sección 1ª), de 20 julio, señala que *“**los «Jueces avenidores», escogidos o***

³ Cfr. GONZALEZ SORIA, JULIO: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003*. Madrid. 2011. Editorial Aranzadi. Pág. 270.

puestos por las partes para librar la contienda que es entre ellas, según Las Partidas⁴, o los «Jueces árbitros» cuya existencia garantizaba la Constitución de 1812 (art. 280), no pueden ser calificados como Jueces en la acepción que a tal figura se adscribe en nuestra Ley suprema y en las demás del ramo. La semejanza de laudo y Sentencia, obra de cada uno de ellos, es tan sólo material. Uno y otra -se ha dicho- son decisiones reflexivas de jurisconsultos o jurisprudentes sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia, conseguir una respuesta justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución para eso que hemos dado en llamar la seguridad jurídica. En ambas se utiliza el Derecho, ese ars o esa técnica, como medio para alcanzar la finalidad y cumplir la misión antedicha, ambas consagradas constitucionalmente (arts. 1 y 9 CE).

Sin embargo, las diferencias son también nítidas. Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el art. 1 de la Ley vigente. Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del «Juez», titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido, por tanto, de imperium, y del «árbitro, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc.). La función que ejerce el árbitro es para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional y en ese «casi» está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder. El

⁴ No en vano señala GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS, El derecho romano y la historiografía jurídica del siglo XIX. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED 14. Madrid.1999. página 74 y siguientes, que “El medio de introducción de la tradición romanística en el derecho español medieval y sobre todo Las VII Partidas. En nuestra historia no hay hasta el Código Civil ninguna obra que pueda compararse. Su predominante carácter romanístico se basa en la continua cita de los restos romanos. Incluso se abandonan instituciones hispánicas típicas, y se usa con pedantería de los nombres romanos. Se dice que su espíritu es distinto: la virtud en Derecho no solo es el escarmiento sino el galardón. Antes deben respetarse las palabras de los santos que los dichos de los sabios. Siempre aparece el espíritu cristiano y los mandatos del padre. Se considera sentimientos básicos del pueblo el honor, la lealtad y la dignidad”. “ ...se trata de una obra de recepción del derecho romana con influencias canonistas que ha desempeñado la mayor influencia en la pervivencia de la tradición romana. En materias como el patrimonio uxorio o en obligaciones y contratos se siguen las decisiones de los juristas romanos. Las respuestas jurisprudenciales se muestra especialmente en el comodato y en la compraventa. La compraventa es transmisora de la pacífica posesión y no del dominio. Es curiosa la forma en la que se cita y adapta la solución de los casos: Después de la regla o principios jurisprudenciales aparecen como ejemplos. Se sigue la enseñanza de los glosadores en la doctrina del contrato y de la causa.”

árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado [LCEur 1986, 8]; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (Autos TS, Sala Tercera, 18 de noviembre de 1986 y 2 de marzo de 1987).

En tal sentido se ha pronunciado ya este Tribunal Constitucional, negando la posibilidad de cobijar el arbitraje a la sombra del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, «toda vez que fueron los recurrentes quienes, con entera libertad, decidieron en su día someter sus eventuales disputas con la contraparte al criterio dirimente de un órgano arbitral, excluyendo así la posibilidad de una resolución judicial y sus posibles controversias. El hecho de que posteriormente ese inicial compromiso haya dado lugar a un laudo, con cuyo procedimiento de generación no están conformes los demandantes, no afecta en absoluto a su derecho a la jurisdicción, ya que su renuncia al Juez ordinario se produjo ya en el momento de concluir el compromiso de arbitraje..., todo ello con independencia de que, como señala el Ministerio Fiscal, los demandantes han podido someter a enjuiciamiento judicial -«ex» art. 45 de la Ley de 1988- el conjunto del procedimiento de arbitraje» (ATC 41/1993 [RTC 1993, 41AUTO]). Una vez dicho esto resulta claro que son inadmisibles las quejas formuladas directamente respecto del árbitro y de su laudo, a los cuales no cabe reprochar la inexistencia de motivación cuando ésta queda excluida en el arbitraje de equidad (art. 32 de la Ley de Arbitraje) y al que, precisamente por no ser una Sentencia, no le es aplicable el art. 120 CE, siendo renunciable en el ámbito del arbitraje comercial europeo (RCL 1975, 1941 y ApNDL 2761) y en el internacional (arts. 8 del Convenio de 1961 y 32 del Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas de 1976).

El contenido del laudo no es revisable judicialmente ni, por tanto, en sede constitucional. Así lo dijimos en nuestra STC 43/1988 (RTC 1988, 43), vigente la anterior Ley de Arbitraje, aun cuando su doctrina siga siendo válida en la actualidad. Se trata de «un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria» con simplicidad de formas procesales y uso del arbitrio en el de equidad, sin necesidad de motivación jurídica, aunque sí, en todo caso, de «dar a las partes la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias». Ahora bien, el recurso de nulidad no transfiere al Tribunal Supremo entonces, a la **Audiencia Provincial** hoy, ni les atribuye «la jurisdicción originaria exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad en sí mismo. **No es Juez del juicio de equidad, porque iría contra la misma esencia de ese juicio personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal saber y entender del árbitro.** La revisión que opera el recurso de nulidad es un juicio externo» (STS de 13 de octubre de 1986 [RJ 1986, 5785]). En definitiva, y por todo ello, **no es viable el amparo respecto del laudo arbitral.**

2 En cambio lo es contra las resoluciones judiciales, unas necesarias y otras eventuales, que sirven para hacer posible el arbitraje, prevenir sus extralimitaciones y dotar de eficacia a la decisión. En una primera fase, resulta imprescindible el respaldo del Juez para propiciar el debido cumplimiento del contrato o cláusula contractual, intervención que termina con el nombramiento de árbitro. En éste, bajo la advocación del «Juez ordinario» predeterminado se impugna el Auto de 7 de junio de 1991 en función del procedimiento utilizado para la designación, una vez fracasado el consenso de los interesados, que se hizo por insaculación -método correcto- entre una lista de cinco Abogados suministrada por el Colegio profesional y no entre los propuestos por las partes contratantes, como preconizan respectivamente las Leyes de Arbitraje de 1988 y de 1953. Tal planteamiento implica dos cuestiones, una ya anticipada, como es **la imposibilidad de extender analógicamente el art. 24 de la Constitución a la actividad arbitral**, y otra, ésta sí en el ámbito propiamente judicial, consistente en determinar la trascendencia constitucional de la selección por el Juez de la norma jurídica aplicable al caso concreto y su interpretación.

Sobre ambas operaciones hemos dicho ya, hasta el cansancio, que forman parte de la potestad privativa de juzgar y ejecutar lo juzgado encomendada a los Jueces y Tribunales (art. 117 CE), doctrina que hemos recordado recientemente con ocasión precisamente de otro arbitraje de equidad, en la que estaba en entredicho el mismo problema (ATC 41/1993). Sin prejuzgar cuál sea la solución exacta, basta en este momento saber que pertenece al ámbito de la legalidad y no al de la constitucionalidad, siendo cualquiera de las dos alternativas igualmente razonable, por lo que resultan indiferentes a nuestro propósito. La misma respuesta negativa de darse al otro motivo esgrimido contra el nombramiento del árbitro, practicado en la comparecencia de 24 de enero de 1991, cuya subsistencia se mantiene no obstante la nulidad de las actuaciones a partir del 15 de esos mismos mes y año, decretada después de tal acto y antes del Auto de nombramiento. **El Juez consideró aplicable, dadas las circunstancias, el principio de conservación que, procedente de lo Contencioso-Administrativo, ha recogido casi treinta años después la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375).** «La nulidad de un acto -dice su art. 242.1- no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiere permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción a que dio lugar la nulidad». La circunstancia de que en la Sentencia impugnada se niegue la constancia de la adecuada protesta formulada en el acto, como así ocurrió, resulta irrelevante por no ser parte de la ratio decidendi y aducirse marginalmente a mayor abundamiento, como obiter dictum.”

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 3 de marzo de 1989, de la que fue ponente SANTOS BRIZ, expone que “...**la jurisdicción arbitral se basa en un contrato de derecho privado** y va dirigida a la liquidación de una relación jurídica controvertida, **de modo que la voluntad de las partes, una de las cuales son los recurrentes, es la única causa originadora del arbitraje;** b) Concertado el contrato de derecho privado expresado y aceptado por **los árbitros** el encargo que se les hace, aquéllos **pueden imponer su parecer a las partes y el laudo es obligatorio** para ellas porque quisieron previamente que

les obligara, por eso el artículo 18 de la Ley de Arbitrajes citada establece que el otorgamiento del compromiso obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado de acuerdo con las reglas generales de la contratación (arts. 1278 y 1258 del Código Civil, principalmente), **por lo que la validez y el cumplimiento de lo resuelto por los árbitros no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes**, que es lo que intenta en definitiva este recurso. c) Todo ello partiendo de la firmeza del laudo, como sostienen ambas sentencias de instancia, y porque, **aunque los árbitros en su punto 11 conceden a las partes un plazo de diez días hábiles para rectificaciones y aclaraciones, esta facultad no les fue concedida en la escritura de compromiso, y por tanto es ineficaz que la hayan utilizado, y ello porque, como esta Sala ha declarado reiteradamente (Sentencias, entre otras, de 13 mayo 1933 [RJ 1933\1683], 28 mayo 1940 [RJ 1940\425], 10 diciembre 1942 [RJ 1942\1409] y 14 octubre 1947 [RJ 1947\1088]), el arbitraje tiene la naturaleza y efectos propios del mandato, en cuya regulación se establece (arts. 1719 y 1727, párrafo 2, del Código Civil) que en la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante, sin que pueda excederse de ellas, salvo ratificación posterior, que en el caso debatido no tuvo lugar.**”

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 14 de noviembre de 2003, de la que fue ponente ALEGRET BURGUES, nos dice que “Según se infiere del art. 1 de la Ley 36/1988 (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) «mediante el arbitraje las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho». Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes que supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, como recuerda la STC de 23-11-1995 (RTC 1995, 174)» **el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)**».

Desde un punto de vista objetivo queda fuera de la actuación del árbitro aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el art. 1 de la Ley vigente.

Desde un punto de vista subjetivo, conectado con el objetivo, **el árbitro no puede equipararse a un juez en la medida en que éste es titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE [RCL 1978, 2836]), revestido, por tanto, de imperium, mientras que aquel se encuentra desprovisto de tal cualidad, pues su mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. Sin embargo por la propia naturaleza del arbitraje para aquello que las partes le han conferido poder de disposición, goza de plena autonomía decisoria sin que consecuentemente puedan los órganos jurisdiccionales revisar el laudo con la única excepción de haber vulnerado aquel en la solución del conflicto el orden público, entendido éste como infracción de**

principios constitucionales. Esta causa de nulidad no tiene precedentes ni en la Ley anterior (LEG 1881, 1) ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), y según la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, dicho concepto de orden público, «habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución». Y el Tribunal Constitucional ha declarado, en Sentencia de 15 abril de 1986 (RTC 1986, 43), que **para que un laudo arbitral sea atentatorio contra el orden público, es preciso que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo II, título I de nuestra Constitución garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad por el art. 24 de la misma.**

Además de por dicha causa el laudo podrá anularse en los siguientes casos: Cuando el convenio arbitral fuese nulo. Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la ley. Cuando el laudo se hubiere dictado fuera de plazo. Y, finalmente, cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje.

En este último caso la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal.

Como indica la STC de 18-7-1994 SIC en relación con las causas de anulación previstas por la ley en el art. 45 de la LAB «en el art. 45 se contemplan las causas de anulación judicial de un laudo, las cuales, en atención a la naturaleza propia del instituto del arbitraje, necesariamente deben limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje (aps. 1º a 4º art. 45) o de las garantías esenciales de procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE (art. 45.5), sin extenderse a los supuestos de infracción del Derecho material aplicable al caso, y ello porque, de lo contrario, la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo».

De ahí que, salvo el supuesto antes indicado, el examen judicial se limite a un juicio externo atinente al respeto al convenio arbitral y al cumplimiento de los principios esenciales de contradicción y defensa (STC 20-7-1993 [RTC 1993, 259 AUTO] o STS 13-10-1986 [RJ 1986, 5785]).”

Por último, citaremos la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/1991 (Pleno), de 22 marzo de 1991, en la que leemos que “.....**siendo el arbitraje un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos**

del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia,

Tomando lo antes expuesto como punto de partida conceptual debemos citar el artículo 16 LAB, como antecedente necesario para entender el artículo 21 NLAB, según el cual la aceptación obligaba a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación (en el arbitraje institucional), a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hacían, en responsabilidad -tanto los árbitros como la institución arbitral por los daños y perjuicios que causaran por dolo o culpa. Es más, en los arbitrajes encomendados a una Corporación o Asociación, el perjudicado tenía acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistieran a aquélla contra los árbitros. Por tanto, con la aceptación del encargo, el árbitro asumía la obligación del cumplimiento fiel del mandato de arbitrar la contienda e incurría en responsabilidad por los daños y perjuicios que se ocasionaran por dolo o culpa⁵. Idéntica responsabilidad recaía sobre la institución administradora del arbitraje en cuanto que debía ser vigilante y garante de la función arbitral, teniendo el perjudicado acción directa contra tal institución (art. 16.1 LAB)⁶.

⁵ A diferencia de lo que sucede en el arbitraje comercial internacional y en concreto en el que deriva del derecho anglosajón, en el que el principio del «árbitro responsable» no se encuentra reconocido. Como señala ALCÁNTARA GONZÁLEZ (*Arbitraje marítimo. El juicio arbitral marítimo contado por un árbitro*, en RVDPA, 3, 1993, pág. 289), en los ordenamientos anglosajones el árbitro es inmune frente a las partes por falta de cumplimiento del mandato y solamente se conceden efectos anulatorios contra el laudo arbitral (por «*Wilful misconduct*» o abuso de poder del árbitro), aunque existe un extenso debate internacional sobre este enfoque de la responsabilidad profesional del árbitro.

⁶ Cuando el PLAB de 1988 tuvo su entrada en el Congreso de los Diputados las previsiones, acerca de la responsabilidad del árbitro contenidas en el artículo 16 LAB eran las del artículo 17 PLAB, en el que se indicaba lo siguiente: «*I. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Asociación o Corporación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o negligencia inexcusable. En los arbitrajes encomendados a una Asociación o Corporación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.*» Las enmiendas que se presentaron en el Congreso de los Diputados al artículo 17 PLAB fueron las siguientes: a) Enmienda núm. 74, de la agrupación parlamentaria del PDP, que propuso la supresión «en cuanto a la exigencia 'inexcusable' de la negligencia». Justificación: «Deberá responderse también en casos de negligencia simple.» b) Enmienda núm. 126, del grupo parlamentario socialista, que pretendía adicionar en el primer párrafo, después de «dolo», la palabra «culpa». Motivación: «Debe incluirse también en el supuesto de responsabilidad culposa.» c) Enmienda núm. 198, del grupo parlamentario de CP, que era de modificación. Donde dice «... por dolo o negligencia...» debe decir «...por dolo o culpa...» Justificación: «No parece conveniente la limitación de la responsabilidad a la derivada de negligencia inexcusable, debiendo equipararse a la responsabilidad del artículo 1902 CC exigible por 'dolo o culpa'». En el Informe de la Ponencia se admitieron las enmiendas núms. 126 y 198, coincidentes en su texto y cuyo sentido es el mismo de la enmienda núm. 74. En la tramitación del artículo 16.1 PLAB en el Senado, se presentó la enmienda núm. 113, del grupo parlamentario socialista, que pretendía que en el artículo 16.1 PLAB se indicara: «Corporación o Asociación.» Justificación: «Mayor claridad expositiva.» La ponencia la admitió. Se trataba de alterar el orden de alusiones. Primero a la Corporación y luego a la Asociación.

La aceptación es la génesis de la responsabilidad del árbitro y supone la obligación de los árbitros (arbitraje *ad hoc* y arbitraje deferido) o de la institución (arbitraje institucional) de cumplir fielmente el encargo de arbitrar (árbitros) o de administrar el arbitraje (Corporación o institución).

La fidelidad en el encargo de arbitrar se proyecta en las reglas de la deontología profesional y en la existencia de un código ético de actuación profesional sumamente importante en el arbitraje. Por consiguiente, el incumplimiento del encargo que ha de ser actuado de modo «fiel» origina responsabilidad, tanto por dolo como por culpa, en la terminología de la LAB, o por dolo, mala fe y temeridad, en la de la NLAB.

La exigencia de responsabilidad⁷ es posible plantearla en su manifestación no sólo judicial civil sino también penal que, en el caso del arbitraje institucional, implica la posibilidad del perjudicado de ejercitar una acción directa -aunque no la penal-salvo que se ejercite individualmente contra la institución arbitral, con independencia de la que corresponda a la institución contra los árbitros.

Es importante reseñar que la exigencia de responsabilidad a los árbitros seguía en la LAB y sigue en la NLAB en gran medida las pautas marcadas para la exigencia de responsabilidad a Jueces y Magistrados. Y es que el concepto jurídico de «responsabilidad» expresa, en términos generales, la idea de atribución a una persona del deber de indemnizar o reparar los daños causados a otra. Este concepto jurídico, que responde a principios inspiradores de carácter ético-social, descansa, tradicionalmente, en la noción de culpa, que actúa como reproche de imputación, aunque, modernamente, el título de «imputación» ha experimentado significativas derogaciones y atenuaciones, substituyéndose por el de los criterios de la responsabilidad objetiva.

En el ámbito de las actividades profesionales concretadas en la prestación de servicios, los sujetos que las desarrollan incurren en responsabilidad, por tanto, cuando lesionan antijurídicamente a los sujetos destinatarios del servicio o a terceros al mismo, que sufren daños que éstos terceros no tienen por qué soportar.

En principio, la responsabilidad, en este campo profesional, suele estar vinculada a la culpa, en sus diversas manifestaciones, pues es en el orden profesional donde se mantiene más claramente el principio tradicional de la culpa. Atendiendo a las varias fuentes de imputación, que guardan relación con la amplitud del círculo de los afectados por el daño y a su trascendencia social, cabe hablar de una responsabilidad penal, que nace del delito; de una responsabilidad disciplinaria, que pertenece al género sancionador de la anterior, reservada para funcionarios o profesiones colegiadas y que satisface las exigencias del decoro y buen hacer en la profesión, de conformidad con unas pautas de comportamiento,

⁷ En la enmienda núm. 126 al artículo 17 PLAB de 1988 se aludía expresamente a la *culpa*. Asimismo se ha de tener en cuenta que cuando el PLAB entró para su tramitación en el Congreso de los Diputados se aludía sólo a «dolo o negligencia inexcusable...». El carácter «inexcusable» o no del dolo venía de ese modo tipificado en el PLAB.

vigiladas y sancionadas, si se incumplen, por la Administración o por la Corporación; y finalmente, de la responsabilidad civil, que sirve al fin de reparar directamente a la víctima del daño, mediante una indemnización de daños y perjuicios.

La responsabilidad civil, a su vez, como señala ALMAGRO NOSETE, deriva de tres posibles fuentes. La que tiene su origen en el delito, del que surge acción civil para la reparación de los perjudicados y que se rige por el Código Penal; la que proviene de la ejecución del contrato o responsabilidad contractual; y la producida por cualquier acción u omisión que cause daño a otro, es decir, la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Apuntado, pues, el elemental bagaje de los conceptos con que vamos a movernos, proyectaremos los mismos hacia los árbitros, considerados como aquellas personas que aceptan, solos o en unión de otras, decidir, por encargo de los sujetos interesados, determinada cuestión litigiosa sometida a su resolución, para así analizar esta responsabilidad en el marco de la Ley NLAB, modificada por la Ley 11/2011 de 20 de Mayo, con referencias necesarias a la Ley LAB y a las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico que completan la materia.

No obstante, antes de ello, resulta preciso señalar que el árbitro puede salvar su responsabilidad, en determinados casos, por medio del sistema del voto disidente de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que se puede aplicar perfectamente al árbitro en el caso de que se trate de un Colegio arbitral. Si el árbitro, en su voto particular, explica las razones de su disenso y se da cuenta del error cometido por los otros en cuanto a una actuación que se reprocha a título de mala fe, temeridad o dolo, evidentemente este árbitro quedaría exento o eximido de responsabilidad.

Este planteamiento conceptual propio de la LAB se mantiene íntegramente en la NLAB, que en su artículo 21, dedicado a la “Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos”, establece literalmente:

“1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de Administraciones Públicas.

2. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los

árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren.”

Como antes apuntábamos, el artículo 21.1 NLAB se corresponde en gran medida con el artículo 16.1 LAB, que tenía el siguiente tenor literal: *“La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa. En los arbitrajes encomendados a una Corporación o Asociación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.”*

Mientras que el artículo 21.2 NLAB se corresponde con el artículo 16.2 LAB, que tenía la siguiente redacción: *“Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la Corporación o Asociación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender a los honorarios de los árbitros y a los gastos que puedan producirse en la administración del arbitraje.”*

Sin embargo, resulta interesante reseñar que la redacción definitiva del artículo 21 NLAB no estuvo exenta de controversia, como no lo estuvo la del artículo 16 LAB, puesto que se presentaron diferentes enmiendas al mismo a lo largo del proyecto legislativo⁸. De hecho, la ENMIENDA NUM. 89 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU), planteó la redacción que conforma el apartado 1 del artículo 21, que tenía como finalidad, en palabras de los senadores, *“favorecer e incentivar el desarrollo de procesos arbitrales internacionales en España. Asimismo, la modificación afecta a la necesaria neutralidad de estos procesos.”*

Por otra parte, cabe reseñar que la ENMIENDA NUM. 90 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) pretendió modificar el apartado 2, proponiendo la siguiente redacción: *«2. Los honorarios de los árbitros se calcularán, básicamente, atendidos el tiempo dedicado al arbitraje así como a la complejidad y dificultad de las cuestiones sometidas a su decisión. Los honorarios podrán ser diferentes para cada uno de los árbitros en atención a su intervención en el arbitraje. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones*

⁸ A efectos puramente sistemáticos, señalar que la ENMIENDA NUM. 16 de CPMX, que fue rechazada, propuso añadir un nuevo apartado 3 al artículo 21, con la siguiente redacción: *«3. En todo caso, si en el plazo de seis meses no se hubiera designado árbitro por causas imputables a las partes se tendrá por finalizada la vía arbitral.»* Esta enmienda se justificaba, a juicio de sus proponentes, porque *“Es necesario fijar un plazo para evitar que dilaciones innecesarias por voluntad de las partes en el nombramiento de nuevos árbitros.”*

arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren. Si las partes o alguna de ellas no estuvieren conformes con el importe de los honorarios señalados y de no alcanzarse acuerdo, la cuestión será resuelta por la Audiencia Provincial competente por los trámites del juicio verbal. Una vez establecido el importe de los honorarios, los árbitros y las partes podrán apartarse del arbitraje, previa compensación mutua de los gastos y los daños y perjuicios ocasionados.» La justificación de esta enmienda viene dada, en palabras del citado Grupo de senadores, porque “*La materia de honorarios queda huérfano de la adecuada regulación en el proyecto. Por ello, se pretende llenar el vacío mediante la redacción propuesta.*”. Desafortunadamente esta redacción, que sólo en cierta medida compartimos pero que al menos ofrece una regulación clara de una materia muy controvertida, no fue aprobada, manteniendo la NLAB la ambigüedad e inconcreción presente en la LAB en este punto.

La principal diferencia entre el artículo 16 LAB y el artículo 21 NLAB estriba en que en el primero la responsabilidad se centra en el dolo y la culpa, mientras que en la segunda la responsabilidad deriva de la mala fe, la temeridad y el dolo. Ciertamente esta distinción conceptual se aleja de la fórmula clásica e introduce confusión entre los difusos límites del dolo y la mala fe. Pero su mayor problema viene dado por pretender sustituir la culpa, ya sea lata o específica, por la temeridad, no quedando claro cuáles son los límites y características necesarias para que la misma pueda ser apreciada en su relación con la negligencia profesional. Por otra parte, hay que enfatizar que el citado artículo únicamente contempla la responsabilidad civil de los árbitros, sin aportar las claves para configurar otro tipo de responsabilidades.

1.2. Responsabilidad de las Instituciones Arbitrales permanentes

Debemos centrarnos igualmente en la responsabilidad de las instituciones arbitrales permanentes, puesto que la institución arbitral, ya sea ésta una Corporación de Derecho Público o una Asociación sin ánimo de lucro, se halla sujeta a responsabilidad.

La NLAB ha querido salvaguardar lo máximo posible al sujeto que se somete al arbitraje y que confía en esa institución. Por tanto, la responsabilidad de la institución arbitral se trataría de una responsabilidad de las que la doctrina jurisprudencial llama *in solidum*. No se trata de una obligación solidaria propia, pero afinando la interpretación del artículo 1.591cc en relación con la responsabilidad de los constructores y arquitectos, y lo que son los artículos 1.902 y 1.903 CC, estaríamos muy cerca de una prestación indivisible con una concurrencia de sujetos (acumulación de garantías).

La institución viene a representar algo así como un aval legal de lo que hacen los árbitros y, en ese sentido, habría una responsabilidad solidaria; una responsabilidad solidaria que, por otra parte, está clarísima en el tenor de la ley arbitral cuando da acción directa para ir contra la institución arbitral y reclamarle

algo en lo que puede que no haya tenido arte ni parte, porque ahí el fundamento de la responsabilidad sería la culpa *in negligendo* y la culpa *in vigilando*, pero no habría ni siquiera que acudir a eso. Simplemente por el hecho de que los árbitros incurran en responsabilidad, ya la institución objetivamente está obligada a responder de esos daños y perjuicios con una acción directa conferida a las partes.

La caracterización desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial que se da a esa responsabilidad es la de las obligaciones *in solidum*, o la de obligaciones solidarias impropias⁹.

Se trata de una responsabilidad que en la NLAB se tipifica como civil por los daños y perjuicios que cause en la gestión y administración del arbitraje cuando intervenga mala fe, temeridad o dolo (art. 21 NLAB).

La exigencia de la responsabilidad civil a la institución arbitral supone tener en cuenta las siguientes previsiones:

- La NLAB sólo prevé la exigencia de responsabilidad civil a la institución arbitral, pero esa previsión no excluye la posibilidad de exigir también responsabilidad penal a algún miembro de la institución arbitral.
- La exigencia dual de responsabilidad afecta tanto a la institución arbitral pública como privada (ésta última asociación sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se contemple la realización de funciones arbitrales).
- La exigencia de responsabilidad a la institución arbitral posee un momento *a quo* indudable, que se cifra a partir del momento en que la institución arbitral acepta los servicios de gestión y administración del arbitraje.

Por otro lado, es muy importante señalar que en el caso de exigencia de responsabilidad civil al árbitro nombrado por la institución arbitral, ésta cubre tanto el dolo como la mala fe y la temeridad, a través de un tipo de responsabilidad que el artículo 21.1 NLAB tipifica como de directa, que el perjudicado puede exigir directamente a la institución arbitral. Conjuntamente con esa responsabilidad directa se tipifica la que en vía de regreso ostenta la propia institución arbitral y que puede ejercitar contra el árbitro o árbitros, sobre la base de una doble justificación:

- a) De una parte, porque la institución es la que nombra al árbitro o árbitros que realizan el arbitraje.
- b) De otro lado, porque ese árbitro o árbitros asumen frente a la institución arbitral una obligación de cumplir fielmente su encargo.

La exigencia de responsabilidad, en el caso de arbitraje institucional, se sigue contra los árbitros, pero no sólo mediante su ejercicio por el propio perjudicado,

⁹ La verdad es que el problema de la responsabilidad solidaria es gravísimo en nuestro Derecho porque tampoco hay una doctrina clara en los autores. Es decir, que en esta materia los jueces tienen que ser casi excusados, porque lo cierto es que cada autor civil tiene una teoría sobre las obligaciones solidarias e indivisibles.

sino por la propia institución arbitral. De ahí que esa exigencia contra los árbitros, en ese tipo de arbitraje, se perfile como un «plus» singular y específico derivado del derecho a resarcimiento que se reconoce a la institución arbitral. El verdadero alcance y efectividad del artículo 21.1 NLAB (como en su momento lo fue del artículo 16.1 LAB), sólo podrá medirse jurisprudencialmente y a través de la praxis arbitral, puesto que son múltiples las cuestiones que pueden surgir y que en el contexto de una institución arbitral suponen dos tipos de obligaciones. De un lado, la de aplicar su propio Reglamento de Arbitraje y, de otro, la de llevar a cabo la gestión y administración del arbitraje, posibilitando, en su caso, el desarrollo de la instancia arbitral con respeto a las garantías que deben aplicarse a la misma.

Las Corporaciones o Asociaciones administradoras de arbitraje pueden incurrir en responsabilidad en la aceptación o inadmisión del encargo arbitral, con las consecuencias fundamentales que de dicha decisión pueden derivarse. Por ejemplo, en un supuesto de aceptación del encargo arbitral con oposición de la parte instada que culmine con un laudo declarando la inadmisibilidad o improcedencia del arbitraje por razón de la materia o por cualquier otra causa. O en un supuesto de inadmisión, lo que determina la necesidad de acudir a la vía judicial, cegando así la vía arbitral con las consiguientes consecuencias de toda índole y naturaleza.

Igualmente, pueden incurrir en responsabilidad si hay ilegalidad en el nombramiento de los árbitros, destacando las siguientes posibilidades:

- a) La designación de árbitros que en el momento de la aceptación del encargo no se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos
- b) La designación de árbitros para resolver un arbitraje de derecho que no sean abogados en ejercicio.
- c) La inobservancia por la institución administradora del arbitraje de sus normas reglamentarias para la designación de árbitros.
- d) La designación de árbitro o Colegio arbitral, por parte de las Corporaciones y Asociaciones, que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio.
- e) La designación de árbitros sin capacidad civil suficiente.
- f) La designación como árbitros de personas recusables¹⁰.

¹⁰ Tomando como referencia la Ley Orgánica del Poder Judicial, on causas de abstención y, en su caso, de recusación:

1. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los expresados en el artículo anterior.
2. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el Letrado y el Procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.
3. Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.

- g) La designación de un número de árbitros que no sea impar o contraviniendo el Reglamento que rige el procedimiento del arbitraje institucional.

Asimismo, la ilegalidad en el desarrollo de la actuación arbitral puede producirse cuando el arbitraje es administrado por una Corporación o Asociación, al formalizarse el Acta de inicio en la que se establece el desarrollo de la actuación arbitral y concretamente su procedimiento y el calendario de actuaciones con arreglo al Reglamento de la institución administradora del arbitraje, cuyas disposiciones en ningún caso pueden vulnerar lo dispuesto por la NLAB con carácter imperativo.

Lógicamente si el procedimiento arbitral regulado en el Reglamento de la institución arbitral no fuera respetuoso con los principios de igualdad, audiencia y contradicción, ello provocaría la anulabilidad del laudo y, por ende, una posible responsabilidad de la institución arbitral.

Finalmente las instituciones que administran el arbitraje pueden incurrir en extralimitación por falta de arbitrabilidad, y puesto que en el momento de admitir el encargo arbitral la Corporación o Asociación pueden resolver admitirlo, aunque su decisión no vincule al árbitro en el momento de su aceptación ni de laudarse sobre puntos o cuestiones que, aún previstos en el convenio arbitral, no pueden ser objeto de arbitraje.

La Sentencia n. 63/2014 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, en sus fundamentos de derecho, ilustra en gran manera cual es el marco de responsabilidades de las instituciones arbitrales permanentes, definiendo el concepto de falta de neutralidad de la institución administradora del arbitraje en cuanto tal:

“PRIMERO: El laudo impugnado resolvió: "1. Desestimar la demanda formulada por E-LIFE EUROPE, S.L., contra la INSTITUCIÓN FERIA DE MADRID (IFEMA) en todos sus pedimentos; 2. Imponer a la parte demandante el 80% de las costas comunes, siendo a cargo de la parte demandada únicamente el 20% de las mismas, y debiendo satisfacer cada parte sus propias costas y gastos de defensa, de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Noveno de este laudo...".

-
4. Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes, como responsable de algún delito o falta.
 5. Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitiendo dictamen sobre el pleito o causa como Letrado o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo.
 6. Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.
 7. Tener pleito pendiente con alguna de éstas.
 8. Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los expresados en el artículo anterior.
 9. Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.
 10. Haber sido instructor de la causa cuando el conocimiento del juicio está atribuido a otro Tribunal o haber fallado el pleito o causa en anterior instancia.
 11. Ser una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa".

La demanda de anulación aduce el art. 41.1.f) LAB, y que el laudo debe ser anulado por infracción del orden público, " por falta de imparcialidad en la intervención de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Comunidad de Madrid ". Esa falta de imparcialidad se argumenta sobre la base de un hecho fundamental: la colusión de intereses de la entidad administradora del arbitraje, habida cuenta de que la Cámara de Comercio e Industria de la Comunidad de Madrid, en la que se integra la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid (en adelante CAM), es propietaria, en un porcentaje elevado -se menciona el 31%-, de la demandada en el procedimiento arbitral, INSTITUCIÓN FERIAL DE MADRID (IFEMA). A este hecho básico añade la demandante de anulación que IFEMA impuso en un contrato de adhesión la sumisión a la CAM, "que es quien ha designado árbitro único sin ofrecer ni tan siquiera una terna a la parte demandante".

Frente a estos postulados, la demandada sostiene, en primer lugar, que la acción de anulación se sustenta en un motivo no previsto legalmente: la pretendida ausencia de imparcialidad de la CAM, institución a la que las partes confirieron voluntariamente la administración del arbitraje, y que se limita a administrar el arbitraje sin decidir nada sobre el fondo de la controversia, que es competencia exclusiva del árbitro.

IFEMA aduce también que, pese a tratarse de un hecho notorio, la actora no denunció esa infracción durante el procedimiento arbitral -pretende, pues, producida la tácita renuncia a esa impugnación, invocando los arts. 6 LAB y 22 del Reglamento CAM -, al tiempo que sostiene que el laudo fue dictado por un árbitro independiente e imparcial, designada de conformidad con el Reglamento de la Corte.

Destaca la demandada, en este sentido, que consta acreditado que E-LIFE se negó expresamente, pese a los intentos de IFEMA, a que las partes designaran de mutuo acuerdo el árbitro que había de resolver su controversia (docs. 4 y 5 de la contestación; § 1, párrafos 4 y 5, del laudo), solicitando de la CAM que efectuase directamente tal nombramiento. En estas circunstancias, la CAM concedió un plazo de 15 días a las partes para nombrar árbitro (doc. nº 6 de la contestación y § 1.6 del laudo), apercibiéndolas de que, en caso contrario, procedería a su designación, la cual verificó el 12.12.2012 en la persona de D^a. María José Menéndez Arias. La actora nada opuso a este nombramiento, que expresamente ratificó en su demanda arbitral de 25 de febrero de 2013 -apdo. relativo a la competencia.

Por último, IFEMA alega que el contrato de 30 de julio de 2007 no es un contrato de adhesión, sino que fue negociado en condiciones de absoluta igualdad entre las partes; no hubo, pues, adhesión contractual a unas cláusulas predispuestas, sino plena y libre aceptación del contrato, en el que, sin imposición alguna, se aceptó la cláusula 17^a, del siguiente tenor literal:

"Las partes intervinientes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultante de la ejecución o interpretación del presente contrato o

relacionados con él, directa o indirectamente, se resolverán definitivamente mediante arbitraje en el marco de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación de los árbitros de acuerdo con su Reglamento y Estatutos. Igualmente las partes hacen constar expresamente su compromiso de cumplir el laudo arbitral que se dicte".

SEGUNDO: Delimitado de este modo el objeto de controversia, la Sala advierte, en primer lugar, que la actora no acredita, teniendo la carga de hacerlo, que se haya incluido el compromiso de sumisión a la CAM como cláusula de adhesión, es decir, como cláusula predispuesta cuya incorporación al contrato sea forzada por una de las partes, con independencia de la autoría material de las misma, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactada con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos (art. 1.1 L 7/1998).

Y lo que es tan importante: **aunque E.LIFE hubiese demostrado tal extremo -sumisión a arbitraje en virtud de cláusula de adhesión-, tampoco cabría concluir que de esa cláusula de sumisión se sigue, por sí sola, abuso de posición dominante de ninguna clase cuando, como es el caso, tal compromiso se verifica entre empresas. Así lo ha dicho en reiteradas ocasiones esta Sala -por todas, FJ 4 S. 16/7/2014 (rec. nº 6/2014): "cuando se trata de contratos celebrados entre profesionales, el carácter abusivo de esa cláusula sólo sería predicable si de ella se derivara un desequilibrio importante entre las partes; desequilibrio que, en principio, no se deduce de los hechos y presupuestos jurídicos expuestos en la demanda...:la circunstancia de que a través de la cláusula arbitral se impida acudir a la jurisdicción ordinaria o a otra institución arbitral no genera, por sí solo, ventaja alguna para una de las partes en detrimento de la otra, pues cualquiera de ellas puede acudir a la institución arbitral. La imposición de los costes del procedimiento arbitral a la parte que incumpliera el contrato tampoco produce desequilibrio alguno, pues podría sufrir esa consecuencia cualquiera de los contratantes, dependiendo del cumplimiento de sus obligaciones. Y el importe de las costas en relación con el de la reclamación tampoco evidencia desequilibrio ni abuso...".**

A lo anterior se ha de añadir que también lleva razón IFEMA -según acredita la documental aportada a la causa- cuando sostiene que la árbitro designada lo fue según el procedimiento previsto en el Reglamento de la CAM, dando la oportunidad a E.LIFE de designar árbitro de común acuerdo con la demandada en el procedimiento arbitral, y que, sin embargo, fue la actora la que insistió en que CAM nombrara un árbitro único, ratificando dicho nombramiento en su escrito de demanda de 25 de febrero de 2013.

No estimando este motivo de anulación -por supuesto abuso de posición dominante a la hora de emitir la voluntad de suscribir del convenio arbitral-, debemos verificar a continuación si procede anular el laudo en consideración a la

pretendida falta de neutralidad de la institución administradora del arbitraje en cuanto tal.

TERCERO: Para el análisis de esta cuestión, que la demandante de anulación subsume en el art. 41.1.f) LAB -contravención del orden público - la Sala parte de tres hechos probados: 1º) Que la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid es una corporación de Derecho Público en la que se encuadra la Corte de Arbitraje de Madrid -hecho público, amén de reconocido por la demandada en esos mismos términos-; 2º) Que la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid es partícipe en un 30,72 % en el Consorcio INSTITUCIÓN FERIAL DE MADRID (IFEMA) -tal y como certifica el 29/7/2014 D. Manuel López-Medel y Báscones, Secretario General de la CCIM-; 3º) Que ni E. LIFE EUROPE, S.L., demandante en el arbitraje y ahora de anulación, ni IFEMA, ni CORTE DE ARBITRAJE DE MADRID hicieron constar durante el procedimiento arbitral esa participación del 30'72% de CCIM en IFEMA, factum que ahora sustenta la causa de anulación invocada por la actora.

No se discute, pues, que la árbitro que dicta el laudo haya sido parcial, o incurrido en causa de abstención, sino el hecho mismo de que CORTE DE ARBITRAJE DE MADRID haya administrado este arbitraje sin haber puesto en conocimiento de las partes que la institución en que se encuadra es propietaria del 30,72% de la demandada en el arbitraje, con la consiguiente colusión de intereses.

El estudio y la determinación de la trascendencia jurídica de este hecho probado exige, amén de un primera precisión conceptual, dejar constancia del régimen de las instituciones arbitrales en la LAB, de sus funciones y responsabilidades, y, en particular -por exigirlo así las circunstancias del caso-, de cuál sea ese régimen en relación con la Corte de Arbitraje de Madrid, tal y como viene configurado, además, por su Estatuto y por su Reglamento.

*La precisión conceptual a que aludíamos -que es a la vez premisa de nuestro análisis- tiene que ver con la circunstancia, cierta, de que, en algunas ocasiones, la jurisprudencia -también la de esta Sala (v.gr., por todas, S. 24/9/2013, ROJ STSJ M 15966/2013- ha sostenido que **la imparcialidad propiamente dicha concierne al árbitro, más que a la institución arbitral, en la medida en que es aquél quien resuelve, siendo el único que puede ser recusado. Ahora bien, este criterio, correcto con carácter general -aun cuando admita matizaciones-, pues responde a la concepción -legal y doctrinalmente aceptada- de que la imparcialidad ha de predicarse de quien tiene que resolver a lo largo del proceso, no obsta -no puede obstar- a la debida preservación de principios básicos del quehacer jurisdiccional y también del arbitraje, en tanto en cuanto éste es un "equivalente jurisdiccional", en locución ya clásica del Tribunal Constitucional: principios básicos tales como el de igualdad a lo largo de todo el procedimiento arbitral, conciliado con la necesaria libertad a la hora de emitir la voluntad de someterse a arbitraje...***

Y es que el enfoque que la Sala juzga correcto en un caso como el presente -a la vista del concreto hecho que sustenta la demanda de anulación-, es el que atiende a la necesidad de analizar si la emisión del consentimiento al someterse a este arbitraje institucional está o no radicalmente viciado, según se haya emitido o no con vulneración de un principio, el de igualdad, que ha de informar tanto la sumisión a arbitraje en los términos en que se formule, como la designación de árbitros y la sustanciación misma del entero procedimiento arbitral.

CUARTO: Tal y como hemos anticipado, la anterior premisa de análisis ha de conectarse con el régimen jurídico del arbitraje institucional.

De entrada, resulta innegable la conexión que existe entre la autonomía de la voluntad de los contratantes, que ha de ser ejercida con libertad y en condiciones de igualdad, y la "limitación" que a esa autonomía supone la aceptación de un arbitraje institucional, que precisamente por ello ha de ser una aceptación libre y respetuosa con el principio de igualdad, cuya quiebra no sería admisible aun en el caso de que fuera consciente y deliberada.

De la "limitación" que a la autonomía de la voluntad supone la sumisión a un arbitraje institucional da cuenta el art. 4.a) LAB al señalar que, cuando una disposición de la LAB deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, las está facultando, a su vez, para que, sobre ese asunto -excepto en el caso de lo previsto en el art. 34 LAB-, pueda resolver, en lugar de las partes y en virtud de su decisión, una institución arbitral. Y más claro es aún el art. 4.b) LAB cuando, expresa y terminantemente, proclama como integradas en el convenio arbitral las disposiciones del Reglamento de Arbitraje al que las partes se hayan sometido. La Exposición de Motivos de la LAB es del mayor interés a la hora de efectuar una exégesis auténtica de este art. 4. Destacamos las siguientes afirmaciones:

"Esta Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del Reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral".

En otras palabras: las decisiones de la institución que administra el arbitraje se integran o, si se quiere, son expresión misma de la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral -por delegación de éstas. Y qué duda cabe de que la institución administradora del arbitraje tiene encomendadas legalmente unas funciones y atribuidas unas responsabilidades de primer orden, que se traducen en verdaderas

decisiones, cuya validez se enraíza y, por ello, se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen de su actuación.

De ahí que sea evidente de toda evidencia que la sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad - incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra-, y que resulte asimismo incuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, que aúna y representa la voluntad de ambas partes, haya de estar regida por la debida ecuanimidad.

La Ley de Arbitraje es muy clara al fijar los cometidos básicos de las instituciones arbitrales: " la administración del arbitraje y la designación de árbitros..., velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia " (apdos. 1 y 3 del art. 14 LAB). Tanto en la designación de árbitros (art. 15.1 LAB) como en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 24.1 LAB) la institución arbitral ha de respetar el principio de igualdad. **Las funciones que desempeñan las Cortes de arbitraje al administrarlo -nombramiento de árbitros, comunicaciones entre las partes, fe del procedimiento arbitral...-, han de estar presididas, es incuestionable, por el respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes, con desinterés respecto del thema decidendi , y con independencia, con ausencia de vínculos de sujeción -más allá de los que son propios de o inherentes al arbitraje institucional- que puedan poner en entredicho, fundadamente, la ecuanimidad de su proceder. En este contexto es en el que ha de entenderse la previsión del art. 21.1 LAB, cuando dice:**

"La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma..."

En el caso concreto, sin ánimo exhaustivo, el Reglamento de la Corte de Madrid le atribuye, en su cometido administrador del arbitraje, funciones tales como: a) Interpretar cualquier duda que pudiera surgir en relación con la exégesis del Reglamento (art. 2.5); b) Supervisar y facilitar la comunicación entre las partes y el árbitro (art. 3); c) Modificar, prorrogar, reducir o suspender los plazos previstos en el Reglamento hasta la constitución del tribunal arbitral (art. 4); d) Fe pública, impulso procesal, traslado de escritos y documentos, verificación del cumplimiento de los requisitos de aportación de los mismos y, en su caso, subsanación de los defectos de que adolezcan (arts. 5 y 6); e) Revisar, prima facie , la existencia de convenio arbitral (art. 8); f) Decidir con carácter firme sobre la acumulación de procesos y la intervención de terceros, pudiendo suponer tal decisión la renuncia de las partes al derecho que les corresponde de nombrar árbitro (art. 9); g) Fijar y reclamar el importe de las provisiones de fondos, iniciales y adicionales, a cuya provisión se supedita la prosecución del arbitraje (art.

10); h) Designar árbitros en los términos reglamentariamente previstos (arts. 11 a 14), con especial referencia a que la Corte goza de la facultad de confirmar o no al árbitro propuesto por las partes, de modo que en última instancia puede ser designado por la Corte; i) Decidir con carácter firme sobre el nombramiento, confirmación, recusación o sustitución de los árbitros (art. 13.6); j) Ser depositaria de copia original de los laudos que se dicten y, a instancia de los árbitros, notificar a las partes los laudos y cualquier corrección, aclaración o complemento de los mismos (art. 39, apdos. 8 y 10); k) El examen del laudo previo a su emisión, al efecto de realizar modificaciones estrictamente formales, pudiendo también, dentro del respeto a la libertad de decisión de los árbitros, llamar su atención sobre aspectos relacionados con el fondo de la controversia, así como sobre la determinación y desglose de las costas; l) Custodiar y conservar los expedientes arbitrales (art. 45); y m) Fijar los honorarios de los árbitros (art. 47).

Asimismo, el Estatuto de la Corte de Arbitraje de Madrid comienza señalando que la Corte "se constituye como un servicio de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (art. 1º), con las funciones que se determinan en su art. 2º, y que pormenoriza el Reglamento respecto del nombramiento de árbitros y, en general, de la administración del arbitraje.

Frontispicio del Estatuto es también la declaración, enfatizada por la parte aquí demandada, de que "en la administración de los procedimientos arbitrales la Corte actuará con total independencia de los restantes órganos de la Cámara".

No se duda, pues, de que, estatutariamente -y, como veremos, también legal y constitucionalmente-, en los arbitrajes en que intervenga, esta Corte -como cualquier otra- ha de actuar con total independencia de la Cámara -o de la institución- en que se incardina: y ese actuar con independencia, obviamente, presupone la neutralidad respecto de las partes y la ausencia de interés directo o indirecto de la Cámara en el thema decidendi del arbitraje, puesto que, por definición, no se puede concebir aquí la independencia al modo en que es habitual en el plano judicial (arts. 12 a 14 LOPJ), esto es, como ausencia de vínculos de sujeción, dado que la Corte, como institución, es y depende en su ser mismo de la Cámara que la auspicia.

En efecto, es ejemplo señero de esa intrínseca y lógica dependencia lo que dispone el art. 5º de los Estatutos CAM:

1. El Pleno de la Corte (el "Pleno") contará con un máximo de 13 miembros. Formarán parte, como miembros natos, el Presidente de la Corte, que actuará como Presidente del Pleno, y el Presidente, el Director Gerente y el Secretario General de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid . El resto de los miembros serán designados por el Pleno de la Cámara por periodos renovables de 4 años entre personalidades del mundo empresarial y jurídico, asegurándose en todo caso que los representantes del mundo empresarial junto con los miembros natos del Pleno sean mayoría. Los representantes del mundo jurídico serán designados atendiendo a su prestigio, conocimiento y experiencia en materia de arbitraje comercial. En tanto en cuanto no se produzca la renovación,

los miembros designados por el Pleno de la Cámara continuarán en el ejercicio de su cargo.

2. El Presidente de la Corte será nombrado por el Pleno de la Cámara por períodos de cuatro años, pudiendo ser reelegido.

3. El cargo de Secretario General de la Corte será desempeñado por el Secretario General de la Cámara.

Y lo mismo cabe decir -como ejemplo de esa dependencia- del tenor del artículo 11º.2 de los Estatutos:

"La designación de árbitros se efectuará por la Corte a través de la Comisión de Designación de Árbitros (la "Comisión de Designación"), cuyos miembros serán nombrados por el Pleno, siendo su presidente el Presidente de la Corte".

De ahí, pues, la inequívoca necesidad, ya señalada, de extremar las cautelas en el arbitraje institucional, lo que se traduce en el escrupuloso respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes y con pleno desinterés respecto del thema decidendi .

Esa neutralidad subjetiva y ese desinterés objetivo, necesarios en el caso concreto, se predica, desde luego, de cada uno de los miembros de la Corte (art. 9º de los Estatutos), pero también de la Corte misma (art. 3º de los Estatutos) y, por inexcusable conexión o consecuencia, se ha de extender a la corporación, asociación o entidad sin ánimo de lucro que haya creado la Corte y que, directamente, designa sus órganos de gobierno.

Esta es una necesidad sentida, fuera y dentro de España, por los operadores del arbitraje. **No ignora la Sala, dicho sea a modo de ejemplo, las recomendaciones del Club Español del Arbitraje (CEA) sobre buenas prácticas arbitrales, y en particular -porque hace al caso- aquella que señala que las instituciones arbitrales actuarán de forma independiente y neutral, especificando -v.gr., deber 6-, sub epígrafe De los conflictos de intereses , cómo dichas instituciones " deberán informar a las partes de cualquier situación que pueda generar dudas sobre su independencia y neutralidad " (imparcialidad e independencia de las instituciones arbitrales que se reitera en la recomendación VII del CEA sobre independencia e imparcialidad de los árbitros).**

Ahora bien, nuestras siguientes reflexiones se dirigen a abundar en lo ya dicho para justificar que lo que en un ámbito determinado no puede ser sino concebido como una recomendación o admonición, en el propio de esta jurisdicción puede y debe ser calificado jurídicamente, en según qué casos, como verdadera exigencia con entraña en la misma Constitución Española.

QUINTO: Ya hemos apuntado, entre otras, en nuestra Sentencia 47/2014, de 16 de julio , que existen algunos criterios de orden público indeclinables para las partes, pues su ignorancia convertiría el arbitraje en una institución ajena a los más elementales postulados de justicia: esas reglas de orden público, como

enseguida se verá, expresan mandatos y prohibiciones cuya inobservancia desvirtuaría la institución del arbitraje como cauce alternativo válido a la vía jurisdiccional incluso desde un punto de vista constitucional: en efecto, el monopolio en la impartición de justicia que consagra el art. 117.3 de la Constitución sólo puede ser exceptuado si la vía alternativa reúne, más allá de lo que sea o deje de ser la voluntad de las partes, unas condiciones mínimas de independencia e imparcialidad en quien haya sido llamado a sustituir al órgano jurisdiccional que habría de resolver el conflicto de intereses de que se trate.

Decíamos entonces -y hemos de reiterarlo ahora- que resulta imprescindible preservar el principio de igualdad en el arbitraje - tanto en la emisión del convenio, como en la entera sustanciación del procedimiento arbitral- no ya sólo por tratarse de una exigencia legal -v.gr., arts. 1256 y concordantes del Código Civil, y arts. 15.2 y 24.1 LAB-, sino por imperativo constitucional: **no sería admisible una dispensa del monopolio constitucional del ejercicio de la función jurisdiccional que no respetara exigencias indeclinables, según la propia Constitución, del desempeño lícito de la función jurisdiccional por el Poder Judicial: tal es el caso, señaladamente, del principio de igualdad, que evita el desequilibrio a favor o en perjuicio de una de las partes. Y es que, aunque en el arbitraje no se desarrolle una potestad estatal, como en el caso de la jurisdicción, ciertos principios y garantías del ejercicio de la función jurisdiccional han de ser respetados en el proceso arbitral, y máxime cuando se repara en la circunstancia de que los laudos, una vez firmes, tienen eficacia de cosa juzgada material y constituyen un título ejecutivo (art. 43 LAB y 517.2.2º LEC). En este punto es inconcusa la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la naturaleza del arbitraje y sobre las garantías que ha de reunir el procedimiento arbitral: la STC 174/1995 expresamente proclama que "... el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada) "**.

La exigencia más clara, más incontestable del principio de igualdad en el ámbito del arbitraje es la que obliga a respetar un principio muy elemental: que quien juzga o administra el arbitraje no sea una de las partes o adolezca de la ecuanimidad necesaria para desempeñar tales cometidos. Esta hipótesis es radicalmente inadmisibile: ningún acuerdo de las partes en que concurriera un consentimiento libérrimo y perfecto en tal sentido, nombrando como árbitro o como administradora del arbitraje a una de ellas -o a alguien que dependa de una de ellas-, puede prevalecer sobre el carácter imperativo, de *ius cogens*, del principio de igualdad. Ni que decir tiene que semejante conclusión debe ser sostenida, a fortiori, cuando la lesión del principio de igualdad se produce en el origen mismo del arbitraje, con la restricción indebida de la libertad negocial -v.gr., por ocultación de datos relevantes-.

En el bien entendido de **que lo determinante es la infracción objetiva del principio de igualdad en virtud de una posición de privilegio, que es reprobable incluso aunque no haya sido deliberada o maliciosamente**

buscada: ...no es necesario -para que se infrinja el principio de igualdad- que la parte más fuerte haya actuado consciente de su prepotencia para situarse en una posición de privilegio, sino que basta con que la otra parte se encuentre limitada en su posibilidad de actuación y/o de decisión, ya sea a la hora de emitir su voluntad de sumisión a arbitraje, ya en el momento de designar árbitros .

Hemos de insistir: ciertos principios y garantías constitucionales del ejercicio de la función jurisdiccional han de ser respetados en el proceso arbitral, y, entre ellos, señaladamente, el principio de igualdad en la conformación y sustanciación del arbitraje, dada su naturaleza de " equivalente jurisdiccional".

En este punto, cumple recordar que el art. 9.3 LAB de 1988 literalmente decía: " Será nulo el convenio arbitral que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros". Precepto que, a su vez, vino a recoger lo que la jurisprudencia venía manifestando desde varias décadas antes - STS, 1ª, de 6 diciembre de 1941 (cdo. 2º) (R.A.J. 1.930); asimismo, , argumentando además sobre la aplicación del art. 1256 Cód. Civil, la STS, 1ª, de 18 de abril de 1940 (cdo. 2º) (R.A.J. 293)-. Pues bien, es incontestable que la ratio de la vigente LAB es la misma que la de su inmediato precedente por exigencia constitucional: limitar las cláusulas leoninas o abusivas en beneficio de una de las partes, como concreción en el ámbito del arbitraje de lo que no es sino un límite general de la autonomía de la voluntad contractual expresamente regulado en el art. 1256 del Código Civil.

Por lo demás, si bien se mira, esa previsión legislativa de nulidad no era en absoluto descabellada; respondía a una idea muy clara: quien pretende y logra una posición de supremacía tal -mediando dolo o no-, o quien simplemente la consiente, está evidenciando un vicio de su voluntad que la convierte en radicalmente contraria a la esencia del arbitraje, a saber: la voluntad válida de someterse a arbitraje es aquella que parte de la base de que acepta someterse a la decisión de un tercero imparcial: ¿cómo puede presumirse una voluntad semejante en quien provoca, logra o simplemente consiente tener una posición de privilegio en la designación de la institución que ha de administrar el arbitraje o en la designación del árbitro, capaz potencialmente de condicionar su decisión? Y ello por no hablar, claro está, de aquellos casos en que se induzca a error -v.gr., por la ocultación de datos esenciales- que invalide el consentimiento de alguna de las partes ex art. 1266 CC.

Ni que decir tiene, a la luz de lo ya expuesto, que la nulidad del convenio que se predica de la vulneración del principio de igualdad con respecto a la designación de árbitros ha de ser afirmada, al menos con idéntica razón, del convenio arbitral que encomienda la administración del arbitraje -con todas las competencias y facultades que de ella se siguen- a una institución respecto de la que, fundadamente, quepa apreciar que adolece del desinterés objetivo y de la neutralidad subjetiva imprescindibles para el desempeño de su cometido.

En tales circunstancias no estaríamos ante un auténtico contrato de arbitraje, convenido con el respeto al principio de igualdad que la Ley y la Constitución demandan, sino ante una posición de predominio y de abuso de una parte sobre otra, incompatible con un consentimiento arbitral válido: y es que no se puede llevar la flexibilidad de la autonomía de la voluntad inherente al arbitraje a un extremo tal que resulte inconciliable con límites esenciales de esa autonomía de la voluntad, con límites que la definen, para llegar a admitir como convenio válido el que somete la administración del arbitraje a una institución integrada en una corporación propietaria, en porcentaje muy significativo, de la mercantil demandada en el procedimiento arbitral.

*En parecido sentido, v.gr., las SSAP Barcelona de 9 y 15 de diciembre de 2003 proclaman la **ineficacia del convenio arbitral, con la consecuente nulidad del laudo, al haber sido dictado por un árbitro designado por una institución arbitral creada en el seno de una firma de abogados que asesoraba a la parte contraria en el arbitraje; también ha calificado la jurisprudencia como comportamiento doloso, que aboca a la nulidad del laudo, la no información de la estrecha vinculación existente entre una de las sociedades contratantes y la asociación a la que se encomienda la administración del arbitraje** (v.gr., SAP Barcelona de 7 de julio de 1997).*

SEXTO: La aplicación de los criterios expuestos en los fundamentos cuarto y quinto exige ponderar las circunstancias de cada supuesto concreto.

En el presente caso es obligado estimar la acción de anulación planteada con apoyo en el hecho, aducido por la actora, de que la entidad administradora del arbitraje está encuadrada en una corporación de derecho público propietaria del 30,72% de la mercantil demandada.

Alegado este hecho, y en virtud del iura novit curia, la Sala entiende que la nulidad del laudo debe acordarse al amparo del art. 41.1.a) LAB (inexistencia o invalidez del convenio arbitral)..., porque la infracción del principio de igualdad, in casu, no se manifiesta tanto en la sustanciación del procedimiento arbitral, como en la conformación misma del convenio, que defiere el arbitraje a una institución a la que encomienda su entera administración.

No consta que E.LIFE tuviera conocimiento de esa participación a la hora de someterse a la administración de la Corte de Madrid: tampoco consta que ésta, ni IFEMA, comunicasen esa circunstancia.

Sobre esta base, el Tribunal, sin constancia en autos de lo contrario, tiene que aceptar la premisa del desconocimiento durante el arbitraje de la causa o del hecho que evidencie la colusión de intereses entre la entidad administradora del arbitraje y una de las partes en él intervinientes.”

Debemos mencionar por último cual debiera la cuantías de las indemnizaciones por las reclamaciones a las instituciones arbitrales, es decir, *quantum respondetur*. Dado el origen contractual y el carácter legal de la obligación de responder, su régimen jurídico, según establece el artículo 1090 del Código Civil, se haya

contenido en el libro segundo del Código Civil y presenta particularidades. No es lo mismo la extensión de la responsabilidad en los casos de dolo que en los casos de culpa. Dentro, por supuesto, del marco genérico que marca el artículo 1106 del Código Civil, la indemnización en los supuestos de dolo tiene unas previsiones de mayor alcance que en los casos de culpa. Tratándose de culpa, una corriente doctrinal equipara la culpa grave al dolo. Hay también alguna sentencia de aplicación analógica a este ámbito en la que se ha considerado que cuando hay una culpa grave no es posible que haya cláusulas exoneratorias o limitativas. Otra cosa distinta es que, planteado el caso concreto, a pesar del carácter legal que tiene esta obligación, los Tribunales -y en esto también la doctrina jurisprudencial es pacífica- puedan hacer uso de la facultad de moderación.

Sin embargo, en nuestra opinión, si bien es evidente que el grado de intencionalidad debe tener efecto en la cuantía de la indemnización, también establecerse una directa relación con el daño producido por el árbitro que se pretende compensar.

No obstante, dado que llegado a este punto el árbitro ya no tiene la capacidad de actuar para prevenir incurrir en responsabilidad, no vamos a profundizar en este tema porque escapa de nuestro ámbito de estudio en esta obra.

1.3. Aproximación tradicional a la problemática de la responsabilidad de los árbitros

La materia objeto de esta obra, en el momento actual, es abordada de forma general, desde un enfoque doctrinal, utilizando el siguiente marco conceptual, que consideramos limitado y parcial en muchos puntos y con el que estamos en desacuerdo en otros:

A) Naturaleza y concreción de la responsabilidad del árbitro en el Art. 21 NLAB

Habitualmente se identifican las siguientes circunstancias como generadoras de responsabilidades del árbitro en el desarrollo de su actuación:

a) Privación de una solución arbitral: Esta reclamación de daños morales y materiales vendría motivada porque la actuación del árbitro, al no llevar a buen puerto el arbitraje, ha imposibilitado que la cuestión litigiosa se resuelva por este medio, debiendo ser sometida al ámbito judicial, salvo que medie un nuevo convenio arbitral.

b) Diferencias entre el laudo anulado y la posterior sentencia: La reclamación se fundaría en este caso en el perjuicio que la parte hubiera sufrido por el diferente tenor de ambos pronunciamientos, siempre que la anulación del laudo fuera imputable al árbitro por diferentes causas. En este sentido, por ejemplo, cobra una especial importancia la anulación fundamentada en el rechazo de una recusación.

c) Imposición de unas costas excesivas o indebidas: Las partes deberán poder reclamar a los árbitros la corrección de sus honorarios y de los gastos asociados al arbitraje, que en su conjunto conforman lo que se denomina costas arbitrales.

B) Relación de Reclamaciones de Responsabilidad

a) Reclamación por privación de solución arbitral

Cuando el laudo no se dicta o se anula, el efecto nocivo (daño) que se produce no consiste simplemente en que el o los ejercientes de acciones no obtengan lo que con el arbitraje pretendan, sino en que ni siquiera se haya puesto fin al juicio puesto que, el arbitraje queda sin efecto, se frustra definitivamente y lo que debería haber quedado resuelto no ha visto el fin de su período conflictivo, sino que queda expedita la vía judicial, en la que las partes pueden ser demandadas *ex novo*, o deba iniciarse un nuevo procedimiento arbitral. Por ello, se defiende que existe un daño moral (verse privado de un enjuiciamiento ya terminado y tramitado por la vía pactada) que debe ser resarcible, claramente patentizable y como tal daño moral, de apreciación discrecional¹¹.

b) Reclamación por decisión judicial más gravosa que la arbitral

i. Cuando medie una recusación no aceptada

Si el árbitro ha silenciado la causa de recusación, se puede pedir luego la anulación del laudo. Así pues, el rechazo de la recusación sería un supuesto de posible responsabilidad o mala fe, pero hay que ver si se dan o no los elementos del dolo, temeridad o mal fe como título de imputación, ya que ello es un requisito indispensable para que se deriven responsabilidades para el árbitro, pues obviamente no es automática la consecuencia de que un laudo anulado por este motivo suponga una indemnización de daños y perjuicios del árbitro a las partes. Por contra, sí que resulta un requisito imprescindible para exigir su responsabilidad al árbitro que se haya resuelto un recurso de anulación del laudo en el que se declare la nulidad del mismo basada en la no aceptación de la recusación.

ii. Por no haber dictado laudo

En unos determinados supuestos el transcurso del plazo, si se debe a negligencia o a culpa de los árbitros, en tanto en cuanto se deje sin dictar el laudo, no reclama recurso de anulación, porque no hay laudo que anular, es simplemente que se ha dejado transcurrir el plazo y, en consecuencia, cabe perfectamente reclamar, si ha lugar a la responsabilidad, contra los árbitros directamente.

iii. Por haber dictado laudo fuera de plazo

La anulación del laudo por extemporáneo no supondrá de forma automática que se deriven responsabilidades para los árbitros ex art. 21 NLAB, pues es preciso

¹¹ No obstante, la citada discrecionalidad debe moverse en unos límites definidos, ya que no debemos olvidar que la consecuencia de que el litigio deba ser resuelto en la jurisdicción estática en ningún caso supone acceder a un peor derecho, sino simplemente sustituir el procedimiento arbitral por el proceso civil. Por ello se entiende que el *quantum* de la indemnización debe tomar en consideración únicamente dos circunstancias:

- Los costes que el retraso en la resolución del litigio le supondrá al demandante, contando tanto el tiempo consumido en el arbitraje fallido como el que se presupone que tomará la vía jurisdiccional hasta su última instancia.
- Los costes causados por el arbitraje fallido más los costes asociados al proceso civil.

que concurra un “situación de antijuridicidad dañina intencional y que las partes hayan pactado la preclusión del plazo.

iv. Por laudo claramente erróneo

En la materia fundamental, los errores *in iudicando*, es decir, los errores imputables al laudo, la NLAB, fiel a lo que es el Derecho comparado europeo, ha mantenido la eliminación total de los recursos sobre el fondo del laudo. No hay posibilidad más que la de ir a una reclamación de responsabilidad contra los árbitros. No cabe una simple discrepancia, un error interpretativo leve, sino que tendría que ser un error patente, un error palmario, un error manifiesto de derecho para poder fijar esa responsabilidad del árbitro.

v. Por incumplimiento de principios y formalidades en el procedimiento arbitral

En esta categoría se incluyen los supuestos por defectos en el ítem procesal como la infracción de los principios de audiencia, contradicción, igualdad, infracción de la congruencia del laudo, porque se dicte un laudo fuera de los términos establecidos, o por la determinación de la controversia, etc.... En definitiva, todos los supuestos que constituyen causas del recurso de anulación tienen que ser puestas de manifiesto en la acción de impugnación, si de ello se quiere derivar alguna responsabilidad por errores de esa naturaleza frente al árbitro. En esos casos se estima que es precisa la impugnación del laudo, que además habrá de apreciarlos para que se pueda fundamentar una reclamación contra los árbitros que, adicionalmente exigirá de la concurrencia de culpa, mala fe o temeridad para justificar la imputabilidad del árbitro.

vi. Por laudo contrario al orden público

En un laudo contrario al orden público, si de ello se quiere derivar alguna responsabilidad por errores de esa naturaleza frente al árbitro, se considera la acción de impugnación, para que éste anule el laudo por este motivo. En este caso, dada la gravedad de la causa de anulación, que supone la conculcación de derechos fundamentales por parte del árbitro, resultará mucho más sencillo identificar los elementos de culpa o dolo en su correspondiente actuación.

vii. Reclamación por costas: excesivas o indebidas

Los honorarios del árbitro, así como la cuantía que se fije en concepto de gastos de administración del arbitraje, pueden ser impugnados por las partes por excesivos y al encontrarse en parte dispositiva del laudo y salvo que sea recurrido en anulación, se convierte en cosa juzgada al devenir firme el laudo, lo que abarca igualmente a las citadas costas. Por lo tanto, las partes, en el caso de encontrarse disconformes con las citadas costas habrán de impugnar parcialmente el laudo exponiendo de forma motivada cuál es la justificación por la que entiende que las costas son excesivas o indebidas, proponiendo incluso las pruebas necesarias para demostrarlo (p.e., irrealidad de los gastos suplidos repercutidos a las partes por las comunicaciones o la protocolización).

1.4. Aproximación a la problemática de la responsabilidad de los árbitros desde la óptica del Derecho Romano

La historia del derecho nos demuestra que instituciones de tanta raigambre jurídica como la familia, la propiedad o el matrimonio son notablemente distintas de las instituciones que, con idénticas denominaciones jurídicas, fueron conocidas en otros momentos de dicha historia¹². Y el arbitraje no es una excepción. Y así, como bien dejó dicho DE CASTRO¹³, puede resultar deseable desmitificar el arbitraje: “observando que no se trata de algo dado a priori sino de una figura cambiante resultado del variado entorno social y del juego de intereses de ciertos grupos sociales”. Y, por eso, para entender dicha institución creemos obligada una referencia, aunque sea sucinta, a los antecedentes históricos del arbitraje no sólo porque el conocimiento de los mismos puede servir de criterio hermenéutico de la NLAB al amparo del artículo 3 CC, sino también porque como señalaba DE CASTRO¹⁴, “el recuerdo de las sucesivas manifestaciones del arbitraje y el tenerlas en cuenta puede ser útil en la doctrina jurídica”.

Es bien sabido que la romanización, no sólo supone la incorporación de los territorios conquistados al modo de ser y sentir romanos, sino también un proceso gradual de incorporación de sus habitantes, como miembros activos de la comunidad romana. En este sentido recuerda FERNANDEZ DE BUJAN¹⁵ que “Roma transmite al mundo los imperecederos moldes de organización jurídica y política de la sociedad: su derecho privado, regulador del cúmulo de circunstancias sociales, familiares y patrimoniales del individuo como miembro de una comunidad; y su derecho público, que establece los distintos órganos del ejercicio del poder político y regula las relaciones del individuo con los entes públicos”. FERNANDEZ DE BUJAN¹⁶ considera, y nosotros lo compartimos plenamente, que el Derecho Romano puede aportar “no sólo el ingente tesoro recogido en el *Corpus Iuris* Justiniano, sino también el conocimiento de la más importante y luminosa experiencia jurídica que ha conocido la Historia de la humanidad, que además coincide con la historia política y jurídica de nuestro viejo continente. Esa inigualable experiencia históricojurídica, fue la creadora de la mayor parte de los conceptos y categorías que hoy se mantienen como básicos en los distintos ordenamientos jurídicos europeos”. De este modo, señala

¹² La familia y paterfamilias del Derecho Romano poco tienen que ver con el concepto constitucional de familia; la concepción romana de la propiedad como plena in re postestas se encuentra muy distante del concepto actual de la misma en la que su función social influye decisivamente en el concepto de la institución. Más evidente es el caso del matrimonio que en Derecho Romano era la unión de un hombre y una mujer en consorcio para toda la vida en comunicación recíproca de intereses humanos y divinos mientras que actualmente en España, tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, se admite como matrimonio la unión de dos personas del mismo sexo y se admite que pueda disolverse sin necesidad de que concurra causa alguna.

¹³ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: “El arbitraje y la nueva *Lex Mercatoria*” Anuario de Derecho Civil, Tomo XXXII, Fascículo IV Octubre-Diciembre 1979. Pg. 624

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, FEDERICO. *Sistema Contractual Romano*, 3ªed. correg. y aum., Madrid. 2007. Pag 486

¹⁶ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO. *Aportación del Derecho Romano al proceso de elaboración del derecho de la Unión Europea*, en SDHI (1998). Pg. 534

FERNANDEZ DE BUJAN, F.¹⁷ que “el Derecho Romano no debe considerarse sólo un precedente histórico importante sino como una base de partida, constatada y contrastada por la luminosa capacidad jurídica y una fructífera proyección que debe ser lugar de encuentro ineludible en el proceso de concreción de un sistema contractual europeo”.

El conocer las raíces de una figura jurídica puede explicarnos algunas de sus actuales características¹⁸. Especialmente, si como señala FERNANDEZ DE BUJAN, A.¹⁹, “del análisis de las concordancias examinadas entre el Derecho romano justiniano y la legislación actual en materia de arbitraje, cabe deducir la base romanística del arbitraje actual, en atención a la similitud existente entre numerosos textos romanos y las normas reguladoras de los distintos aspectos y soluciones previstas en la ley arbitral española y en el arbitraje internacional²⁰”.

Históricamente, el procedimiento civil presenta dos épocas perfectamente diferenciadas. A la primera, importante y larga, se le designa con el calificativo de *ordo iudiciorum privatorum*²¹ y a la segunda, cronológicamente más tardía y breve, se le conoce con el nombre de procedimiento *cognitorio*²². Dentro del *ordo iudiciorum privatorum*, cuyo inicio podríamos remontarlo a épocas precívicas, cabe distinguir a su vez como dos períodos o sub-épocas.

En primer lugar, el sistema de las acciones de la ley, que constituye la más antigua manifestación arcaica y ritual del proceso romano, pero donde ya tomó éste su tipicidad y sus grandes líneas maestras y más tarde, abriendo la época preclásica, el procedimiento formulario (*per formulas*), donde se despliega para siempre toda la estructura jurídica del Derecho clásico. Esta segunda parte del

¹⁷ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO. *Retorno a Roma en la elaboración del futuro Código Europeo de Contratos*, en BFD 15 (2000) Pg. 121.

¹⁸ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: “*El arbitraje...*” Op. cit. pág. 624. Como dice Cervantes en el Quijote “[...] la verdad, cuya madre es la historia, émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo porvenir”

¹⁹ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN A.: *Bases romanísticas del arbitraje actual. Análisis de las concordancias entre el Derecho justiniano y la legislación vigente en materia de arbitraje*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 743, Mayo 2014. Páginas: 1105-1150

²⁰ Vid. THOMAS BATY: «*The difference between arbiter in the roman sense and modern arbitrators*», University of Pennsylvania, *Law Review and American Law Register*, vol. 65, núm. 8, 1917, págs. 732-736.

²¹ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, 3ª ed., Editorial Dykinson S. L., Madrid, 2000, Pág. 435. *Ordo iudiciorum privatorum* significa: El orden de los tribunales de justicia privado.

²² Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS, *Diccionario....* Op. Cit., Pág. 69. Procedimiento *cognitorio* significa: procedimiento de conocimiento, realizada por el pretor para dar o denegar una acción, dar la posesión de los bienes o para evitar cualquier clase de perjuicio.

ordo iudiciorum privatorum vendría a coincidir con los siglos más brillantes de la jurisprudencia romana, extendiendo su vigencia e incluso en el alto Imperio²³.

“La segunda parte de la historia procesal romana, la ocupa el procedimiento *cognitorio* al cual se le califica también como procedimiento *extra ordinem* o *extraordinario*, sin que esta última denominación lleve implícita ninguna significación que pudiera entenderse como algo anormal o excepcional”²⁴.

En el derecho romano el procedimiento se entiende como una sucesión de actos jurídicos, en la cual la persona que ejercitaba una acción debía recorrer una serie de trámites sucesivos, hasta conseguir la sentencia, en donde los procedimientos civiles romanos dirigidos al cumplimiento de una obligación de carácter pecuniaria estaban divididos en tres periodos:

1.4.1. Procedimiento de las acciones de ley (*legis actiones*)

El primer tipo de procedimiento que se dio en Roma fue el conocido como *legis actiones* y junto al procedimiento Formulario constituyeron el *ordo iudiciorum privatorum*, con un marcado carácter arbitral, en el que la sentencia la dictaba un árbitro. “El origen de este proceso reside en la ley y la costumbre, fue excesivamente formalista y solemne, hasta tal punto que el más leve error en sus formas acarrea la pérdida del pleito”²⁵. “Según este procedimiento, son partes las personas que litigan con el fin de conseguir una sentencia favorable, se denomina actor al que ejercita la *actio*²⁶, y demandado, aquél contra el que se dirige. No siempre entre ambos hay intereses contrapuestos, por ejemplo el supuesto de una acción divisoria, mediante las cuales sólo se pretende la división del patrimonio familiar de la cosa común o del deslinde de fincas. En éstos casos todos se consideran a la vez actores y demandados”²⁷.

En la concepción del proceso que se dio en Roma, para poder ejercitar una acción, era preciso ser ciudadano romano y paterfamilias; las mujeres, mientras

²³ Vid. VELLOSO, ADOLFO: *Sistema Procesal, garantía de la libertad*. Tomo II. 1ª Ed., Editorial Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009. Pág. 295

²⁴ Vid. BETANCOURT SERNA, FERNANDO: *Derecho Romano Clásico*, Tercera Edición (aumentada y revisada), Colección Manuales Universitarios N° 33 Universidad de Sevilla, España, 2007. Pág. 144.

²⁵ Vid. MAINAR, RAFAEL BERNARD: *Curso de derecho privado romano*, segunda edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006. Pág. 209. En la época arcaica el procedimiento privado romano fue el de las acciones de la ley (*legis actiones*); modos procesales que servían para dar solución a una controversia patrimonial mediante la sacralización de un acto de violencia.

²⁶ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario...*, Op. Cit. Pág. 7. *Actio* significa: acción o acto jurídico del demandante o actor dirigido a conseguir en el juicio una sentencia favorable.

²⁷ Vid. DI PIETRO, ALFREDO: *Manual de derecho romano*, 4ª ed., Ediciones Buenos Aires, 2008. Pág. 108.

existió la tutela, podían litigar con la *auctoritas*²⁸ de su tutor; “pero además de ésta capacidad de carácter general, debían estar legitimados los litigantes para poder entablar un determinado proceso. El actor debía tener una acción a su favor, es la legitimación activa, y en el demandado, cuando ha perturbado un derecho real o no cumplía como deudor sus obligaciones se considera la legitimación pasiva”²⁹, recordemos que en la época del romanismo el derecho de acción se concebía, a partir de la concepción clásica o marxista³⁰

“Durante el periodo de las *legis actiones* cuya vigencia se remonta a los orígenes del proceso arcaico, anterior a la ley de las XII Tablas, utilizado hasta la mitad del siglo II a.C., con influencias religiosa y extremadamente rígido; el procedimiento se entiende como una sucesión de actos jurídicos, que se inicia con el ejercicio de la acción y conduce a la sentencia, mientras que la ejecución que se llevaba a cabo dentro del proceso comporta una clara manifestación del ejercicio de la justicia privada y se dirige no solo sobre los bienes, sino contra la persona del deudor, en virtud de que en un principio la ejecución recaía en la persona del deudor, se le esclavizaba o se le conminaba a realizar trabajos forzosos en beneficio del acreedor, hasta que este se daba por pagado o satisfecho de la obligación del deudor”³¹.

El procedimiento de la *legis actiones* tenía como característica esencial la división del proceso en dos fases, bien determinados, estos eran:

1.4.1.1. In lure, ante el magistrado o pretor

“El actor debía ejercitar su acción e iniciar de este modo el proceso ante un magistrado competente, la competencia de un magistrado venía determinada, en principio, por la pertenencia a la circunscripción territorial del demandado, lugar de nacimiento o domicilio de éste”³²; es decir, su residencia habitual, a pesar de

²⁸ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario...*Op. Cit. Pág. 45. *Auctoritas* significa: la autoridad.

²⁹ Vid. RAYMUNDO, Nestor A., <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Acciones%20de%20leyDr.%Raymundo.Doc.pdf>. Pág. 1

³⁰ En la concepción clásica o marxista del derecho de acción se concebía la acción como una consecuencia del derecho material, es decir que no existía el derecho de acción si no existía un derecho material vulnerado, pues el derecho material y la acción formaban una unidad.

³¹ Vid. ALVAREZ, URCISINO: *Curso de derecho romano*, Tomo I, 1ª ed., Editorial Porrúa, México. Pág. 166. *legis actiones* significa: “Acciones de ley”, La acción no es más que el acto jurídico del actor dirigido a conseguir una sentencia favorable. Los juristas planteaban siempre las cuestiones jurídicas desde el punto de vista de la acción (*actionem habere*, *actionem dare*), más que desde la consideración del ius o derecho. Los romanistas distinguen entre el derecho subjetivo, como la facultad de exigir una cierta conducta de otros, y la acción, como la facultad que tiene el titular de un derecho que se considera violado para pedir protección de los órganos judiciales.

³² Vid. ESCOBAR FORNOS, IVAN: *Introducción al proceso*. 2ª ed., Editorial Hispamer, Nicaragua, 1998. Pág. 10

ello si alguien era citado por un pretor de otra jurisdicción estaba obligado a comparecer, con la cual se delimitaba el proceso³³

1.4.1.2. Posterior apud iudicem, que tiene lugar ante el Juez o tribunal designado

Una vez que se fijaban los términos del juicio mediante la *litis contestatio*³⁴, “las partes se comprometían a comparecer ante el juez o ante el tribunal de jueces en el caso de la *legis actio sacramentum*, para reanudar con una breve recapitulación de los hechos que habían dado lugar a la reclamación, después procedía la valoración de la prueba de los hechos alegados, en esta fase se realizaba la prueba de cada una de la partes”³⁵. En la valoración de la prueba hubo una evolución ya que en un principio existía una valoración objetiva pero más tarde se pasó a la valoración libre de la prueba³⁶. “La prueba tenían que prepararla y aportarla las partes y para ello los medios fundamentales de prueba eran las declaraciones de las partes bajo juramento y los testigos, a los que siempre se les exige prestar partes bajo juramento. Si una de las partes no comparecía, se resolvía el litigio a favor de la que compareciese, y de esa forma el juez o tribunal le ponía fin al litigio a través de una sentencia”³⁷.

1.4.1.3. Clases de Legis Actiones

Para GUSTAVO HUGO³⁸, retomando el pensamiento de GAYO, menciona que “durante el proceso romano podían darse cinco clases de *Legis Actiones*: 1.*Legis actiones sacramento: in rem e in personam*, 2.*Legis actiones per iudici arbitrive postulationem*, 3.*Legis actiones per conductionem*, 4.*Legis actiones per pignoris capionem*, 5.*Legis actiones per manus iniectioem*; de las cuales las primeras tres son declarativas, con ello lo que se pretende es que el Juez pronuncie la existencia de un derecho sobre el que se discute, mientras que las últimas dos

³³ Este es el origen justamente del porque en la actualidad en casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo occidental el domicilio del demandado produce fuero.

³⁴ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario.....* Op. Cit. Pág. 75. *litis contestatio*, significa contestación de la demanda; la *litis contestatio se producía si el proceso continuaba por no haberse producido la confesio in iure*, los litigantes actuaban por no haberse producido de conformidad con las declaraciones solemnes que correspondiesen según la *legis actio* ejercitada. Se acreditaban ante testigos, y este acto formal constituía la *litis contestatio*.

³⁵ Vid. ESCOBAR FORNOS, IVAN: *Introducción....* Op. Cit. Pág. 11

³⁶ En principio el sistema de valoración de la prueba que se aplicaba, era el sistema de la sana crítica, pues al fin era el que más se identificaba con el procedimiento formulario que era el de mayor aplicación en aquella época.

³⁷ Vid. ESCOBAR FORNOS, IVAN: *Introducción....* Op. Cit. Pág. 12

³⁸ Vid. GUSTAVO, HUGO: *Historia del Derecho Romano*, Traducción de la 7a Edición, Madrid 1850. Pág.123. esta clasificación presenta una línea de desarrollo que va desde una concepción sacral hasta una concepción secularizada (litigiosa) de los conflictos patrimoniales, es decir, desde la solución irracional de la controversia patrimonial hasta la solución racional (lógica) de la controversia patrimonial.

son ejecutivas, es decir, servirían para hacer efectiva una sentencia ya dictada”.

Las clases de *legis actiones* se describen a continuación:

1.4.1.3.1. *Legis actiones sacramento: in rem e in personam*³⁹.

“Es la más antigua de todas y era la general (se iniciaba cuando la ley no señalaba otra). Esta *Legis actiones* consistía en una apuesta que cruzaban las partes y que tenían el valor de un juramento de carácter sagrado”⁴⁰, este proceso podía llevarse a cabo bajo dos tipos de modalidades:

- “La *Legis actiones sacramento in rem*, para reclamar derechos absolutos, como la propiedad (*rei vindicatio*), la patria potestad (*vindicatio patriae potestatis*) y todos los derechos reales en general”⁴¹; las partes debían estar presentes, lo mismo que el objeto del litigio (si era un inmueble, bastaba con algo que lo representara). “El actor tomaba con la mano la *vindicta*⁴² representada en una lanza, como instrumento más ancestral de defensa de los derechos, y la colocaba sobre el objeto, al tiempo que pronunciaba una fórmula: *aio hanc ream meam esse ex iure Quiritium* (Yo digo que esta cosa es mía según el derecho quiritario⁴³). El demandado, a continuación, realizaba una *contravindictio*⁴⁴ repitiendo las mismas palabras del actor. Ambas partes fingían lucha, finalizada por el magistrado, el demandante preguntaba al demandado el motivo de afirmar que la cosa era suya y le retaba a una apuesta entre cincuenta y quinientos ases⁴⁵, el demandado aceptaba la apuesta y se producía un juramento según el cual ambos eran dueños de la cosa, posteriormente la cosa era entregada provisionalmente a la parte que presentara más garantías de devolverla

³⁹ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario.....* Op. Cit. Pág. 153. *Legis actiones sacramento* significa: Por apuesta sacramental: destinada a la defensa de derechos absolutos o si se reclama un derecho de crédito.

⁴⁰ Vid. BETANCOURT SERNA, FERNANDO: *Derecho Romano*Op cit. Pág. 147

⁴¹ *Ibidem*, Pág. 148

⁴² Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario.....* Op. Cit. Pág. 420. *Vindictia* significa: venganza

⁴³ Quiritario es un término usado en el antiguo Derecho Romano, alusivo a los *quirites*, esto es, a los ciudadanos romanos. Ostentaban tal calidad todos aquellos individuos de la especie humana que reunían los requisitos consagrados en el *Ius Civile*.

⁴⁴ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario....* Op. Cit. Pág. 80. *Contravindictio* significa: intervención.

⁴⁵ [http://es.wikipedia.org/wiki/As_\(moneda\)](http://es.wikipedia.org/wiki/As_(moneda)), Página web consultada: 02-08-11. Con el nombre de as (del griego, *eis*, uno o del latín *aes*, bronce) se conocen las monedas primitivas de los romanos y las que a ellas siguieron como unidades monetarias de bronce, se apostaba cincuenta si el valor de la cosa era inferior a mil ases o se trataba de un esclavo, y quinientos, si los superaba, el dinero de la apuesta se depositaba en el Colegio Pontifical en el erario público, o se entregaba a la otra parte.

aunque luego pudiera perder el juicio”⁴⁶.

“Las partes elegían al juez entre una lista de senadores, para que dictase sentencia, en la cual el juez averiguaría cuál de las dos partes había realizado la apuesta justa”⁴⁷ y dictaba en ese caso la sentencia en su favor, la parte vencida perdía la apuesta y el dinero apostado pasaba al Estado; “a la parte ganadora se le atribuía la cosa y se le devolvía el dinero de la apuesta; pero si no había acuerdo, se procedía al sorteo”⁴⁸.

“Esta fase *In lure* concluye con la *litis contestatio* que consistía en la búsqueda de testigos del litigio, con el objeto de que se pudiera acreditar por medio de ellos que lo mantenido por las partes no se había modificado con posterioridad en la fase *apud iudicem*”⁴⁹, dado el carácter oral del procedimiento.

- *Legis actiones sacramento in personam* que “era utilizada para reclamar un derecho de obligación, el procedimiento era similar al anterior, si bien lo reclamado era un derecho de crédito, el demandado podía reconocer lo solicitado por el actor (*confessus*), callarse (*indefensus*), o negarlo, con lo cual se continúa con la fase *apud iudicem*. De la misma manera que en las acciones *in rem*, existía la apuesta, el plazo de los treinta días para designar al juez y la *litis contestatio*”⁵⁰.

1.4.1.3.2. *Legis actiones per iudici arbitrive postulationem*⁵¹.

Los casos en que se aplicaba la modalidad de *Legis actiones per iudici arbitrive postulationem* del proceso eran: “en primer lugar por la obligación de pagar una cantidad de dinero por medio del *sponsio*”⁵², en segundo lugar era para la división de la herencia y en tercer lugar para la división de la cosa común. El ritual en que la afirmación del actor relativo a la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero contraída por promesa o mediante *sponsio* seguía una eventual negación del demandado y seguidamente se pedía al juez o árbitro (parece ser

⁴⁶ Vid. MAINAR, RAFAEL BERNARD: *Curso de.....* Op Cit. Pág. 211

⁴⁷ Ibídem, Pág. 212. En este momento histórico, predominaba el sistema procesal inquisitivo en el que el juzgador era poseedor de amplias facultades para investigar por encima de las partes

⁴⁸ Ibídem, Pág. 213. Una *Lex Pinaria* retrasó la elección del juez durante treinta días para favorecer en ese plazo un posible acuerdo entre las partes

⁴⁹ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario....* Op. Cit. Pág. 39. *Apud iudicem* significa: ante el juez, en esta fase se practican las pruebas, se hacen las alegaciones de los *oratores* y se dicta la sentencia que pone fin al proceso.

⁵⁰ Vid. MAINAR, RAFAEL BERNARD: *Curso de.....* Op Cit. Pág. 211.

⁵¹ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario....* Op. Cit. Pág. 150. *Legis actiones per iudici arbitrive postulationem* que significa: Acción de ley por petición de un juez o árbitro

⁵² Ibídem, Pág. 430. *Sponsio* significa: patrocinio, era considerado como un procedimiento de caución, es decir, una garantía. De acuerdo con esto, el *sponsor* no era el deudor propiamente tal, sino el garante, o sea, quien respondía ante el incumplimiento del deudor.

que se pedía juez para los casos de *sponsio* y árbitro para los juicios divisorio), para que dictare sentencia y le diese fin al conflicto, si había habido condena, el *reus* (culpable de, u obligado) contaba con un plazo de treinta días para cumplir; en caso contrario, se daba paso a las acciones ejecutivas⁵³.

1.4.1.3.3. *Legis actiones per conductionem*⁵⁴

“Esta acción de *Legis actiones per conductionem* es de época más reciente, era utilizada para reclamar deudas pecuniarias y de cualquier otro objeto, en este sistema, el demandante no tenía la obligación de expresar la causa de su reclamación y se limitaba simplemente a solicitar la comparecencia del demandado a los treinta días luego de haber realizado la reclamación, con objeto de elegir el juez⁵⁵.

“A partir de esta *legis actio* surgió la *condictio*⁵⁶: acción abstracta para reclamar sin expresar la causa, sin embargo la doctrina no profundiza a más sobre esta modalidad⁵⁷.

1.4.1.3.4. *Legis actiones per pignoris capionem*⁵⁸.

Esta acción de *Legis actiones per pignoris capionem* fue establecida por costumbre para ciertos casos y para otras por la ley, “que consistió en la toma como prenda por el acreedor de alguna cosa que pertenecía al deudor como medio de ejecución directa sobre los bienes de personas deudoras en concepto de tributos, ciertos créditos militares o de tipo religioso y autoriza al acreedor para que, en presencia de tres testigos se apoderaba de los bienes del deudor para cobrarse su crédito y sin necesidad de una condena previa, únicamente a título de coacción psicológica sobre la voluntad de este, ya que los bienes no pueden venderse y sólo se retienen hasta tanto se realice el pago, cabiendo también la posibilidad de su destrucción como pena por la falta de cumplimiento, su origen data de los *mores maiorum*⁵⁹ en relación con los militares cuando estos no recibían sus haberes (metal militar), o cuando no recibían el dinero para comprar

⁵³ Vid. MAINAR, RAFAEL BERNARD: *Curso de.....* Op Cit. Pág. 212

⁵⁴ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario....*Op. Cit. Pág. 152. *Legis actiones per conductionem* significa: Acción de ley por condición.

⁵⁵ Vid. DA CUNHA LOPEZ, MARIA: *Manual de derecho romano*, 1ª ed., Editorial Derecho, México, 2006. Pág. 50.

⁵⁶ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario....*Op. Cit. Pág. 76. *Condictio* significa: condición

⁵⁷ Vid. DA CUNHA LOPEZ, MARIA: *Manual de derecho.....*Op. Cit. Pág. 50.

⁵⁸ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario....* Op. Cit. Pág. 153. *Legis actiones per pignoris capionem* significa: Acción de ley por toma de prenda.

⁵⁹ Vid. BETANCOURT SERNA, FERNANDO: *Derecho.....* Op. Cit. Pág. 48. La fuente del derecho romano arcaico fue la tradición práctica jurídica de los antepasados, los denominados *mores maiorum*.

el caballo (metal ecuestre) o el forraje (metal de forraje), de quien tenía que pagarles”⁶⁰.

El ámbito de aplicación era limitado, se podía ejercitar a favor de los publicanos contra los que debían los impuestos, también contra el que había comprado y no había pagado un animal para el sacrificio de los dioses. En ésta clase comenta BETANCOURT⁶¹ que cuestiona seriamente el carácter de acción de la ley por dos razones: “en primer lugar porque se celebraba sin la presencia del pretor y muchas veces en ausencia del demandado, mientras que en las otras acciones no se podía efectuar sin la presencia del pretor, y siempre en presencia del demandado, y en segundo término porque se podía realizar en días inhábiles, cuando no se podía entablar ninguna otra acción de la ley”.

Aunque se estima por otros autores como MACHICADO⁶² “que se trataba de un recurso excepcional, sólo utilizable en muy pocos casos determinados por la ley o por la costumbre, y ya que al tomar la prenda se pronunciaban palabras solemnes por eso se estimó que era una acción de la ley. El procedimiento descrito desapareció, cuando se instauró el formulario”.

1.4.1.3.5. *Legis actiones per manus iniectioem*⁶³.

La Ley de las XII Tablas (*Lex duodecim tabularum*, 450 a.C), contenía la acción de *Legis actiones per manus iniectioem* por aprehensión corporal y ejecutiva, “procedía cuando el deudor una vez transcurridos treinta días desde el pronunciamiento de la sentencia condenatoria no había pagado la obligación (*tenmpues iudicati*), o en el caso de la *confesio*, es decir haber reconocido el demandado la pretensión del actor ante el pretor. El demandante llevaba ante el magistrado al *iudicatus*, que podía optar por varias soluciones: 1. cumplir la sentencia; 2. presentar un *vindex* que alegara la injusticia del pronunciamiento y su compromiso a demostrarlo en un nuevo juicio y 3. si no cumplía, o no presentaba un *vindex* el magistrado autorizaba al demandante a la realización de la *manus iniectio*”⁶⁴.

Lo más habitual era que el acreedor impagado tomaba físicamente al deudor ante el pretor (ejerciendo la denominada *manus iniectio iudicati*), y enunciaba unas palabras solemnes que indicaban que adquiría poder sobre él. “El condenado no podía soltarse ni defenderse por sí mismo, sino que tenía que presentar un defensor, que solía entablar la acción de la ley en su nombre, si no

⁶⁰ Vid. DI PIETRO, ALFREDO: *Manual.....* Op. Cit. Pág. 154.

⁶¹ Vid. BETANCOURT SERNA, FERNANDO: *Derecho.....* Op. Cit. Pág. 158

⁶² <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/05/pica.html>, Página web consultada: 13-09-11 a las doce horas diez minutos.

⁶³ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario....* Op. Cit. Pág. 153. *Legis actiones per manus iniectioem* significa: Acción de ley por aprehensión corporal

⁶⁴ Vid. LEVY BRUHL, H: *Recherches sur les actions de la loi*, Editorial Sirey, París, 1960. Pág. 127

se presentaba un defensor, el actor se lo llevaba a su casa y le ataba con cadenas, el actor tenía que solicitar al magistrado *In lure* la entrega del deudor, para llevárselo a su casa preso, en ese lapsus en que el magistrado decidía sobre la petición del actor, podía darse la intervención de una tercera persona y esa era el *vindex*⁶⁵ y discutir con el ejecutante sobre la procedencia de la imposición de la mano si el magistrado lo estimaba procedente; si el *vindex* al discutir la condena era derrotado, tenía que pagar el doble de la cantidad al acreedor (*litis crescencia*) a que había sido condenado el demandado. En el caso de que no interviniese el *vindex*, el magistrado hace la *addictio* (adjudicación) es decir, atribuía de forma solemnemente la personalidad del deudor al acreedor⁶⁶.

“El acreedor encarcelaba al deudor en su casa durante 60 días, con cadenas que no excediesen las 15 libras y si el ejecutado no puede procurarse comida, el ejecutante debía proporcionarle al menos una libra diaria de harina, el acreedor podía exhibirle en tres días de mercados consecutivos para proclamar en público la existencia de la deuda y la cantidad a la que esta ascendía, con el fin de que alguien pudiera pagar la deuda por él, si nadie pagaba la deuda por él, el ejecutado es llevado nuevamente ante el pretor para que allí el ejecutante proclame públicamente la deuda, quedando el acreedor a la disposición de darle muerte al ejecutado o venderlo como esclavo más allá del río Tíber (*trans Tiberim*)⁶⁸; si el deudor moría sin cubrir sus deudas, sus restos mortales eran enjuiciados y si una sentencia lo declaraba culpable, se le privaba de ser enterrado conforme al ritual consagrado⁶⁹. Una norma muy antigua en el caso de

⁶⁵ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario....* Op. Cit. Pág. 460. *Vindex* significa: fiador que garantiza la comparecencia del demandado.

⁶⁶ Vid. LEVY BRUHL, H: *Recherches*Op. Cit. Pág. 128

⁶⁷ Vid. RIGOBERTO QUINTANILLAB, ATILIO: *Apuntes de derecho procesal sobre teoría general de las obligaciones*, el deudor que no pagaba y caía bajo la *manus iniectio iudicati*, se convertía en esclavo, pero como la pretensión

⁶⁸ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario....* Op. Cit. Pág. 450. *Trans Tiberim* que significa: *vendido en tierra extraña*, es decir fuera de Roma, Cuando el río Tíber era límite de la ciudad, debido a que no se podía ser esclavo en Roma, por ello la venta debía hacerse fuera del territorio en un mercado de esclavos bajo ciertos mecanismos jurídicos procesales prescritos por las severas leyes del derecho romano primitivo, ya que la pretensión normal del acreedor era de carácter económico, para encontrar un resarcimiento pecuniario frente al incumplimiento de la prestación debida venderlo, encontrándose los esclavos desprotegidos y totalmente privados de sus derechos, donde la venta de éstos tenía la misma consideración que si de ganado o animales de carga se tratara, de esta forma el deudor respondía de sus obligaciones con su propio cuerpo. No había diferencias jurídicas en estos tipos de transacciones, se regulaban por un edicto de los *ediles*, magistrados que supervisaban el mercado y cuya labor principal era evitar que el vendedor engañara al comprador.

⁶⁹ Vid. PALLARES, EDUARDO: *La vía del apremio y otros estudios procesales*, Editorial Botas, México, 1946. Pág. 102

que fueran varios los acreedores despedazaban el cuerpo del deudor y se repartieran los trozos”⁷⁰

“La ejecución personal fue derogada a través de una nueva “*Lex Poetelia Papiria*”⁷¹ que fue una norma aprobada en la Antigua Roma que abolió indirectamente la forma contractual del *Nexum*⁷², por virtud del *Nexum* se establecía la responsabilidad personal por las deudas (a diferencia de lo que ocurre hoy día, donde dicha responsabilidad es sólo patrimonial), esta ley dispuso la prohibición del encadenamiento, la venta y el derecho de dar muerte a los *nexi*⁷³; permite a este último liberarse de *la addictio* mediante el juramento de tener bienes suficientes para el cumplimiento de la deuda (*bonam capian jurare*)⁷⁴, las cárceles privadas en que los acreedores encerraban a sus deudores cargados de cadenas fueron sustituidos por normal del acreedor era de carácter económico, debía encontrar algún tipo de resarcimiento frente al incumplimiento de la prestación debida. cárceles del imperio en tiempos de Diocleciano (284-305 dC), a partir de esta ley el acreedor se separa del derecho de propiedad, y el cumplimiento de la obligación no recae sobre la persona del deudor, sino sobre su patrimonio, que es considerado la prenda común de los acreedores”⁷⁵.

1.4.2. Procedimiento formulario (per formulas)

Este procedimiento coexistió en parte con el procedimiento de las *legis actiones* y corresponde a la época del derecho romano clásico⁷⁶, este procedimiento

⁷⁰ <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Acciones%20de%20la%20ley-Dr.%20Raymundo.doc.pdf>
Pág. 1. Pertenece a la esencia del proceso civil romano la publicidad, por ello las actuaciones procesales de los procedimientos romanos se celebraban en lugares públicos, fue hasta el siglo IV de Cristo que se estableció que debía ejercitarse únicamente en los días fastos, quedando excluidos los días nefastos, ya que éstos últimos eran dedicados a solemnes fiestas políticas y religiosas, o aquéllos en que los particulares tenían tareas que realizar; así se consideraban los días de mercado.

⁷¹ Livio data la ley en el año 326 a. C., durante el tercer consulado de Caius Poetelius Libo Visolus, mientras que Varrón la sitúa en el 313 a. C., durante la dictadura de Poetelius.

⁷² El *Nexum* era la figura contractual en el derecho Romano, el llamado *nexum*, el deudor o *nexi* cedía legal (e incluso con fórmulas rituales) poder de dominio sobre su persona al acreedor, fuera de efectos inmediatos o aplazados hasta el momento de quedar incumplida la deuda. El compromiso implicaba dominio, incluyendo la posibilidad de que el acreedor lo vendiera como esclavo, le diera cárcel o incluso muerte.

⁷³ Los *nexi* eran ciudadanos empobrecidos, en general plebeyos en tanto que carecían de otras redes de contención, que así se habían dado ellos mismos en prenda de acreedor.

⁷⁴ Vid. PALACIO, LINO ENRIQUE: *Derecho Procesal Civil*, Tomo VII, 4ª Ed, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina, 1994. Pág. 211

⁷⁵ Vid. RODOLFO ARGUELLO, LUIS: *Manual de derecho romano*, Editorial Astrea, 2000. Pág. 32

⁷⁶ La estructura del litigio judicial clásico está basada en la lógica formal aristotélica, y es a través de ella como el derecho patrimonial romano se seculariza, para abandonar definitivamente el carácter sacral de las antiguas *legis actiones*.

formulario se regulaba en dos leyes estas eran: “una que era la *ley Aebutia*, del año 130 a.C. aproximadamente, que introdujo el procedimiento formulario, aunque circunscrito exclusivamente a las reclamaciones que podían tramitarse por *condictio*. Para las restantes del *ius civile* entre ciudadanos romanos, seguía vigente el procedimiento de las *legis actiones*; al menos, en la forma de ficción de que había tenido lugar una *legis actio*”⁷⁷.

“Dos las llamadas leyes Julias de juicios públicos y privados, promulgadas por Augusto en el año 17 a.C., que llevan a cabo trascendentales reformas. La ley Julia de juicios privados reconoció la legalidad del procedimiento formulario para toda clase de reclamaciones, y las *legis actiones* quedaron abolidas, confiriendo al juicio formulario el carácter de *iudicium legitimum*”⁷⁸.

“Y es así que, una vez transcurrido el *tempus indicati* (tiempo indicado), el acreedor debía reclamar el cumplimiento de la condena mediante el ejercicio de la *actui iudicati*, que constituye una acción derivada de la misma sentencia y origina un nuevo proceso en el cual el deudor puede acreditar la existencia de alguna causal de liberación (nulidad de la sentencia, pago, etc.), si no media oposición del deudor, el magistrado libra el decreto de ejecución; en caso contrario, y frente a la hipótesis de resultar esa oposición infundada, se le condena a pagar una suma equivalente al doble de la suma inicial (*condemnatio in duplum*). Cabe entonces la posibilidad de proceder a la ejecución personal, aunque el acreedor ya no tiene el derecho de reducir a esclavitud o de matar a su deudor sino el de retenerlo en prisión durante un tiempo y luego imponerle trabajos a fin de que con éstos cancele la obligación”⁷⁹.

Aproximadamente en el “año 649 de Roma, por obra del derecho pretorio, la ejecución adquiere carácter patrimonial y su primera manifestación es la *bonorum venditio*, que configura un procedimiento de ejecución colectiva; más tarde aparecen atenuados los efectos de la *bonorum venditio*, y se permite al deudor, para sustraerse a la infamia que aquella trae aparejada, hacer cesión de sus bienes mediante la *cessio ex lulia*. Posteriormente, a través del procedimiento de la *bonorum distractio* la ejecución ya no recae sobre la universalidad del

⁷⁷ Vid. FORO, Revista de ciencias jurídicas y sociales “Nueva época”, N° 0, Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2004. La insuficiencia de noticias sobre la *lex Aebutia* impide tanto datarla con precisión como pronunciarse con seguridad sobre su contenido. La opinión doctrinal hoy mayoritaria, según la cual la ley Ebuca debió aprobarse en los últimos decenios del siglo II a. C. o a comienzos del I a. C., parece preferible frente a la hipótesis reciente que no descarta una aprobación bastante posterior en el tiempo. Respecto a su contenido primordial, sería poco probable que la *lex Aebutia* hubiera permitido optar entre las *legis actiones* y el procedimiento formulario, mientras que distintos indicios conducen a sostener que el plebiscito ebucio sustituyó la *legis actio per conditionem* por la *condictio* formularia, pero no afectó a las otras *legis actiones* más antiguas.

⁷⁸ Vid. BETANCOUR, FERNANDO: *Derecho*..... Op. Cit. Pág. 162

⁷⁹ *Ibidem*, Pág. 163

patrimonio y se autoriza la venta parcial de los bienes del deudor hasta cubrir el monto adeudado a los acreedores”⁸⁰.

1.4.2.1. Estructura del procedimiento formulario

“La fórmula consistía en un escrito breve en el que las partes del litigio reflejaban ante el magistrado, así como el *iussum iudicandi* (el mandato del magistrado al juez) y servía de base a un convenio en el que las partes sometían la cuestión litigiosa a la decisión del juez”⁸¹. La fórmula se encabeza con el nombre del juez o jueces nombrados por los *adversarii*, este nombramiento se realizaba de forma imperativa: “*Titius iudex esto*” (Ticio será Juez); “*Titius, Caius, Lucius recuperatores sunt*” (Ticio, Cayo, Lucio sean recuperadores). A tal designación, sucede el contenido propio y esencial de la fórmula, integrada por partes ordinarias y extraordinarias.

Se habla de cuatro partes ordinarias, porque son precisas y necesarias en toda clase de fórmulas, y dos extraordinarias, pues pueden existir en algún tipo de fórmulas, pero no en otras.

1.4.2.2. Partes ordinarias de la fórmula

En el derecho formulario, se concibió como partes a:⁸²

- a) “**Designatio:** Nombramiento del Juez;
- b) **Demonstratio:** Relato de los hechos y del Derecho en que se sustenta la acción;
- c) **Intentio:** En este sistema si la hipótesis afirmada por el actor (demandante) que, si se aprueba, dará lugar a la condena del reo. Hay fórmulas que sólo llevan la *intentio* (como los prejuicios), en que no se pide condena, sino la declaración de la existencia de un hecho, tal como la calidad de libre o el monto de una dote. Cuando el actor en la *intentio* reclama una cosa corporal o cantidad determinada la *intentio* es *certa*⁸³; las acciones de *intentio certa* se derivan de la antigua *legis actio per conditionem* y, por tanto, en ellas no es necesario consignar la causa de la reclamación, ya que esa causa se presume, es decir la acción es abstracta. En cambio, cuando el demandante de la *intentio* reclama una cosa corporal o cantidad indeterminada la *intentio* es *incerta*; las acciones *intentio incerta* se derivan de la antigua *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* y, por lo tanto, en ellas es necesario consignar la causa de la reclamación, ya que obedecen a un acto jurídico causal. En el caso de estas acciones causales o de *intentio*

⁸⁰ Vid. DE LA PLAZA, MANUEL: *Derecho Procesal Civil*, Volumen II, 3 Ed., Editorial revista de derecho privado, Madrid España, 1955. Pág. 550

⁸¹ Vid. PALACIO, LINO ENRIQUE: *Derecho.....* Op. Cit, Pág.212

⁸² *Ibidem*, Pág. 213

⁸³ Cantidad determinada de dinero o de cosas fungibles, o cosa determinada. Por ejemplo, si resulta que Numerio Negidio debe a Aulo Agerio 10.000 sestercios.

incerta el demandante debe introducir la clausula complementaria de la *demonstratio*⁸⁴.

d) Adjudicatio: En esta parte se faculta al juez para que adjudique a una de las partes cosas concretas cuando se ejercitaban acciones divisorias, ya la *actio familiae erciscundae* (repartición de herencia), la *actio communi dividendo* (acción de fijar los linderos), el derecho real de propiedad u otro derecho real a los que han solicitado la división o deslinde de las fincas rústicas. En estas acciones divisorias también debe venir la clausula de la *condemnatio*, pero esta es complementaria de la *adiudicatio*. La sentencia en estos supuestos no era declarativa, sino constitutiva, pues creaba derechos, no se limitaba a declararlos. En estos casos la fórmula decía: “*quantum adiudicari oportet, iudex, Titio adiudicato*” (cuando corresponda que sea adjudicado, juez, se adjudique a Ticio)⁸⁵.

e) Praescriptio : Consistía en una clausula inserta al principio de la fórmula cuya finalidad era limitar o descartar los efectos de la *litis contestatio*, pues en ella se instruye al juez para que tenga en cuenta ciertas circunstancias que, de demostrarse su existencia y no ser estimadas, podrían perjudicar al actor o al demandado. La *praescriptio* podía favorecer tanto al *reus* (pro reo), como al actor (*pro actore*). Se incluía en aquellos casos en los que se reclamaba el cumplimiento de determinados plazos de una obligación no satisfecha (*pro actore*), o cuando se trataba de indicar al juez que, antes de examinar el asunto, se había de decidir sobre una circunstancia determinada alegada por el reo que, de ser cierta, impedía el enjuiciamiento sobre la cosa litigiosa (*pro reo*)⁸⁶.

1.4.2.3. Partes extraordinarias de la formula

Las partes extraordinarias de la formula estaba compuesta por⁸⁷:

1.4.2.3.1. Clausal arbitraria

“Formalmente, y salvo que el demandado no tenga nada que alegar a su favor, después de la *demonstratio* podía venir la denominada clausula arbitraria; clausula que introduce al pretor en casi todas las acciones de *intentio in rem* y en bastantes acciones de *intentio in personam* que, por su propia naturaleza, buscan la restitución o exhibición de la cosa corporal objeto del litigio de una situación

⁸⁴ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Diccionario....* Op cit. *Demonstratio* significa: demostración

⁸⁵ Se designa al juez, y la *intentio* delimitaba los herederos, la herencia objeto de repartición, así como la solicitud de las partes del nombramiento del juez.

⁸⁶ Vid. BENABENTOS, OMAR: *Teoría General del Proceso*, 1ª ed., Editorial Juris, Argentina, 2005. Pág. 42

⁸⁷ Vid. BETANCOUR, FERNANDO: *Derecho.....* Op. Cit. Pág. 169.

jurídica, más que el pago por el demandado condenado de una suma de dinero. Eso por el principio de derecho romano clásico de la *condemnatio pecuniaria*⁸⁸.

1.4.2.3.2. Las prescripciones

“Las cuales eran colocadas al principio de la fórmula, en general eran establecidas por el demandado, a efectos de que el Juez, antes de dictar sentencia se pronuncie sobre ciertos hechos, por ejemplo, haber transcurrido el período para accionar, lo que impediría que la causa continúe”⁸⁹.

1.4.2.3.3. Las excepciones

“Iban luego de la *intentio*, y son defensas que opone el demandado al reclamo del actor. Podían ser dilatorias, que impedían la prosecución del litigio solo en forma temporal, por ejemplo, la litispendencia o la incompetencia del magistrado; o podían ser perentorias que extinguían la acción, como por ejemplo, la existencia de cosa juzgada”⁹⁰.

1.4.2.1.3.1. Fases del procedimiento formulario

Las fases del procedimiento formulario son las siguientes⁹¹:

1.4.2.1.3.1.1. Fase *in iure* (ante el magistrado)

En la fase ante el magistrado podemos mencionar los siguientes elementos⁹²:

1.4.2.1.3.1.1.1. *Editio actionis* (extraprocesal)

“Sería, según algunos autores, una notificación previa a la interposición de la acción, en la que el demandante indicaba al demandado cuál era la acción que iba a interponer contra él para que preparase su defensa”⁹³.

1.4.2.1.3.1.1.2. *Citación ante el magistrado*

“Continúa siendo el acto formal por el cual el demandante cita a juicio al demandado. El demandado debe contestar a la citación con una promesa de comparecer (*vadimonium*), presentando fiadores. Si no quiere presentar el *vadimonium*, el pretor puede amenazarle con una multa (concediendo al demandante una *actio in factum* para reclamarla). Si a pesar de ello, subsiste la negativa, el pretor puede ordenar el embargo de la cosa litigiosa en las acciones reales (*missio in rem*) o de todo el patrimonio en las acciones personales (*missio*

⁸⁸ Ibídem, Pág. 170

⁸⁹ <http://derecho.laguia2000.com/derecho-romano/proceso-formulario>. Pág. 1. Página consultada: 13-07-11

⁹⁰ Ibídem, Pág. 2

⁹¹ Ibídem, Pág. 3

⁹² Ibídem, Pág. 3

⁹³ Ibídem, Pág. 3

in bona). Si aun así sigue sin comparecer, el pretor puede ordenar la venta de tales bienes”⁹⁴

1.4.2.1.3.1.1.1.3. *Comparecencia ante el praetor*

“El demandante solicita la concesión de la acción (*editio actionis*) al pretor (*postulatio actionis*), quien examina la capacidad y legitimación de las partes y su propia competencia, decidiendo conceder o no la acción. Si la deniega (*denegatio actionis*), el proceso concluye pero la acción no se consume y el demandante podrá volverla a interponer en el futuro. Si la concede, el proceso sigue adelante, pudiendo ocurrir varias cosas:

- a) Que las partes lleguen a un acuerdo (se acaba el proceso).
- b) La *confessio in iure*: que el demandado se allane, reconozca la pretensión del demandante. El allanamiento equivale a una sentencia condenatoria.
- c) El juramento necesario (*iusiurandum necessarium*): sobre todo en los supuestos de deudas, la decisión del litigio queda, previa autorización del pretor, supeditada al resultado del juramento que el demandante propone al demandado y no a la sentencia. Si el demandante solicita al demandado que jure si debe o si no debe una determinada cantidad y el demandado jura reconociendo la pretensión del actor, pierde el juicio. Si niega la pretensión del actor, gana. Si devuelve el juramento al actor y este jura la verdad de su pretensión, pierde.
- d) La *indefensio*: si el demandado adopta una postura pasiva, se paraliza el juicio porque en esta fase es necesario el concurso de las dos partes. En tal caso, el pretor interviene coactivamente, amenazando con un embargo que podrá ser nuevamente de todos los bienes (*missio in bona*), en el caso de acciones personales, o del bien litigioso (*missio in rem*), en el caso de acciones reales”⁹⁵.

1.4.2.1.3.1.1.4. *Designación del juez y redacción de la fórmula*

“Si el proceso no concluye se procede a la designación del juez (por sorteo o de común acuerdo por las partes) y a la redacción de la fórmula donde se fijaban los términos del litigio (se resumen las declaraciones de las partes, la pretensión del actor y la oposición o excepción del demandado) y donde el magistrado da al juez instrucciones y recomendaciones para fijar su función y autorizarle, en su caso, a emitir su opinión”⁹⁶.

1.4.2.1.3.1.1.5. *Litis contestatio*

⁹⁴ <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/05/pica.html>, Pág. 3. Página web consultada: 13-09-11

⁹⁵ *Ibidem*, Pág. 4

⁹⁶ *Ibidem*, Pág. 5

Se fija definitivamente el contenido de la fórmula. Las partes delimitan sus posiciones y, a partir de este momento, no pueden introducir modificaciones, sometiéndose al juicio del juez.

“El principal efecto es que la acción se consume, de tal modo que el demandante no puede volver a ejercitar la misma acción contra el demandado (*non bis in idem*). Esta consumición opera *ipso iure*, automáticamente, en los juicios entre ciudadanos romanos celebrados dentro de Roma o en el radio de una milla en el caso de acciones personales y de fórmulas con *intentio in ius* (basadas sobre el *ius civile*). En los casos contrarios (procesos entre extranjeros o fuera de Roma, acciones reales o fórmulas con *intentio in factum* -de derecho pretorio-), la consumición de la acción opera vía excepción, esto es, el demandante podrá volver a interponer la acción pero el pretor concede al demandado la excepción de cosa vista en juicio (*exceptio rei in iudicium deductae*)”⁹⁷.

1.4.2.1.3.1.2. Fase *apud iudicem* (ante el juez)

En la fase ante el juez podemos mencionar los siguientes elementos:

1.4.2.1.3.1.2.1. Comparecencia

“La oralidad, la publicidad y la inmediación del juez son rasgos de esta fase. En efecto, las partes acuden ante el juez y exponen oralmente sus posturas. Si una de ellas no comparece, el proceso continua en su ausencia (en rebeldía o en contumacia), pero al no poder defenderse, el juez con carácter general se pronunciará en su contra”⁹⁸.

1.4.2.1.3.1.2.2. Prueba

“Debe versar sobre los hechos y cada parte debe probar aquello que alegue. Se admiten como medios de prueba”⁹⁹:

- a. La confesión de las partes
- b. El juramento
- c. Documentos públicos y privados
- d. Testigos
- e. Inspección ocular del juez y peritos

Además el juez es libre en su apreciación, decidiendo el valor que quiere atribuirle, en cada caso concreto, a cada medio de prueba.

1.4.2.1.3.1.2.3. Sentencia

⁹⁷ *Ibidem*, Pág. 5

⁹⁸ Vid. DI PIETRO, ALFREDO: *Manual*.....Op cit. Pág. 205

⁹⁹ *Ibidem*, Pág. 206

“Valoradas todas las circunstancias, el juez emite su decisión o se abstiene si no tiene una opinión formada (*non liquere*) y se procede al nombramiento de otro juez. Si emite sentencia, su decisión debe ceñirse a la fórmula. Si el demandante pide más de lo debido, el juez debe absolver al demandado porque no puede corregir la fórmula. No obstante, es lícito pedir menos.

Los efectos de la sentencia pueden ser diversos”¹⁰⁰:

- a) Tener fuerza ejecutiva. La sentencia es la verdad entre las partes, que tienen la obligación de cumplirla.
- b) Tener el valor de cosa juzgada (*res iudicata*). Es decir, la sentencia va a funcionar como la verdad entre las partes procesales, de tal manera que a partir de la misma, no sólo no se va a poder interponer la misma acción (consumida en la *litis contestatio*), sino que tampoco se va a poder intentar una acción distinta por el mismo asunto.
- c) Cuando la fórmula contenga una adjudicación, la sentencia es constitutiva de nuevos derechos. En caso contrario será declarativa: condenará al demandado a pagar una suma de dinero o lo absolverá.
- d) O la sentencia es inapelable.

1.4.2.1.3.1.2.4. Ejecución de la sentencia

“Si el condenado en el plazo de 30 días de dictarse la sentencia no cumple, el demandante puede iniciar el procedimiento ejecutivo, interponiendo la **actio iudicati** (o *iudicatio*)”¹⁰¹

1.4.2.1.3.1.2.5. Ejecución personal

“La ejecución podía ser personal ya que todavía existe la semiesclavitud por deudas, pero lo normal es que se trate de una ejecución patrimonial que puede recaer sobre todo el patrimonio del condenado o sobre algunos de sus bienes”¹⁰².

1.4.2.1.3.1.2.6. Ejecución sobre todo el patrimonio

“Cuando el juez ha formado su opinión en relación con el asunto debatido, emite la sentencia, también en el procedimiento formulario puede abstenerse de juzgar, como sucedía ya en las *legis actiones*, si no ha llegado a formarse una idea clara acerca del asunto litigioso, mediante el juramento de *non liquere*. El juez debía guardar estricta fidelidad a la fórmula”¹⁰³.

¹⁰⁰ Ibídem, Pág. 207

¹⁰¹ Ibídem, Pág. 207

¹⁰² Vid. FLORIS MARGADANT, GUILLERMO: *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Esfinge. 1965. Pág. 478

¹⁰³ Ibídem, Pág. 479

Los litigantes que se sometieron a la decisión del juez están obligados a cumplir la sentencia, pero en caso de no hacerlo, debe ser cumplida aun en contra de la voluntad del demandado y condenado.

“Se suele producir cuando existe una pluralidad de acreedores. El pretor coloca a uno o a varios de ellos en la posesión de esos bienes (*missio in bona*) para que los conserven y administren, disponiendo del *interdictum fraudatorium* (sustituido por la acción pauliana, en época justiniana) para evitar las enajenaciones fraudulentas que hubiera hecho el condenado para empobrecerse”¹⁰⁴.

“No obstante, es posible que los acreedores soliciten al pretor el nombramiento de un *curator bonorum* encargado de tal administración hasta que se resuelva el proceso. Este hecho se publica, indicando la situación patrimonial del deudor (*proscriptio*). Si esta medida no surtía efecto, a los 30 días (si el condenado vivía) o 15 (si había muerto), el pretor autoriza a los acreedores a nombrar un *magister bonorum*, encargado de la venta en pública subasta de los bienes, que eran adjudicados al mejor postor (aquel que se comprometiera a pagar, dentro de los límites del patrimonio subastado, al mayor número de acreedores). Efectuada la subasta, el condenado recibía la nota de infamia y el mejor postor pasaba a subrogarse (colocarse) en su posición jurídica pudiendo reclamar a los deudores del propio condenado a través de las acciones rutiliana y serviana”¹⁰⁵.

1.4.2.1.3.1.2.7. Ejecución sobre parte del patrimonio

La ejecución patrimonial puede, sin embargo, abarcar parte de los bienes del demandado, que son embargados y vendidos progresivamente para pagar a los acreedores. Así se evitaba la *missio in bona* y la nota de infamia.

1.4.2.1.3.1.2.8. Cessio bonorum

“Asimismo, cuando el deudor es insolvente sin culpa, se le puede conceder la *cessio bonorum*, es decir, que ceda sus bienes a los acreedores para que se cobren con ellos, gozando del *beneficium competentiae*, estos es, de la posibilidad de pagar de acuerdo con sus posibilidades”¹⁰⁶.

1.4.3. Procedimiento extraordinario (*extraordinario cognitio*)

Este tipo de procedimiento fue propio de la época del Imperio, si bien ya durante la República existió como especialidad frente al procedimiento formulario (*ordo iudiciorum privatorum*), en casos tales como alimentos, fideicomisos, pago de honorarios en profesiones liberales, litigios con el Estado, etc.

¹⁰⁴ Ibídem, Pág. 480

¹⁰⁵ Ibídem, Pág. 480

¹⁰⁶ Vid. ERRAZURIZ EGUIGUREN, MAXIMILIANO: *Manual de derecho romano*, T. II, Editorial jurídica de Chile. Pág. 122

“Su esencia radicaba en la resolución de los pleitos en una sola vía, de manera que se acudía directamente al pretor, que ahora es un funcionario público, un órgano de la administración del Estado, y éste era quien dictaba sentencia, incluso también se acudía al propio emperador quien, por decreto *extra ordinem*, sentenciaba. Poco a poco se expandió esta novedad y llegó a imperar sobre el clásico procedimiento formulario, hasta tal punto que una constitución de los emperadores Constantino y Constante (año 342 d. C.) hizo desaparecer el procedimiento formulario que, en adelante, fue declarado nulo”¹⁰⁷.

El periodo perteneciente al procedimiento extraordinario marca la definitiva desaparición de las medidas ejecutivas contra la persona del deudor, si bien el arresto personal subsiste ante el incumplimiento de cierta clase de deudas (especialmente fiscales) y en algunos casos para asegurar la ejecución patrimonial. “Durante este periodo aparece una forma de ejecución similar a la actual: *la pignus in causa iudicati captum*. Fundamentalmente consiste en la aprehensión, por orden del magistrado impartida a los *apparitores* (funcionarios semejantes a los actuales oficiales de justicia) de objetos particulares del deudor, los cuales quedan afectados a una prenda durante un plazo de dos meses, en cuyo transcurso cabe la posibilidad de levantarla mediante el pago de la obligación. Transcurrido ese plazo, se procede a la venta de los bienes en pública subasta, que se realiza en forma sustancialmente análoga a la actual”¹⁰⁸.

“El rasgo característico del nuevo proceso es que se concentra todo él en una instancia. Faltan aquí las dos fases características; *in iure* y *apud iudicem*, y la división de funciones entre magistrado y juez privado que ello suponía. En este contexto la *litis contestatio* pierde su significado originario como punto de inflexión entre las dos fases procesales. El nuevo juez- funcionario asume ahora todas las funciones (aunque pueda auxiliarse de un subordinado, el *iudex pedaneus*), impulsa el proceso de oficio e irá imponiendo su posición rectora al modesto papel de las partes”¹⁰⁹.

1.4.3.1. Fases del procedimiento extraordinario

¹⁰⁷ Vid. MAINAR, RAFAEL BERNARD: *Curso de.....* Op. Cit. Pág. 231. La instauración de este procedimiento se debió a razones de orden político-social, tras la consolidación del régimen imperial y el debilitamiento de algunas libertades romanas.

¹⁰⁸ Vid. BETANCOUR, FERNANDO: *Derecho.....* Op. Cit. Pág. 552

¹⁰⁹ Vid. CABALLÉ MARTORELL, Anna María, *Derecho de sucesiones y proceso civil romano*, Editorial UOC, Pág. 72. Encajar el proceso extra ordinem en la estructura jerárquica de la administración imperial implica finalmente la posibilidad de apelar de la sentencia que recaiga en instancia, frente al carácter inatacable de las sentencias del *ordo iudiciorum privatorum*, la necesidad de remitir las actuaciones escritas al órgano superior supone que se acabe imponiendo el principio de escritura frente al de oralidad.

Las fases del procedimiento extraordinario las podemos detallar de la siguiente forma¹¹⁰:

1.4.3.1.1. Citación y comparecencia de las partes

La citación del demandado se realizaba mediante el *libellus conventionis* (escrito de demanda), documento donde el actor exponía sus pretensiones y el nombre del demandado. Este escrito se consignaba al magistrado-juez que, tras examinarlo, lo enviaba al demandado a través de un funcionario subalterno (*executor*), citándolo a juicio en una fecha determinada. La contestación del demandado, que debía prestar una garantía de comparecencia (*cautio iudicio sisti*), se realizaba mediante el *libellus contradictionis*, donde se intentaba defender frente a la pretensión del actor, exponiendo sus propias pruebas, excepciones, etc.

“Si una parte faltaba se le declaraba en rebeldía, prohibiéndole apelar la sentencia en su caso. Si ambos se presentaban ante el magistrado-juez, tenía lugar la *narratio*, donde el actor establecía y defendía el objeto de la pretensión, y la *contradictio*, en la que el demandado exponía los argumentos para rechazarla. Escuchadas *narratio* y *contradictio* por el magistrado-juez, tenía lugar la *litis contestatio*, que no gozaba de la importancia que tenía en el procedimiento formulario porque la consumición de la acción se vincula a la sentencia (*res iudicata*)”¹¹¹.

1.4.3.1.2. Prueba

“Debía versar tan sólo sobre los hechos y no sobre el derecho porque regía el principio *iura novit curia* ya que el magistrado-juez conocía el derecho. Ello comportará también que no pueda renunciar a dictar sentencia. Los medios de prueba admitidos en este procedimiento son: confesión de las partes, testigos, documentos públicos y privados, peritos y las presunciones”¹¹².

“Las presunciones suponían que determinados hechos se podían dar por probados mediante la constatación de otros, aunque directamente no hubiera constancia de ellos. La presunción era *iuris tantum* si admitía prueba en contrario, y *iuris et de iure* cuando contra la presunción no se admitía prueba en contrario, cada parte debía probar los hechos que alega, pero cada vez más se irá admitiendo el principio inquisitivo. Por lo que se refiere a la valoración de la prueba, el magistrado-juez, en la época clásica, era libre a la hora de apreciar

¹¹⁰ Vid. PALACIO, LINO ENRIQUE: *Derecho.....* Op. Cit. Pág. 213

¹¹¹ Vid. CABALLÉ MARTORELL, ANNA MARIA: *Derecho de Sucesiones y proceso civil romano*. Pág. 72. A diferencia de lo que sucede en la época clásica, en que para litigar es necesario un acuerdo entre demandante y demandado, aquí el proceso puede seguir, aunque una de la partes no comparezca, pues el magistrado lo impulsa de oficio.

¹¹² *Ibidem*, Pág. 73

los distintos medios de prueba. No obstante, a partir de Constantino, rige el principio de prueba tasada¹¹³.

1.4.3.1.3. *Sentencia*

“La sentencia ofrece los siguientes rasgos, que la separan netamente de la que se daba en la época anterior: a) Ya no es necesariamente en dinero¹¹⁴; b) Se consigna por escrito; c) Es apelable en sucesivas instancias que culminan en el prefecto del pretorio o en el propio emperador¹¹⁵”.

1.4.3.1.4. *Impugnación de la sentencia*

“La sentencia podía ser impugnada en el término de 2 o 3 días, si en este plazo no se recurría, la sentencia era firme, si se recurría quedaba en suspenso. El recurso de apelación se interponía ante el mismo magistrado- juez que dictó sentencia verbalmente o por escrito, el cual reenviaba todas las actuaciones al superior jerárquico, ante el que las partes debían formular nuevamente las alegaciones. Si el apelante no comparecía, la apelación quedaba desestimada y la sentencia de primera instancia devenía firme y definitiva. El magistrado superior podía examinar toda la controversia, los hechos, las pruebas, etc., pudiendo incluso establecer una condena más grave. La sentencia es *res iudicata* y sirve como excepción a un proceso futuro. El apelante que perdía era condenado a costas¹¹⁶”.

1.4.3.1.5. *Ejecución de la sentencia*

La ejecución sólo procedía cuando la sentencia era definitiva y firme. La ejecución personal desaparece y la encarcelación tenía una función provisional o coactiva, pero que a su vez paulatinamente fue restringida por los emperadores.

En cuanto a la ejecución patrimonial, con carácter general, se efectuaba mediante el embargo de bienes particulares reservándose la ejecución sobre

¹¹³ Vid. CABALLÉ MARTORELL, ANNA MARIA: *Derecho*.....Op. Cit. Pág. 73. Según la autora las innovaciones en materia de prueba son tan profundas que los principios procesales que ahora imperan son justamente los opuestos a los del derecho clásico: así frente al principio dispositivo, propio del derecho clásico, rige ahora el principio inquisitivo y la desconfianza del legislador frente al juez impone el principio de la prueba tasada. Dentro de este principio y de la tendencia a la escritura, propia del derecho postclásico, adquieren una gran relevancia los documentos, medio de prueba prácticamente indiscutible cuando son otorgados por un funcionario público o por un notario.

¹¹⁴ Esta opción se produjo como consecuencia de la galopante inflación que se produce a partir del siglo IV, es en ese período en el que se produjo una profunda crisis, durante el cual se produjo fuertes presiones de los pueblos exteriores al Imperio y una fuerte crisis política, económica y social en el interior del Imperio.

¹¹⁵ Vid. CABALLÉ MARTORELL, ANNA MARIA: *Derecho*Op. Cit. Pág. 74

¹¹⁶ *Ibidem*, Pág. 75

todo el patrimonio para el caso en que existiera una pluralidad de acreedores. Asimismo también era posible la *cessio bonorum*.

1.4.4. Derecho Germano y Processus Executivus

En el primitivo derecho germánico el incumplimiento de la sentencia es considerado como “una injuria inferida al acreedor, quien se halla autorizado para proceder a la ejecución en forma privada, mediante embargo de bienes del deudor, con total prescindencia de la intervención judicial. Más tarde, el edicto de Teodorico y la legislación carolingia suprimen la ejecución directa y requieren que las medidas ejecutivas sean peticionadas al juez, quien debe acordarlas sin ninguna clase de conocimiento. Este último tiene lugar con posterioridad a la ejecución, y en el correspondiente período puede el deudor plantear ciertas defensas que se sustancian y deciden con arreglo al régimen de la prueba legal”¹¹⁷.

“En el derecho germánico, la sentencia no es la expresión de la opinión del juez, sino del pueblo, y como tal se le considera como una verdad absoluta. El vencido debía de darle cumplimiento sin alegar ninguna excusa ya que su resistencia equivalía a la comisión de un delito”¹¹⁸.

“En el sistema germánico el vencedor no estaba obligado a seguir un nuevo proceso para ver satisfecha su pretensión, puesto que podía ejecutar su acción directamente en contra del vencido, sin recurrir a la intervención de la autoridad es decir se permitía la ejecución privada; la única condición que se exigía era que la sentencia contuviera una orden de ser cumplida inmediatamente. Como derecho de pueblo conquistador, era más práctico, evitando las largas discusiones jurídicas, sobre todo tratándose de un problema que había ya sido discutido en un proceso y que por lo tanto no ameritaba que se sujetara al vencedor a continuar promoviendo juicios para obtener el cumplimiento de la sentencia”¹¹⁹.

Sin embargo, “al producirse la fusión entre los sistemas de ejecución romano y germánico, y por influjo del derecho canónico y de las necesidades emergentes de la actividad mercantil, nace el *processus executivus* del derecho común. Por influencia romana, en este nuevo tipo de proceso ejecutivo se contempla la existencia de un período de conocimiento. Pero él no ha de tener —y aquí se advierte la influencia germánica— la amplitud y el alcance de la *actio iudicati*: se limitará, por el contrario, a posibilitar al ejecutado el planteamiento de oposiciones fundadas en la nulidad del título o en hechos acaecidos con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia o a la creación de los

¹¹⁷ Vid. PALACIO, LINO ENRIQUE: *Derecho.....* Op. Cit. Pág. 213

¹¹⁸ Vid. UGO ROCCO: *Teoría General del Proceso civil*, Editorial Porrúa, México, 1959. Pág. 162

¹¹⁹ Vid. DE LA PLAZA, MANUEL: *Derecho procesal civil*, Editorial revista de derecho privado, 3 ed., Madrid, 1955. Pág. 541

instrumentos que llegan a asimilarse a ésta. No cabe oponer defensa alguna tendiente a demostrar la inexistencia de la obligación, pero siempre queda la posibilidad, para el vencido en la ejecución, de promover juicio ordinario (*pronuntiatio facto in causa sumaria super aliquo articulo incidente, no praeiudicat*)¹²⁰.

“Desaparece, de tal manera, la *actio iudicati*, que sólo subsiste frente a la hipótesis de hacerse valer la sentencia ante un juez de distinta jurisdicción, y se abre camino el concepto según el cual, dentro del oficio judicial (*oficium iudiciis*) se halla comprendida la facultad consistente en hacer efectivo el cumplimiento de las sentencias, las que dejan de ser consideradas como prueba de la existencia del crédito y configuran, por lo tanto, un título autónomo que acuerda un derecho a la ejecución desvinculado de la relación jurídica substancial controvertida en el precedente proceso de conocimiento”¹²¹

“Constituye también una característica destacable del período del derecho común la asimilación, a la sentencia judicial, de aquellos documentos que comprueban la confesión de deuda formulada ante juez o ante notario, lo cual ocurre por extensión del principio romano en cuya virtud quien confiesa ante el pretor debe equipararse al condenado (*confessus pro iudicato est o confessus in iure habetur pro condemnato*). Entonces nacen los *instrumenta guarentigiata*, así llamados por la cláusula (*guarentigia*) según la cual el notario que extiende el instrumento ordena al deudor el oportuno pago de la obligación reconocida en dicho instrumento, el cual confiere derecho a la ejecución sin necesidad de un previo proceso de conocimiento (*executio parata*). Posteriormente, tal efecto ha de beneficiar también a las letras de cambio”¹²².

1.5. Aproximación personal a la problemática de la responsabilidad de los árbitros

El objetivo de esta obra, basada en gran medida en un estudio jurisprudencial de las principales sentencias que han interpretado la Ley de Arbitraje de 1953, la LAB y la NLAB, incluida su reforma de 2011; y apoyada en la mejor doctrina científica, es crear un marco sistematizado en el que se definan claramente cuáles son las responsabilidades de los árbitros –y subsidiariamente de las Instituciones Arbitrales Permanentes-, identificando y entendiendo cuales son los hechos causantes de las mismas, la tipicidad necesaria y el resto de factores que deben concurrir para que la responsabilidad pase del ámbito abstracto al concreto. Igualmente, esta obra busca profundizar en la realidad de la actuación arbitral, poniendo de manifiesto actuaciones comprometidas que deba vigilar el árbitro así

¹²⁰ Vid. MONTERO AROCA, JUAN y otros, *Tratado de proceso de ejecución civil*, T. I., Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004. Pág. 25

¹²¹ *Ibidem*. Pág. 27

¹²² Vid. FLORIS MARGADANT, GUILLERMO: *El derecho privado romano*. Pág. 478

como proponiendo soluciones para que el desenvolvimiento de su labor heterocompositiva se situó alejada de las líneas rojas.

Para ello, en primer lugar hemos identificado y definido conceptual y operativamente los cinco diferentes tipos de responsabilidad (penal, civil, disciplinaria privada, administrativa, negocial y extracontractual) en los que entendemos puede incurrir un árbitro en el desarrollo de sus funciones. Y posteriormente nos hemos centrado en la responsabilidad civil, analizando las obligaciones que ha de asumir el árbitro que pudieren resultar en responsabilidad para el mismo, a través del hilo conductor del procedimiento arbitral, distinguiendo tres momentos clave: Obligaciones anteriores a la aceptación; posteriores a la aceptación; y posteriores a la emisión del laudo.

Esto nos ha llevado a interpretar cada una de esas obligaciones desde la perspectiva de la NLAB y con la enriquecedora visión jurisprudencial, con el fin de mostrar los límites de cada una de ellas y qué actuaciones con respecto a las mismas pudieran devenir en responsabilidades para el árbitro, centrándonos en las que más problemática, por su complejidad o menor concreción, pudiera generar en la actuación arbitral.

2. Tipos de responsabilidades del árbitro.

A nuestro juicio, los árbitros, en el desarrollo de sus funciones como tales, no solamente son susceptibles de incurrir en responsabilidad civil, sino que también se podrían depurar responsabilidades en los ámbitos penal, negocial, extracontractual, administrativo y disciplinario privado. No obstante, antes de ello, consideramos conveniente tomar perspectiva histórica y conocer cuál era la regulación de la responsabilidad del árbitro en el Derecho Romano. Para ello seguiremos literalmente a FERNANDEZ DE BUJAN, A.¹²³, quien señala que “En relación con la función arbitral, cabe señalar que desde el punto de vista de la sistemática jurídica, los supuestos de asunción no formal de responsabilidad previstos en el edicto de los magistrados reciben el nombre de *recepta*. Al respecto, se prevé la asunción de responsabilidad de los árbitros, de los navieros, hospederos y dueños de esclavos, y de los banqueros, bajo la denominación de:

- a. *Receptum arbitrii*, con referencia a los árbitros.
- b. *Receptum nautarum, cauponum y stabulorium*, con referencia a los navieros, hospederos y dueños de establos, y
- c. *Receptum argentarii*, con referencia a los banqueros.

El título 8 del libro 4.º del Digesto dedicado íntegramente, en sus 52 capítulos, al arbitraje, se rubrica como: «Sobre los casos de responsabilidad asumida: que los que asumieron un arbitraje, dicten sentencia: «quiere con ello decirse que en el texto edictal se tipifica y sanciona la asunción de responsabilidad por los árbitros que se han comprometido a dictar sentencia, *edictum de receptis*».

El título 9 del libro 4.ª del Digesto, que continúa con la regulación de supuestos de responsabilidad asumida, tiene por rúbrica «qué los navieros, posaderos y dueños de establos restituyan lo que asumieron bajo su custodia». En estos casos, la responsabilidad que se les exigía a los titulares era objetiva, es decir, se les imputaba la pérdida o deterioro de la cosa, con independencia de la culpa, hasta el límite de la fuerza mayor, *vis maior*, mientras que en el arbitraje compromisario el criterio de responsabilidad es subjetivo, es decir, la exigencia de responsabilidad se circunscribe al dolo y a la culpa.

La asunción de responsabilidad por parte de los banqueros, *receptum argentarii*, hace referencia a aquellos supuestos en los que el banquero se compromete a efectuar un pago por cuenta de su cliente. En la época justiniana, este tipo específico de asunción de responsabilidad se integra en la figura del *constitutum debiti alieni*, es decir, la promesa de pago de una deuda ajena.

En contraposición con la obligación de asumir el oficio de juez, cuando un ciudadano es elegido por las partes o designado como tal por el magistrado, en atención a la impronta de carga pública o deber ciudadano de colaboración en la impartición de la justicia, los árbitros compromisarios no estaban obligados a aceptar el encargo de arbitraje, pero si lo aceptaban, quedaban obligados a dictar

¹²³ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Bases romanísticas del arbitraje...* Op cit.

sentencia, así en D. 4. 8.3.1 (Ulp. 13 ed.): «Aunque el pretor no obliga a nadie a asumir la función de árbitro, porque esto es cosa libre e independiente, y puesta fuera de la coacción del magistrado, sin embargo, tan pronto alguien hubiese aceptado el arbitraje, estima el pretor que el asunto atañe a su cuidado y solicitud, no solo porque debe procurarse que se resuelvan las controversias, sino porque no deben ser defraudados los que eligieron a una persona, como hombre recto, para que sea árbitro en su contienda..., porque si después de tratarse la causa una o dos veces, y descubrirse las intimidaciones de uno y otro contendiente, y conocerse los secretos del negocio, el árbitro por favoritismo, venalidad o por cualquier otra causa, no quisiera dictar sentencia, ¿quién va a negar que será lo justo que el magistrado intervenga a fin de que el árbitro cumpla el encargo que aceptó» (Ulp. 13 ed.)¹²⁴, y D. 4.8.3.3: «El pretor obligará al árbitro, con independencia del puesto que desempeñe, a cumplir la función que asumió...».

Si un asunto se somete a arbitraje compromisario y antes de iniciarse el procedimiento arbitral o sin haberse resuelto mediante sentencia, se inicia un proceso sobre el fondo de la cuestión por alguna de las partes, la parte que inicia el pleito deberá pagar la pena prevista por incumplimiento, pero el magistrado iniciará el conocimiento del asunto, así en D. 4.8.30: «Si alguno lleva a juicio el asunto sobre el que se ha hecho el compromiso... Deberá imponérsele la pena prevista, y continuará el pleito por sus trámites ante el juez». D. 4.8.9.5: «Opina Juliano que si los litigantes acuden a juicio ordinario o a otro árbitro, despreciando la autoridad del árbitro al que se ha encargado el conocimiento del compromiso, y con posterioridad acuden de nuevo al mismo árbitro, el pretor no deberá obligarle a juzgar a quienes le hicieron la injuria de despreciarlo y acudir a otro».

La asunción de responsabilidad por parte del árbitro, en caso de una negativa a dictar sentencia¹²⁵, o de no hacerlo, sin justa causa, dentro del plazo previsto, no implicaba que el magistrado pudiese obligarle a dirimir el conflicto, pero si está previsto, como sanción: a) la imposición de una multa, que se configura como sanción de derecho público administrativo, o b) un embargo de bienes específicos o tomas de cosas del árbitro en garantía¹²⁶.

¹²⁴ Ahora bien, en determinados supuestos, el magistrado no podrá obligar al árbitro a dictar sentencia, así por ejemplo, si la materia sometida a arbitraje no puede ser objeto de compromiso, así en D. 4.8. 32. 7-8-9, o si no hubiere mediado compromiso, en D. 4.8.11.1: «No debe ser obligado el árbitro a dictar sentencia más que si hubiere mediado compromiso».

¹²⁵ Vid. CREMADES, BERNARDO: *La acción contra el árbitro que no dictó sentencia*. *Estudios Iglesias*, 3, 1988, págs. 1201 y sigs.

¹²⁶ Sobre la responsabilidad de daños causados por aplazamiento del juicio o por omisión de sentencia -*lis iudici arbitrove damni sit*- existe un estudiado y debatido texto de la Lex Irnitana: *lex Irnitana*, cap. LXXXI, CA líns. 51-54 y CB líns. 1-4: *si neque dies diffisus neque iudicatum fuerit, uti lis iudici arbitrove damni sit et...* *Res in iudicio non sit*, y lin. 15 CB: *si neque diffisum et lege neque iudicatum sit...* *Iudici arbitro(ve) lis damni sit, res in iudicio non sit...* Vid., al respecto, en MANTOVANI, «La diei diffisio "nella lex Irnitana". Contributo all'interpretazione e alla critica testuale del cap. LXXXI», en *Studi Talamanca*, 5, Napoli, 2001, págs. 258 y sigs., y en mollá, *Iudex Unus. Responsabilidad judicial e inuiria iudicis*. Dykinson, 2010.

Así en referencia a remedios extraprocesales, en el caso de incumplimiento de las resoluciones pretorias, se afirma en D. 4.8.32.12: «Si el árbitro hubiere intentado ocultarse, el pretor procurará encontrarlo, y si no lo hallare pasado un plazo amplio de tiempo, procederá a la imposición de una multa», y en D. 25.4.1.3: «...se le obligará, con los remedios extraprocesales pretorios, a comparecer en juicio, y si no compareciera, se le tomarán y venderán cosas en prenda, o se le sancionará mediante multas», con independencia de la responsabilidad por los daños y perjuicios que se derivasen de su actuación, lo que suponía una coacción indirecta en la actuación arbitral.

La obligación del árbitro de dictar sentencia se condicionaba, por otra parte, a la existencia y validez efectiva del compromiso *inter partes*. Así D. 4.8.11.1: «No debe ser obligado el árbitro a dictar sentencia más que si hubiere mediado compromiso».

La condición de árbitro era personal e intransferible, conforme se afirma en D. 4.8.45: «El arbitraje conferido en los compromisos es personalísimo», lo cual no excluye, a mi juicio, la transmisión de la obligación al heredero de cumplir la sentencia o de satisfacer, en su caso, la pena estipulada, si la sentencia arbitral hubiese sido ya dictada, o bien si en el convenio arbitral se hubiese previsto que el compromiso se perpetuaría en la persona del heredero o herederos de los compromitentes, así en D. 4.8.27.1, Ulp. 13 ad ed.: «Si en el compromiso no se hubiere hecho mención del heredero o de los demás sucesores, el compromiso se extinguirá por la muerte, y no compartimos el parecer de Labeón, según el cual, si el árbitro hubiese dispuesto que alguien diese una cantidad y este muriese antes de darla, se incurrirá en la pena, aunque su heredero estuviese dispuesto a ofrecer la cantidad».

En la etapa justiniana se produce un acercamiento en la posición jurídica de jueces y árbitros compromisarios en numerosos aspectos, así en materia de pactos, en C. J. 2.3.29.2 (a. 531): «...si hasta en el mismo edicto del pretor se obliga a respetar los pactos convenidos en todos los casos, si no contravienen las leyes, ni se celebraron con dolo malo... Y es una regla del antiguo derecho que todos pueden renunciar a lo que en su favor se ha establecido, mandamos que estos principios los observen todos nuestros jueces en los litigios, y llegue tal observancia a los jueces pedáneos, a los jueces compromisarios y a los árbitros elegidos, quienes deberán saber que si desatendieren esta disposición, se entenderá que hacen suyo el litigio».

La función arbitral, al igual que la función judicial, hasta bien avanzada la época clásica en la que los jueces se profesionalizan y pasan a formar parte de la Administración estatal, se realiza de forma gratuita por quienes asumen el arbitraje, así en D. 48.11.7. Pr: «La Ley Julia de concusión prohíbe que nadie cobre nada por nombrar, cambiar o decretar que juzgue un juez o árbitro... Ni por la estimación en una controversia, ni por condenar a pena capital o pecuniaria ni por dejar de hacerlo», lo que contrasta con el carácter remunerado de la actuación de los jueces y de los árbitros en la época postclásica, así en C.J. 12.19.1: «Mandamos que el importe de los gastos de tasas procesales sea moderado y

que se pague a los ejecutores del cuerpo de agentes en los negocios que se le hayan atribuido, un solo sueldo hasta el final del negocio, dos sueldos por el ingreso que se haga en el tribunal..., la mitad de un sueldo a los escribientes por la escritura de sus actuaciones, y si resultare que el negocio se ventila ante un árbitro, un solo sueldo y nada más al árbitro...».

Es importante señalar también que el Derecho Romano se produce, de facto, una actuación controladora y sancionadora por parte de la Administración de Justicia, centrada en obligar al árbitro a que asuma y cumpla sus competencias. Tal y como explica FERNANDEZ DE BUJAN, A.¹²⁷, a quien citamos literalmente, “Con anterioridad a la tipificación legal del arbitraje en el edicto pretorio, las partes comprometidas no podían dirigirse al magistrado para obligar al árbitro a dictar sentencia. En la regulación del arbitraje compromisario previsto en los edictos de los pretores, se habría contemplado, como una de las primeras disposiciones, la tipificación, como obligación legal, de la aceptación del árbitro, *receptum*, dirigida a dirimir una controversia *inter partes* mediante el pronunciamiento de una sentencia, lo que produce, entre otros efectos, que el árbitro no pueda, sin justa causa, renunciar al ejercicio de su función, que el magistrado intervenga en los casos de actuación dolosa o negligente del árbitro en el curso del procedimiento arbitral y, que sancione, mediante multa¹²⁸ o embargo de bienes, la negativa injustificada del árbitro a pronunciarse sobre el fondo del asunto que se le plantea¹²⁹, con lo que ello supone de injerencia y control por parte de los pretores, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional -y una vez suprimida esta función pretoria, por parte de los jueces, titulares de la potestad jurisdiccional- de la actuación arbitral.

El principal problema existente con anterioridad a la previsión del compromiso arbitral en el texto edictal era la ausencia de medios jurídicos para obligar al árbitro al cumplimiento de su función, si bien la intervención del pretor en garantía de cumplimiento de la actuación del árbitro suele producirse más que de oficio¹³⁰ a instancia de parte, en lo que puede considerarse como un reforzamiento de la posición de las partes frente al árbitro.

¹²⁷ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Bases romanísticas del arbitraje...* Op cit.

¹²⁸ Así en D. 4.8.32. 12: «Si no se pudiese localizar al árbitro por haberse ocultado, el pretor deberá buscarlo, y si en largo tiempo no pudiera darse con su paradero, se le impondrá una multa».

¹²⁹ Así en D. 4.8.19.1: «...y si se hubiese asumido el arbitraje sobre varias cuestiones no se entiende que se ha dictado sentencia más que si hubiese puesto término a todas las controversias; si no lo hace así, el pretor debe obligarle a hacerlo». D. 4.8.32.16: «...no se pone fin a la controversia cuando se difiere el arbitraje o se transfiere a otro y es parte de la sentencia el determinar cómo se debe afianzar y con qué fiadores, lo que no se puede delegar...». A remedios extraprocesales, en el caso de incumplimiento de las resoluciones pretorias, se hace asimismo referencia en D. 25.4.1.3: «...habrá de ser obligada, con los remedios extraprocesales pretorios, a comparecer en juicio, y si no compareciera, se le tomarán y venderán cosas en prenda, o se le sancionará mediante multas».

¹³⁰ En D. 4.8.32.6 se hace mención a una intervención de oficio por parte del pretor: «...Si se recurrió a un árbitro por error para que decida sobre algún delito, cuya condena supone infamia, o sobre un asunto respecto del que exista acción pública (así, por ejemplo, sobre adulterios, asesinatos, o cosas semejantes) debe impedir el pretor que se dicte sentencia o se ejecute la ya dictada».

La intervención pretoria se manifestaba bien prohibiendo al árbitro que dictase sentencia o que ejecutase la ya dictada¹³¹, bien obligándole a que la dictase, o bien sancionándole mediante multa¹³² o embargo de bienes, si se negase, de forma injustificada, a pronunciarse sobre el fondo del asunto¹³³. Conforme se afirma en D. 4.8.3: «Aunque el pretor no obligará a nadie a asumir la función de árbitro, porque la asunción de tal condición es libre e independiente y está fuera de la coacción del magistrado, sin embargo, tan pronto como se acepta el arbitraje, el pretor procurará que la función de árbitro se desempeñe con cuidado y solicitud...».

El magistrado controla el cumplimiento de las condiciones de validez del *compromissum* y del *receptum*, mediante una *cognitio* de las circunstancias que se le plantean, así: las condiciones de capacidad de las partes, de sus representantes, y del árbitro, el objeto del compromiso, las materias que no podían ser objeto de arbitraje, excusas del arbitraje, etc.¹³⁴. Por otra parte, si bien lo usual es que la elección del árbitro se realice por las partes, en ocasiones la designación se atribuye al magistrado. El magistrado concede, asimismo, determinadas acciones y poderes a las partes y al árbitro.

Se produce con todo ello una paulatina aproximación del arbitraje al juicio¹³⁵, respecto del que se comienza ya a configurar el arbitraje privado como un

¹³¹ Así en D. 4.8.32.6: «...deberá impedir el pretor que -el árbitro- dicte sentencia o ejecute la ya dictada».

¹³² A remedios extraprocesales, en el caso de incumplimiento de las resoluciones pretorias, se hace asimismo referencia en D. 25.4.1.3: «...habrá de ser obligado, con los remedios extraprocesales pretorios, a comparecer en juicio, y si no compareciera, se le tomarán y venderán cosas en prenda, o se le sancionará mediante multas». En el mismo sentido en C. J. 2.55.2 (a. 530): «Si contraviniendo el compromiso, tu adversario se negó a comparecer ante el árbitro elegido, se considerará sujeto a la pena convenida». Es decir, para constreñir al árbitro a dictar sentencia el pretor disponía de medios coercitivos como la multa o la toma de cosas en garantía.

¹³³ Opina Valiño, en «El arbitraje», en *Els «Furs de Valencia»* y sus similitudes con la regulación romana, Valencia, 2002, pág. 24 y sigs., que a pesar de las evidentes ventajas que para los comprometidos tenía el procedimiento arbitral, este no constituyó una institución que gozara de gran predicamento hasta la época romana tardía, en la que comienza a cobrar auge como consecuencia de la creciente complejidad de los procedimientos y la corrupción de la administración de justicia, excesivamente ligado al poder político.

¹³⁴ Así en D. 4.8.9.4, y en D. 4.8.15, donde se hace referencia a la *cognitio causae* del pretor respecto a excusas de arbitraje.

¹³⁵ En ningún momento cabe hablar, no obstante, de paralelismo legal entre el juicio, al que se reconoce una posición prevalente, y el arbitraje, así en D. 4.8.9.2, se afirma: «Prohíbe la Ley Julia -sobre los juicios- que el que es juez asuma el arbitraje sobre un asunto del que es juez, o que autorice que se contraiga tal compromiso, y si hubiese dictado sentencia, no se debe dar acción para reclamar la pena por incumplimiento», lo que no sucede en sentido contrario, dado que planteado un arbitraje, cabe la posibilidad de iniciar un juicio ordinario sobre el mismo asunto, así en D. 4.8.9.5. La pretendida influencia del procedimiento arbitral en el juicio ordinario, denominado formulario en Derecho romano, ha sido resaltada por la Pira, *Compromissum e litis contestatio formulare*, Studi Riccobono, 2, Palermo, 1936, págs. 190 y sigs., el mismo sentido en Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München, 1971, págs. 162 y sigs.

complemento y una alternativa en la resolución de conflictos, al propio tiempo que tiene lugar un progresivo alejamiento de la institución arbitral de la mediación y la transacción, en cuyo marco se había desenvuelto el arbitraje en los primeros tiempos, con lo que ello supone de cambio sustancial en la naturaleza del arbitraje.

En los siguientes epígrafes analizaremos cada una de las posibilidades de responsabilidad antes comentadas a tenor de la NLAB:

2.1. Responsabilidad Penal

Siguiendo a GARCIA GARRIDO¹³⁶, podemos encontrar ya en el Derecho Romano una regulación relativa a la concusión, corrupción, cohecho y tráfico de influencias que nos puede servir de referente histórico a la responsabilidad penal de los árbitros. De este modo, GARCIA GARRIDO señala que “En el preámbulo de la Ley Acilia se lee la finalidad protectora de provinciales y socios frente a las exacciones y abusos de los gobernadores y magistrados (Vid Texto número III, 1). La conducta de estos gobernantes se describe con una fórmula omnicomprendiva para la que se emplean cinco participios *ablatum, captum, coactum, conciliatum, aversum*. Como afirma FERRINI, en ello se comprende tanto el dinero y otras utilidades obtenidos en actos abusivos de imperio como todo lo ganado con negocios, donaciones o contratos prohibidos por la ley. *Capere* designa precisamente toda adquisición, incluida la que proviene de negocios jurídicos o contratos ilícitos. *Conciliare* se refiere a las ganancias o lucros obtenidos a cambio de beneficios, favores o concesiones oficiales.”

Continúa GARCIA GARRIDO¹³⁷ señalando que “La condena el doble que persigue la acción penal de la Ley Acilia es la misma que la del *furtum nec manifestum*. En el período republicano el *furtum* representa la figura general de acto ilícito privado que comprende también supuestos de daños a personas o cosas ajenas. Es explicable que en los casos de extorsión de magistrados y gobernadores se aplicara esta misma pena. Una *lex municipio Tarentini*, del siglo I antes de Cristo, elevó la pena al cuádruplo, en caso de *peculatum* de los magistrados”.

Explica igualmente el maestro romanista GARCIA GARRIDO¹³⁸ que “una *lex Iulia repetundarum* del César, del año 59 antes de Cristo, estuvo vigente durante el Imperio y motivó numerosos comentarios jurisprudenciales, amplió el ámbito del *crimen repetundarum*, aumentando el número de los cargos responsables.

En los comentarios jurisprudenciales a esta ley cesariana, reunidos en Digesto 48. 11 sobre la ley Julia de la concusión, se encuentra tratada la siguiente casuística (Vid. textos número II)

1. En general, la ley se refiere a las cantidades que alguien cobró siendo magistrado o teniendo alguna potestad, administración, obligación, o algún

¹³⁶ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Precedentes romanos del tráfico de influencias*. Lección inaugural del curso 92-93. UNED

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

otro oficio, cargo o servicio público, o estando en la comitiva de alguno de ellos. Las expresiones utilizadas por el jurista no pueden ser más amplias. Se exceptúan los regalos de los cognados hasta el sexto grado o de la mujer (Marciano, 14 inst D.48.11.1) (Macro, 1 de iud. Pub.D.h.t.5). Se puede acusar del crimen de concusión a los que al aceptar sobornos corrompieron el cargo público que se les confió (Papiniano, 15 resp D.h.t.9) Los magistrados de Roma deben abstenerse de toda codicia y no reciban al año como regalo o gratificación más de cien áureos (Venuleyo, 3 de iud. Pub.D.h.t.6.2.)

2. Cobrar alguna cantidad por juzgar o no juzgar o dar algún decreto (Macro, 1 de iud, pub. D.h.t.3)
3. O por hacer o dejar hacer algo que debía (Venuleyo, 3 de iud. Pub. D.h.t.4).
4. En actos judiciales cobrar cantidades por: a) citar o no citar a un testigo; b) nombrar, cambiar o decretar que juzgue un determinado juez o árbitro; c) meter en prisión pública a alguien, apresararlo o mandar que se aprese, o liberarla de la prisión; d) condenar o absolver a alguien; e) por la estimación del juicio; f) condenar a pena capital o pecuniaria o dejar de hacerlo (Venuleyo, 3 de iud. Pub. D.h.t.6; Macro, 1 de iud. Pub. D.h.t.7) “

Una interpretación restrictiva de la legislación positiva actual nos llevaría a señalar que la responsabilidad penal de los árbitros se ciñe a los delitos que específicamente mencionan a los árbitros, que son el cohecho, a tenor del artículo 422.1.1 del Código Penal, y las negociaciones prohibidas de artículo 440 CP. Ninguna de ambas tipologías son exclusivas de los árbitros, como tampoco los árbitros, en cuanto a tales agentes, quedan excluidos de la comisión de otros posibles delitos.

El matiz diferencial estriba en que para los dos delitos antes referidos, la condición de árbitro se tiene en cuenta a los efectos penales. El vigente Código Penal, tras redefinir el delito de «cohecho»¹³⁹, configura una modalidad en el artículo 422 que es la relativa a los árbitros o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

El legislador, como se ve, sigue la línea de la importancia pública de la función que realiza el árbitro para asimilarlo a la autoridad o funcionario público, lo que acredita, una vez más, en línea también con lo que antes se apuntaba jurisprudencialmente sobre la naturaleza de la relación entre los árbitros y las partes, que no basta la consideración contractual para situar al fenómeno arbitral y hay que ir más allá de sus orígenes contractuales, por cuanto que su naturaleza típicamente procesal habla del carácter público de la institución arbitral y, por ello, de la función pública que realiza el árbitro.

¹³⁹ El cohecho se define como la conducta delictiva que se caracteriza por la actuación de la autoridad o funcionario público que, en provecho propio, solicita o recibe dádiva o promesa con las modalidades de ejecución, que pueden ser distintas: «ejecutar un delito, ejecutar un acto injusto o realizar una abstención que no sea debida, siempre en el ejercicio de su cargo»

Incurrir en responsabilidad penal los árbitros respecto de los bienes litigiosos cuando, por razón de su función en los asuntos en que intervengan, se aprovechen de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación, sea directamente o por persona interpuesta. Se encuadra, en estos casos, la conducta del árbitro dentro de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función, a tenor del artículo 439 del Código Penal. En cambio, el delito judicial por antonomasia, que es la prevaricación, ni siquiera en la modalidad que pueden cometer los funcionarios de la Administración, lo pueden perpetrar los árbitros, ya que en este sentido no están equiparados a los Jueces. Tampoco pueden incurrir en delitos de retardo malicioso de administración de justicia, por la peculiaridad del arbitraje en cuanto al plazo, a diferencia de lo que ocurre con la lentitud secular de nuestra administración de justicia. Ni se eleva tampoco a categoría de delito la rehusación a fallar, que es otra modalidad delictiva típica de la administración de justicia. Así pues, tales conductas no tipificadas no dan lugar a la imposición de una pena pero aunque no estén tipificadas penalmente, pueden ser origen y causa de responsabilidad civil.

Sin embargo, MERINO MERCHAN¹⁴⁰, y nosotros la compartimos, realiza una interpretación más amplia de la responsabilidad penal de los árbitros. De este modo señala que el árbitro puede también incurrir en responsabilidad penal y ello no porque sean aplicables de forma automática, que no lo son en absoluto, los supuestos de responsabilidad criminal previstos para jueces y magistrados el ejercicio de sus funciones, por impedirlo el principio de legalidad penal, sino porque de existir algún tipo penal específico para los árbitros, éstos pueden cometer en el ejercicio de sus actuaciones infracciones que Código Penal castiga, con pena grave o menos grave -delito- o con pena leve -falta- ,según el artículo 13 del Código Penal .

No obstante, no hay que olvidar que la principal relevancia de la responsabilidad penal del árbitro es que a la postre la misma es un punto de partida para establecer y exigir la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas cometidos presuntamente por el árbitro, a tenor de lo establecido en los artículos 116 y siguientes del Código Penal.

Como decíamos, la NLAB no hace una referencia específica a la responsabilidad penal, sino que su artículo 21.1 enuncia un tipo genérico de responsabilidad encauzada hacia la responsabilidad civil del árbitro, pero ello no impide que la responsabilidad penal le sea exigible por las partes e incluso por un tercero, cuando cometa el árbitro, por acción u omisión, un hecho descrito por la Ley como delito o falta, lo que, lógicamente obligaría al árbitro a reparar los daños y perjuicios por él causados, conforme determinan los artículos 119 y 116 del Código Penal.

Resulta evidente que no es posible aplicar de forma ciega al principio de equivalencia entre juez del Estado y árbitro, por entorpecer tal relación de

¹⁴⁰ MERINO MERCHAN, JOSE FERNANDO: *Estatuto.....*Op. Cit., Pag 125 y ss

semejanza el necesario concurso de elementos de legalidad y tipicidad que configuran el *ius puniendi* del Estado, salvo cuando el propio Código Penal expresamente lo autoriza, como sucede en los citados artículos 422 y 440 del Código Penal. De hecho, existen diferencias importantes entre la responsabilidad penal de jueces y magistrados y árbitros, que resulta necesario destacar:

1. En primer lugar, el árbitro no es a efectos penales autoridades alguna, tal y como describe el artículo 24.1 del Código Penal, ni se le puede considerar funcionario público, a tenor del artículo 24.2 del Código Penal, por proceder su poder o competencia de la voluntad privada libremente expresada entre ciudadanos y no por disposición inmediata de la ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente que participe en el ejercicio de funciones públicas. La función del árbitro es netamente privada aunque indudablemente tenga trascendencia pública, pero no ejerce en sí mismo funciones públicas y menos aún permanentemente, ya que agota su competencia con la emisión del laudo o antes si las partes así lo deciden.
2. Como consecuencia de lo anterior, no le son aplicables al árbitro los delitos y faltas imputables a autoridades y funcionarios públicos, como son los previstos en los títulos IX, XX y capítulo V del título XXI del Código Penal, salvo cuando sea el propio precepto penal quien atribuya alguna de estas conductas al árbitro, como sucede en los casos de los reiterados artículos 422 y 440 del Código Penal.
3. Por último, el ejercicio de la responsabilidad penal del árbitro no está sometido a ningún requisito previo o condicionamiento procesal como ocurre con los jueces y magistrados, según lo establecido en los artículos 405 a 409 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En conclusión, el árbitro está sometido como un ciudadano más a las reglas punitivas generales del Código Penal, aunque ello no sea óbice para que sean de aplicación los siguientes criterios:

- a. Que determinadas acciones u omisiones, dolosas o imprudentes penadas por la Ley, produzcan efectos sobre el laudo que dicte el árbitro, incluida su propia revocación. Sólo desde este punto de vista existe una cierta especialidad penal en la actividad del árbitro.
- b. Que determinados tipos penales aplicables específicamente a autoridades y funcionarios públicos sean también extensibles a los árbitros, como ocurre con el cohecho del artículo 422 del Código Penal y con los negocios y actividades prohibidas y el abuso en el ejercicio de funciones del artículo 440 del Código Penal.
- c. Que toda responsabilidad criminalmente declarada sobre el árbitro crea en éste la obligación civil de reparar por vía indemnizatoria los daños y perjuicios causados a tenor de lo establecido en los artículos 109 y 116 del Código Penal, con la extensión contenida en los artículos 110 y 113 del citado código. Es decir, la responsabilidad civil por razón del delito causado por el árbitro abarca cuántos quebrantos sufra el patrimonio del perjudicado por razón del mismo,

según tiene declarado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 4 de enero de 1944 y de 18 de diciembre de 1978

- d. La responsabilidad civil podrá ejercitarse en el mismo proceso penal o independientemente del mismo, siendo el Ministerio Fiscal quién deba aunar siempre la acción civil conjuntamente con la penal, a no ser que los perjudicados prefieran ejercitar separadamente la acción civil, tal y como establecen los artículos 110 y 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o renunciar previamente al ejercicio de la acción civil, tal y como recogen los artículos 107 y 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- e. Finalmente, serán los jueces y tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil del árbitro, quienes establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarlo en la propia resolución o en el momento de su ejecución, tal y como establece el artículo 115 del Código Penal

MERINO MERCHAN analiza igualmente si una sentencia pronunciada en un proceso penal contra el árbitro puede suponer la revocación del laudo. Por aplicación del principio de improrrogable utilidad de la competencia arbitral, la persona que interviene como árbitro en una concreta litis deja de estar revestida de tal condición cuando ha dictado el laudo. Por lo tanto, en principio sólo podrán afectar al laudo aquellas infracciones cometidas por el árbitro en el ejercicio concreto de las actuaciones arbitrales y que hayan podido afectar al contenido del mismo, careciendo de relevancia la comisión de cualquier otra infracción penal ajena a su función de arbitraje, aunque se trate de una acción punible que tenga lugar simultáneamente a la de su condición de árbitro.

Hay supuestos punibles del árbitro que sí pueden afectar al laudo como es la acción dolosa o imprudente del mismo que se relaciona directamente con las partes y tiene incidencia en el laudo emitido o con el objeto de la controversia. Dentro del primer caso, es decir, de los delitos cometidos por el árbitro relacionados directamente con las partes del proceso arbitral, se encuentran:

1. El tipo específico del llamado cohecho arbitral del artículo 422 del Código Penal.
2. Los tipos genéricos de amenazas de los artículos 169 y 171 del Código Penal y coacciones del artículo 172 del Código Penal, y por utilizar violencia o intimidación a las partes o testigos del proceso arbitral, el del artículo 464 del Código Penal.
3. Los genéricos de descubrimiento y revelación de datos de los artículos 197. 4 y 200 del Código Penal, y de incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva del artículo 199.2 del Código Penal.

El delito específico de cohecho arbitral puede asumir tres modalidades por su remisión a otros preceptos:

- i) Que el árbitro que reciba en provecho propio o de un tercero la dádiva o aceptase ofrecimiento o promesa, lo haga para realizar en el ejercicio de su

función una acción u omisión constitutiva de delito, en cuyo supuesto se le aplicaría al árbitro la pena prevista en el artículo 419 del Código Penal.

- ii) Que el árbitro que reciba en provecho propio o de un tercero la dádiva o aceptase ofrecimiento o promesa, lo haga para ejecutar un acto injusto relativo el ejercicio de su función que no constituya delito. En ese supuesto se le aplicaría al árbitro la pena prevista en el artículo 420 del Código Penal.
- iii) Que la dádiva recibido prometida al árbitro tenga por objeto que éste se abstenga en el ejercicio de su función, siendo la pena en este caso la establecida en el artículo 421 del Código Penal.

En todo caso, además de las penas descritas anteriormente, el cohecho arbitral puede motivar, en virtud del artículo 43 NLAB, el recurso de revisión frente al laudo arbitral, con el fin de revocarlo por vía del apartado 4 del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los tipos genéricos aplicables al árbitro durante el arbitraje relativos a amenazas y coacciones a las partes de los artículos 169, 171 172 del Código Penal o por utilizar violencia o intimidación a las partes o a los testigos del artículo 464 del Código Penal, darán lugar a las penas en estos preceptos establecidas y, a juicio de MERINO MERCHAN, y nosotros lo compartimos, en virtud del artículo 43 NLAB, podrían suponer la revisión del laudo firme en atención a los motivos tercero y cuarto del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cambio, los delitos que pueda cometer el árbitro por descubrimiento y revelación de datos de los artículos 197 y 200 del Código Penal, y de incumplimiento de obligaciones de sigilo y reserva del artículo 199.2 del Código Penal, y sin perjuicio de la sanción penal recogida para esas infecciones, no autorizan a solicitar de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la revisión del laudo, por no existir motivo hábil para ello de acuerdo con la remisión que el artículo 43 NLAB hace al artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con respecto a las infracciones del árbitro que no se relacionan con las partes del proceso arbitral o con los testigos o peritos del mismo, sino con el objeto de la controversia o con los bienes o cosas que le afectan, podemos identificar dos tipos diferentes:

1. El específico de las actividades prohibidas y abuso en el ejercicio de la función arbitral del artículo 440 del Código Penal, que lleva aparejada la pena prevista en este precepto. En este caso resulta difícil incardinar la conducta del árbitro en alguno de los motivos del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que como hemos visto pudieran dar lugar a la revisión del laudo firme, a no ser que se instara la revisión a través de la maquinación fraudulenta prevista en el apartado cuarto del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, circunstancia que nosotros no compartimos.
2. El genérico de falsificación de documento público cometido por el árbitro de los artículos 392 y 393 del Código Penal admite, conforme al artículo 390 Código Penal y por la remisión que a este precepto hace el artículo 392 del Código Penal, una triple variante punitiva:

- i) Que el árbitro altere un documento o alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial según se establece en el artículo 390.1.1 del Código Penal.
- ii) Que el árbitro simule un documento en todo o en parte, de manera que induzca error sobre su autenticidad, según establece el artículo 390.1.2º del Código Penal
- iii) Que suponga en un acto la intervención de personas que no la han tenido, atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones y manifestaciones que no se hubieran hecho, según indica el artículo 390.1.3º del Código Penal.

También pudiera el árbitro incurrir en falsificación de documento privado según lo establecido en los artículos 395 y 396 del Código Penal. El primero de ellos puede incorporar a su tipo alguna de las tres variantes de falsedades arbitrales antes citadas.

En el arbitraje *ad hoc* con un árbitro único no se plantea ningún problema para determinar el ámbito subjetivo de la persona criminal y civilmente responsable por las infracciones cometidas durante las actuaciones arbitrales, conforme a los tipos antes expuestos. El árbitro único es también el único responsable penal según el tipo de delito cometido y, por tanto, será también el único responsable civil de acuerdo con el artículo 116.1 del Código Penal. En el caso de un colegio o tribunal arbitral, cabe distinguir tres supuestos diferentes:

1. Que todos los árbitros se hayan manifestado de acuerdo y todos ellos de consuno hayan cometido la infracción penal, lo que significa que son todos responsables criminalmente, conforme al delito cometido y, civilmente, la responsabilidad será solidaria frente al perjudicado. En caso de que se haga efectivo por uno de los árbitros el pago completo derivado de la responsabilidad civil solidaria queda a salvo su derecho de repetición contra el resto de los árbitros por las cuotas correspondientes a cada uno de ellos, tal y como establece el artículo 116.2 en su párrafo final.
2. Que alguno de los árbitros del colegio arbitral haya salvado su voto por discrepancia manifiesta con la mayoría sobre el contenido final del laudo, pero no haya denunciado los hechos al perjudicado o a la autoridad competente o ni siquiera haya comunicado esos hechos presuntamente punitivos al Ministerio Fiscal, en cuyo caso es posible que no le afecte la responsabilidad penal pero sí la civil, de la que responderá solidariamente con el resto de los árbitros, a juicio de MERINO MERCHAN, que nosotros compartimos.
3. Que el árbitro disidente denuncie ante la autoridad judicial competente el hecho punible o lo ponga de manifiesto al perjudicado o al Ministerio Fiscal, separándose expresamente de la conducta adoptada por el resto del Colegio Arbitral. En este caso, el árbitro disidente no es responsable ni criminal ni civilmente.

Por último, es importante señalar que con respecto al Arbitraje Administrado se puede reproducir el mismo esquema, pero con el añadido de que la persona

jurídica que encarna y da forma a la institución arbitral, ya sea una corporación o una asociación, a tenor de lo previsto en el artículo 14 NLAB, es responsable civil solidaria derivada o consecuente de la responsabilidad criminal del árbitro, a tenor de lo establecido en el artículo 21.1 NLAB.

2.2. Responsabilidad Disciplinaria privada

Los árbitros están exentos de responsabilidad disciplinaria, en el sentido clásico, teniendo el carácter no funcional del árbitro en este aspecto una de sus manifestaciones más claras. Cabe, sin embargo, pensar en una responsabilidad paradisciplinaria o disciplinaria privada, en relación con el arbitraje institucional o corporativo¹⁴¹, en cuanto que las personas designadas como árbitros pueden estar sometidas, en virtud de su vinculación contractual con la entidad, a determinados comportamientos, cuya exigibilidad dependerá del ámbito legítimo que marque en su desarrollo el principio de autonomía de la voluntad.

En nuestro derecho, además, no puede desconocerse que cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo al derecho, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio, como señalaba el artículo 12.2 LAB y ha venido a corroborar el artículo 15.1 NLAB¹⁴², tras denodados y afortunadamente exitosos esfuerzos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ya sean designados de conformidad con las partes, ya mediante la formalización judicial del arbitraje. Igualmente, en supuestos de arbitraje de equidad también cabe que haya algunos profesionales que intervengan como árbitros, pero en razón de esas cualidades profesionales¹⁴³.

¹⁴¹ Si bien hay que señalar que aunque la infidelidad en el incumplimiento por el árbitro de su misión afecta a la responsabilidad directa de la institución arbitral respecto del perjudicado por esa infidelidad que, igualmente, contamina la gestión y administración del arbitraje por parte de la institución arbitral, esa contaminación no justifica la existencia de una auténtica responsabilidad disciplinaria, tal y como señala MONTERO AROCA. Aunque no es menos cierto que las instituciones arbitrales pueden plantear límites no exactamente disciplinarios pero sí relativos a la exigencia de cierta disciplina en el modo en que han de actuar los árbitros que nombren y designen, como sucede en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid.

¹⁴² Artículo 15.1 NLAB: “En los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad de acuerdo con el artículo 34, se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario”

¹⁴³ En la formalización judicial, la LAB hacía referencia a los Colegios Profesionales y otras Corporaciones y a sus listas de profesionales colegiados, en su artículo 41.5. Esta referencia no la encontramos ya en la NLAB, que en su artículo 15.6 señala que “6. Si procede la designación de árbitros por el tribunal, éste confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo.” Sin embargo, entendemos que el hecho de que no se haga una referencia expresa a los Colegios profesionales a otras Corporaciones de derecho público se justifica no porque en determinados

En definitiva, en estos casos, cabe la sanción colegial o corporativa, lo que implica la aplicación de sanciones disciplinarias por esta vía indirecta, si profesionalmente, durante la prestación del arbitraje se incurriera en causas que determinen aquel tipo de responsabilidad, de acuerdo con los Colegios profesionales o instituciones arbitrales, aunque el arbitraje no fuera administrado y las partes no tuvieran ninguna relación con la institución arbitral a los que pertenecieran los árbitros.

Finalmente, en relación a «la responsabilidad disciplinaria», se pueden contemplar, por extensión, dos prohibiciones legales que tienen naturaleza de sanciones disciplinarias previstas anticipadamente. Se trata de sanciones que estaban previstas de modo normativo en el artículo 14 LAB: « No pueden ser designados árbitros quienes hubieren incumplido su encargo, dentro del plazo establecido o su prórroga, o aquellos árbitros que hayan incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de funciones arbitrales.» La NLAB no ha reproducido la citada redacción y su artículo 13 se limita a señalar que “Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro”.

Es por ello que la ENMIENDA NUM. 43 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) y la ENMIENDA NUM. 60 del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) pretendieran incorporar un nuevo apartado 2 al citado artículo 13 con el contenido siguiente, que seguía el camino trazado por la LAB: “1. /.../ para que actúe como árbitro. No podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes

casos puedan o deban ser árbitros profesionales colegiados, existiendo por tanto una responsabilidad paradisciplinaria, sino porque la organización colegial se encuentra en entredicho, tal y como ha sido tradicionalmente configurada, como único medio de representación de profesionales, por lo que el Legislador, con acertado criterio, ha dado plena libertad a los Jueces para la elección de los potenciales árbitros. No obstante, resulta evidente, y el decurso de los acontecimientos entendemos que lo probará, que los Jueces, para una mayor comodidad, seguirán apoyándose para su nombramiento de árbitros en las listas de los Colegios profesionales. Es precisamente en esta labor de apoyo a la Judicatura donde debieran jugar un nuevo y fundamental papel las instituciones arbitrales, fundamentalmente las vinculadas a las Cámaras de Comercio e Industria, poniendo a disposición de los Jueces y Tribunales de su demarcación sus listas de árbitros, con un detalle de las características, capacitación y especialización de cada uno de los árbitros que las conforman, quienes deberán responsabilizarse de actuar con la diligencia debida y exigida por la institución arbitral no sólo en aquellos arbitrajes desarrollados en el marco de la institución arbitral, sino también en aquellos arbitrajes *ad hoc* en los que el nombramiento del árbitro haya sido realizado en su calidad de miembro de la lista de árbitros de una institución arbitral. En un sentido similar, aunque restringido a los arbitrajes de derecho, se pronunciaba la rechazada ENMIENDA NUM. 9 de GPMX, que propuso añadir un nuevo apartado 3 al artículo 14 con el siguiente tenor literal: «3. Las instituciones arbitrales deberán establecer y organizar un turno de abogados que reúnan los requisitos para ser árbitro exigidos en el artículo anterior.», que a su juicio, que compartimos plenamente hubiera supuesto la “Mejora el funcionamiento de las instituciones arbitrales” y habría permitido “garantizar la transparencia en las designaciones.”

o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un Juez, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.2 y 3. Tampoco podrán ser designados árbitros en el supuesto del artículo 14.1 quienes hubieren incumplido su encargo dentro del plazo establecido o su prórroga o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales”.

En nuestra opinión, aunque la NLAB no ha incluido expresamente la imposibilidad del nombramiento como árbitros a aquellos “quienes hubieren incumplido su encargo dentro del plazo establecido o su prórroga o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales”, el sentido común nos hace entender que tal prohibición debe entenderse incluida dentro de la frase “*se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión*”. Sin embargo, ello no pasa de ser una interpretación teleológica del artículo 13 NLAB y lo cierto es que el Legislador defiere por completo a la Legislación específica que regule la actividad de los profesionales que puedan ser árbitros la capacidad para ello, lo que si bien como norma general es acertado, exige la cautela de incluir determinadas prevenciones en la NLAB –tales como las señaladas- que establezcan unas garantías mínimas para convertirse en árbitro en el caso de que la legislación profesional no las hubiera contemplado, pues no hemos de olvidar que mucha de la citada regulación no se haya en absoluto coordinada con el hecho arbitral.

Por otra parte, en el caso de una sentencia judicial que hubiera declarado la responsabilidad del potencial árbitro en el desempeño de anteriores funciones arbitrales, resulta clara que la prohibición para volver a ser árbitro, en la NLAB, no proviene de que haya recaído la citada sentencia, sino de que ésta, en su parte dispositiva, fije claramente esa imposibilidad, delimitándola, si bien también sería discutible la apoyatura legal de tal limitación de los derechos civiles del potencial árbitro, puesto que el juez no tendrá una norma positiva directa para apoyar tal decisión.

En conclusión, en nuestra opinión, la NLAB difícilmente deja margen para la aplicabilidad espontánea de las dos sanciones disciplinarias recogidas en el antiguo artículo 14 LAB, que solamente podrán prosperar si las mismas son recogidas en la legislación específica que regule la actividad profesional del potencial árbitro o en la decisión judicial que hubiera patentizado su responsabilidad en el desempeño de anteriores funciones arbitrales. Por ello, nuestro consejo no puede ser otro sino el de instar a los diferentes Colegios y Corporaciones profesionales, así como al propio Legislador en lo que se refiere a los cuerpos de funcionarios públicos que pudieran ejercer como árbitros, a que contemplen la citada posibilidad – y sus limitaciones – desde una perspectiva amplia, en la que la responsabilidad disciplinaria derivada de una actitud negligente no puede quedar obviada.

En este sentido, MERINO MERCHAN¹⁴⁴ define por responsabilidad disciplinaria la que es exigida al árbitro por la Institución Arbitral permanente de la que es miembro, como consecuencia de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones arbitrales, siempre que dichas infracciones estén previamente tipificadas en los estatutos de la institución o en el correspondiente Código de conducta ética profesional al que se encuentra vinculado.

La primera condición de acceso de un árbitro como miembro de una Corte Arbitral es aceptar su organización, competencias, régimen interior y el estatuto del árbitro, lo que implica derechos, obligaciones, incompatibilidades, remuneración y separación. La segunda condición, después de que se haya adverado que se reúnan los requisitos subjetivos y objetivos exigibles, es cumplir con las reglas que se le imponen al árbitro, precisamente para formar parte de la institución arbitral de que se trate. En instituciones arbitrales especializadas sectoriales en torno a una rama determinada de actividad, se suele exigir además una concreta cualificación profesional del árbitro, que normalmente coincide con la calificación profesional específica del sector en el que ejerce la actividad esa Institución o asociación.

Estas exigencias o similares que pueden establecerse no atentan contra el principio de igualdad constitucional del artículo 14 CE, ya que constituyen condiciones relacionadas con el mérito y la capacidad, exigibles desde la perspectiva de una entidad privada, pues esa es la de las entidades arbitrales .

El principio de “puerta restringida” o de “criterio selectivo”, como señala MERINO MERCHAN¹⁴⁵ y nosotros compartimos, para reclutar y acceder la condición de árbitro de determinadas asociaciones o instituciones arbitrales permanentes no vulnera en absoluto ningún derecho fundamental de la Constitución y tampoco del Convenio Europeo de Derechos Humanos o de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, a la inversa, tampoco la condición de Árbitro de esa asociación arbitral puede ser motivo de ventaja para el árbitro, tal y como señala el artículo 2.9 de la Ley Orgánica 1/2002 . Así pues, es conforme a la Constitución el establecimiento de un régimen sancionador autónomo e interno para los miembros de una entidad territorial, con tal de que se prevea la correspondiente tabla de infracciones y sanciones y exista un procedimiento que respete las garantías mínimas del presunto sancionado, como cautela refleja del artículo 25.1 CE, en relación con el artículo 2.4 LO 1/2002.

Puesto que uno de los rasgos caracterizadores de las organizaciones arbitrales permanentes es el de tener carácter estatutario, es decir, que se trata de un ordenamiento *ad intra* en el que se establecen sus propios criterios de funcionamiento, el régimen de vinculación de las personas que se adhieren al mismo y las reglas que rigen esa relación. Desde la perspectiva constitucional este tipo de organizaciones se canalizan fundamentalmente a través del derecho

¹⁴⁴ Vid. MERINO MERCHAN, JOSE FERNANDO: *Estatuto.....Op. Cit.*, Pag 125 y ss

¹⁴⁵ *Ibíd.*

fundamental de asociación contenido en el artículo 22 CE y 14.1.b NLAB, al que el Tribunal Constitucional ha definido como “*aquella organización estable de varias personas para la gestión de intereses comunes sobre una base consensual*” en su Sentencia 244/1991; y cuya regulación se encuentra contenida en la citada Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.

Los estatutos de este tipo de organizaciones estables que tienen como finalidad institucional, bajo la base consensual a la que se refiere el Tribunal Constitucional, administrar arbitrajes, son normas primarias que dan origen al nacimiento de las mismas, junto con la correspondiente acta fundacional y por las que se configuran su vida interna y su ámbito formal y material de actuación, dotándose a su vez de un reglamento conforme al cual ejercerán su funciones típicamente conciliatorias y arbitrales, como señala el artículo 14.2 NLAB. Esto es, en este conjunto de normas se regularán desde el modo designación de los árbitros, incluido su régimen de abstención y recusación, incidentes, procedimiento contradictorio, hasta la terminación normal o anormal del proceso arbitral y todo ello sin hablar del régimen de los órganos de dirección de estos centros arbitrales.

Los estatutos no necesitan ser inscritos en ningún tipo de Registro Público, pues este requisito no es elemento constitutivo para la existencia de la asociación arbitral, pero sí es necesaria la inscripción para su debida publicidad, lo que no deja de ser una garantía básica hacia terceros, tal y como exige el artículo 22.3 CE y el artículo 10 LO 1/2002 y un elemento de estabilidad y seguridad jurídica para el cumplimiento de un objeto social.

Lógicamente el procedimiento sancionador constituye una de las menciones necesarias que han de contener los estatutos de una institución arbitral, al ser una de las garantías imprescindibles en la relación entre los órganos de gobierno de las mismas y la actividad normal o anormal del árbitro, según se establece en los artículos 7.3 y 11.2 LO 1/2012. En los estatutos se deben contener una serie de extremos entre los que no pueden faltar los requisitos y modalidades para la admisión y baja, sanciones, separación de los árbitros, según impone el artículo 7.1 LO 1/2002.

Otro rasgo clave de la responsabilidad disciplinaria de las asociaciones permanentes de arbitraje es su internidad. Ciertamente las entidades que funcionan bajo régimen estatutario no crean reglas objetivas de Derecho obligatorias para terceros, sino que su mundo organizativo y expansivo empieza y termina en el ámbito de sus propias reglas internas, por lo que si el árbitro desea ser tal, debe aceptar y cumplir los pactos y pautas de la organización que le imponga la asociación a la que quiere adherirse. Por la misma razón, la separación del árbitro de la entidad no tiene efectos externos ni como por supuesto le impide ser árbitro de otras asociaciones y menos aún ser designado como árbitro *ad hoc*. No obstante, eso no impide que la sanción que implique separación o pérdida de la condición de árbitro, respecto de una concreta entidad arbitral, no deba ser adoptada con las debidas garantías, como por ejemplo las atinentes a la tipicidad y audiencia exigidas constitucionalmente, ya que la nota de internidad no hace que estas asociaciones queden al margen del derecho general

establecido para todos los ciudadanos y menos aún, que constituyan una zona franca de impunidad o de exención, inmune a las garantías de los derechos fundamentales que asisten sin excepción a todos los ciudadanos y que recogen los artículos 10, 22 y 25 CE y 2.4 LO 1/2002 .

También es un rasgo de la responsabilidad disciplinaria arbitral, como antes señalábamos, el hecho de que se está en presencia de una típica responsabilidad profesional, fundamentada en unos criterios de disciplina relacionados con la observancia de determinados deberes y obligaciones inherentes a los cometidos específicamente arbitrales, cuyo incumplimiento por los árbitros, en cuanto que profesionales, determine la comisión de unos ilícitos disciplinarios y pueda comportar la imposición de ciertas sanciones estatutarias; y ello sin perjuicio, si hay daño para terceros, de que pueda abrirse la vía de responsabilidad civil e incluso criminal

En definitiva, la responsabilidad disciplinaria del árbitro tiene por objeto garantizar objetivamente un ejercicio eficiente y profesionalizado de la función arbitral y es un instrumento indispensable para impedir o atajar desviaciones indeseadas del árbitro en el recto ejercicio de su función heterocompositiva; y se asienta en el correcto cumplimiento de los deberes del árbitro y de la finalidad que esté ha de tener hacia una concreta institución de arbitraje. Es por ello que, a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad civil o penal, que puede llegar a alcanzar a la institución arbitral, en el caso de la responsabilidad disciplinaria la misma se circunscribe exclusivamente a la persona del árbitro, justamente por tratarse de entidades estatutarias de ámbito privado

El ilícito disciplinario arbitral es libre en su configuración siempre dentro del respeto a la Constitución y a la LO 1/2002. A su vez, la aceptación por los árbitros del marco disciplinario de la asociación arbitral es voluntario, pues a nadie se le obliga a ser miembro de la misma. No obstante, no existe una libertad absoluta a la hora de fijar las pautas bajo las que debe concebirse el Estatuto disciplinario del árbitro, sino que se deben cumplir necesariamente las dos siguientes:

- a) Garantizar la seguridad jurídica del régimen sancionador interno.
- b) Garantizar el control jurisdiccional sobre los actos y acuerdos sancionadores que se adopten.

Las garantías que aseguran un régimen sancionador interno y qué hacen que el mismo sea conforme con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico son las siguientes:

1. Tipificación de los ilícitos de arbitrales mediante una graduación de los mismos atendiendo a criterios de gravedad, con las correspondientes sanciones.

Pueden describirse conductas ajenas a las que dan lugar al nacimiento de la responsabilidad civil o penal del árbitro como pudieran ser, por ejemplo, la tipificación de una suerte de prevaricación arbitral, para el caso en el que el árbitro dictase un lado de a sabiendas de que es injusto. Así se corregiría la inexistencia del tipo penal especial de la prevaricación arbitral, cuyo concurrir tanto daño pudiera hacer a la institución del arbitraje. Por otro

lado, nada impide recoger ilícitos disciplinarios que estén apoyados más o menos en conceptos jurídicos indeterminados, tales como “falta de probidad”, “conductas atentatorias del prestigio o dignidad”, etc., por no resultar incompatibles de forma absoluta con el principio de tipicidad, según tiene declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 50/1980, 116/1993 y 270/1994, siempre que sea posible su concreción con criterios lógicos

MERINO MERCHAN¹⁴⁶ señala que especial importancia debe tener la tipificación de conductas que sancionen la ocultación o la falta de verdad en las condiciones declaradas para obtener la correspondiente aptitud para ejercer de dirimente en la Corte de que se trate; las que garanticen su incompatibilidad directa o indirecta con las partes y con el objeto de la contienda; la inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legales o estatutariamente previstas para estos casos; la falta de atención o desconsideración hacia las partes y retrasos injustificados; la revelación de hechos o datos conocidos por el árbitro durante el ejercicio de sus actuaciones arbitrales; y, desde luego, las acciones y omisiones que hayan dado en sentencia judicial firme a una declaración de responsabilidad civil contraída en el ejercicio de las funciones arbitrales.

En la configuración de los ilícitos disciplinarios arbitrales hay que huir de las llamadas “normas en blanco”, de las cláusulas generales abiertas y de la analogía *in malam partem*, porque hacen que se resienta gravemente el principio de seguridad jurídica, hasta el punto de que si se llegara a cuestionar el elemento necesario de la tipicidad sancionadora, podría dar lugar a su declaración de nulidad, al constituirse en una vía abierta a la discrecionalidad, lo que resultaría contraria a la Constitución y a la LO 1/2002. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha advertido que bajo ninguna circunstancia la garantía de los derechos de los ciudadanos tolera la aplicación analógica *in peius* de las normas sancionadoras, cómo se recoge en las sentencias del Tribunal Constitucional 75/1984, 34/1996, 137/1997 y 151/1997. En repetida jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha insistido en que cualquier derecho sancionador que quiera ser compatible con la Constitución ha de cumplir con la exigencia de Ley *certa, proevia, scripta, stricta*, tal y como se refleja en la citada Sentencia 151/1997 y esta doctrina resulta plenamente aplicable al régimen sancionador que se establezca por las instituciones arbitrales permanentes sobre la conducta de los árbitros.

Finalmente y por lo que a las sanciones disciplinarias se refiere, éstas han de ajustarse a criterios y medidas de proporcionalidad. Ese mandato de proporcionalidad implica siempre un juicio lógico o de ponderación que compara valorativamente la gravedad del ilícito disciplinario con la gravedad de la pena que deba imponérsele al árbitro, siendo oportuno recordar lo que el Tribunal Constitucional entiende por proporcionalidad, es decir, una medida idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección perseguidos, tal y

¹⁴⁶ *Ibídem.*

como ha establecido las Sentencias 55/1996 y 161/1999 y sobre todo la sentencia 136/1999.

2. Compatibilidad de la responsabilidad disciplinaria con la responsabilidad penal del árbitro

La coincidencia en la definición de determinados comportamientos o conductas ilícitas por dos normas jurídicas que, a su vez, comporta la tramitación de dos procedimientos distintos y la aplicación de diferentes sanciones, conduce a la observancia en esta materia del principio general del derecho *non bis in idem*. Desde una perspectiva material, este principio significa que una persona no puede ser sancionada dos veces por un mismo hecho. Desde una perspectiva procesal, prohíbe que puedan incoarse dos procedimientos sobre un mismo sujeto y objeto fáctico. Como el concepto y alcance del principio *non bis in idem* no es una cuestión pacífica, puesto que tras enunciarse que nadie puede ser condenado dos veces por el mismo hecho, se admite en algunas ocasiones la posibilidad de que al intervenir dos tipos de órganos represivos, -como por ejemplo, los judiciales y los administrativos-, pudiera surgir una duplicidad de decisiones provenientes de dos tribunales penales o de dos administraciones públicas o de un órgano judicial penal y de un órgano administrativo; o, incluso, entre dos sentencias.

Tras promulgarse la Constitución de 1978, el Tribunal Constitucional proclamó sin ambages el principio *non bis in idem* entre las sanciones administrativas y penales, en los casos en que se presente la identidad del sujeto, hecho y fundamento, configurando así el Alto Tribunal el citado principio como un derecho fundamental del sancionado que se integra implícitamente en el artículo 25 CE, al estar ligado a la legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones, como señala la sentencia 2/1981. Esta ha sido la postura dominante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como vemos en la sentencia 77/1983, 112/ 1990, 221/ 1997 y 222/1997.

La jurisprudencia constitucional aplicativa de la regla *no bis in idem* ha entrado sentado también como criterio dominante la prioridad de preferencia del orden jurisdiccional penal sobre el expediente administrativo sancionador, de tal manera que se impide la incoación del segundo cuando ya se hubiese iniciado la instrucción de la causa penal o se procedía a su suspensión cuando, después de haberse iniciado aquel, se hubiese incoado una causa penal por el mismo hecho, criterio finalmente ha recogido en la nueva redacción de la Ley Orgánica 16/1994 y en el artículo 415 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Lo que se trata ahora es de ver si se aplica el principio *non bis in idem* en las instancias arbitrales que sancionan al árbitro, incluyendo su separación de la entidad por la comisión de ilícitos penales. Según MERINO MERCHAN¹⁴⁷, cuya opinión compartimos, la contestación a esta cuestión debe ser negativa,

¹⁴⁷ Cfr. Vid. MERINO MERCHAN, JOSE FERNANDO: *Estatuto.....Op. Cit.*, Pag 125 y ss

es decir, el ámbito disciplinario de las instancias arbitrales es independiente o si se quiere, goza de autonomía con respecto a la potestad sancionadora penal general, precisamente por la naturaleza estatutaria privada de esas entidades arbitrales. En este ámbito se puede aplicar por el contrario la regla *bis in idem* y ellos por tres razones fundamentales, que son las siguientes:

- a. Una, porque aún cuando exista la identidad de sujeto e incluso de hechos entre el ilícito penal y el ilícito disciplinario arbitral, faltaría el *idem* o identidad respecto al fundamento jurídico, ya que el bien jurídico protegido por ambas sanciones sería distinto. Por la sanción penal se protege a toda la sociedad del bien jurídico vulnerado por un ciudadano y por eso se le reprime, pero esa represión nada tiene que ver con los reproches que como árbitro le hace la institución arbitral al considerar que no reúne las condiciones de idoneidad personal necesarias para desempeñar el contenido heterocompositivo.
- b. Por otro lado, la potestad sancionadora disciplinaria de la Asociación arbitral se enmarca en una relación especial, mantenida voluntariamente entre ésta y el árbitro, entre cuyas condiciones de admisibilidad para desempeñar las funciones arbitrales estaba precisamente la de poseer una constada probidad moral y profesional, que quiebra cuando el árbitro comete un delito penal.
- c. En tercer lugar, el carácter de organización estatutaria privada que tiene la entidad territorial hace que la imposición de una sanción al árbitro por un ilícito disciplinario no salga de su propio marco organizativo y, por tanto, en puridad que éste no reciba técnicamente dos sanciones aunque se trate de los mismos hechos.

A las tres razones anteriores hay que añadir la excepción genérica a la interdicción de la doble sanción penal y disciplinaria predicable de jueces y magistrados y, en este caso, con mayor motivo al árbitro, que consiste en la pérdida de la condición de Jueces y Magistrados por la condena a pena privativa de libertad por razón de delito doloso, cómo se establece en el artículo 379.1.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esto, como señala MERINO MERCHAN¹⁴⁸ y nosotros compartimos, resulta perfectamente aplicable al árbitro y ello con independencia de que no tuviera no relación el ejercicio de la función arbitral, puesto que la justificación se encuentra en la idea de reforzar los valores subjetivos relativos a la irrepugnabilidad, prestigio y dignidad que han de tener los árbitros dependientes de una institución arbitral.

Quizás únicamente merecerían alguna matización las condenas derivadas de delitos de circulación, dada la disparatada regulación que el Legislador ha realizado al respecto, en la que se arbitran condenas privativas de libertad para supuestos en los únicamente se contempla la posibilidad de producción de un daño a terceros, sin que el mismo haya llegado a materializarse, sin que exista

¹⁴⁸ *Ibídem.*

ninguna intencionalidad, por lo que en ningún caso pudiera entenderse que nos encontramos con un delito en grado de tentativa o frustración. Como consecuencia de la disociación entre la Legislación aprobada y la percepción social del problema, no existe alarma social vinculada a la comisión de muchas acciones constitutivas de delito a tenor de la misma, por lo que resultaría discutible derivar éstas una consecuencia tan grave para el árbitro como prohibirle el desarrollo de sus funciones como tal.

3. Establecimiento de un procedimiento disciplinario con las debidas garantías para el árbitro.

Las instituciones arbitrales permanentes no pueden ser ajenas, en el diseño de la responsabilidad penal del árbitro, al establecimiento de un procedimiento que se sustancie y que reúna las debidas garantías hacia el presunto sancionado, y al que se le instruye el correspondiente expediente sancionador por la comisión de algunos de los ilícitos previamente establecidos en el reglamento correspondiente.

No es suficiente la identificación del órgano competente para imponer sanciones y que éstas estén recogidas en la oportuna tabla de ilícitos disciplinarios, incluso que sean adecuadas y proporcionada las infracciones, si no se detalla el procedimiento a través del cual se vaya a dar cauce a la imposición de la sanción disciplinaria con la debida participación y audiencia del árbitro interesado. El procedimiento sancionador, aun en el ámbito interno de la institución arbitral, debe ser una garantía en sí mismo considerado y por esa misma razón su ausencia deslegitima la imposición de cualquier sanción.

De ahí que resulta imprescindible un procedimiento estatutariamente previsto con anterioridad a la imposición de cualquier sanción disciplinaria, que debe sustentarse hasta la resolución del expediente sancionador y que debe reunir ciertos perfiles para garantizar su validez:

- a) El sujeto presuntamente sancionable es un árbitro dependiente o afecto al ámbito organizativo de la asociación arbitral. Huelga decir que no puede ser sancionado un tercero ajeno a la Asociación arbitral ni tampoco las partes del proceso arbitral.
- b) El procedimiento, por su naturaleza estatutaria, tiene un origen libre y voluntario y, por eso mismo, puede eludirse por el afectado causando baja voluntaria de la Asociación Arbitral de que se trate.
- c) Lo anterior no es óbice para que su estructura y regulación sean conformes a la Constitución y a las garantías que se establecen para todo procedimiento sancionador, lo que implica entre otras cuestiones la garantía procedimental de separar la fase instructora de la fase sancionadora.
- d) El procedimiento establecido debe garantizar al presunto árbitro responsable el derecho a ser notificado de los hechos que se le imputan, de las infracciones que la comisión de los hechos pudieren constituir y de la sanción es que a su caso se le pudiese imponer.

- e) Por último, el procedimiento sancionador del árbitro ha de respetar de forma absoluta la presunción de inocencia de éste, mientras no se demuestre lo contrario.

Para la imposición de la sanción, como explica MERINO MERCHAN¹⁴⁹ y nosotros compartimos, deben respetarse al menos los siguientes trámites:

- a) El inicio del procedimiento disciplinario podrá incoarse de dos maneras diferentes: Mediante denuncia de las partes en el proceso arbitral o de oficio por los propios órganos de la Asociación arbitral. Entendemos que al tratarse de un procedimiento estatutario no procede la iniciación del proceso mediante la denuncia de un tercero que no sea parte en el proceso arbitral, si bien, en este caso, de existir una Comisión de Garantías o similar en la asociación arbitral, al recibir tal denuncia debiera iniciar diligencias informativas y averiguatorias de cuyo resultado pudiera deducirse la actuación de oficio por parte de la Asociación, tomando como punto de partida precisamente los hechos denunciados revelados por el tercero. El acuerdo por el que se ordena iniciar el procedimiento disciplinario Arbitral deberá recoger la designación del instructor, que puede ser otro árbitro u otro miembro no árbitro que pertenezca a los órganos de gestión y representación de la Asociación arbitral. Además, los estatutos reguladores del procedimiento pueden prever que ante acusaciones muy graves que impliquen igualmente presuntamente sanciones muy graves, exista la posibilidad de acordar la suspensión provisional o cautelar del expedientado, por un período que no podrá ser superior al de la duración del procedimiento. En cualquier caso, deberán quedar perfectamente identificados el presunto ilícito disciplinario, dándose traslado del mismo junto con el nombramiento del instructor al interesado.
- b) A continuación, a instancias del interesado o del instructor se abre la fase probatoria para la práctica de todos aquellos elementos de convicción que puedan resultar necesarios para el esclarecimiento de los hechos y responsabilidades susceptibles de sanción.
- c) El instructor, a la vista de los hechos imputados y de las pruebas practicadas, formalizará el pliego de cargos en el que ineludiblemente se deberá recoger el ilícito presuntamente cometido y la sanción que pudiera resultar aplicable al caso.
- d) A la vista el pliego de cargos se le deberá otorgar al interesado un breve periodo de contestación, de hasta 10 días, para que refute totalmente o parcialmente los cargos que le son imputados, pudiendo incluso proponer en esta fase alguna prueba más.
- e) Terminado el trámite anterior, se ha de formular la pertinente propuesta de resolución, en la que recojan los hechos probados y la sanción oportuna a imponer, dando traslado de la misma al interesado.

¹⁴⁹ *Ibidem.*

- f) Finalmente, se deberá proceder a remitir todo lo actuado al órgano de la institución arbitral que ordenó el inicio del expediente para que adopte la decisión pertinente. Esta habrá de estar motivada y se le notificará al interesado, recogiendo en la misma los antecedentes de hecho, la norma estatutaria aplicable y la sanción disciplinaria que conforme a un precepto cierto y determinado se le impone al árbitro sujeto a expediente.

Debemos terminar estas reflexiones con respecto a la responsabilidad disciplinaria de los árbitros haciendo mención al control jurisdiccional sobre el acuerdo sancionador arbitral. El régimen general de garantías en el que se enmarca la responsabilidad disciplinaria debe cerrarse con el control jurisdiccional sobre el acuerdo sancionatorio y a este respecto al artículo 40 LO 1/2002, aplicable a las Asociaciones arbitrales, como defiende MERINO MERCHAN¹⁵⁰ y nosotros compartimos, dispone que: *“1. El orden jurisdiccional civil será competente, en los términos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación a las pretensiones derivadas del tráfico jurídico privado de las asociaciones, y de su funcionamiento interno. 2. Los acuerdos y actuaciones de las asociaciones podrán ser impugnadas por cualquier asociado o persona que acredite un interés legítimo, si los estimase contrarios al orden jurídico, por los trámites del juicio que corresponda. 3. Los asociados podrán impugnar los acuerdos y actuaciones de la asociación que estimen contrarios a estatutos dentro del plazo de 40 días, a partir de la fecha de adopción de los mismos, instando su rectificación o anulación y la suspensión preventiva en su caso, o acumulando ambas por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

Resulta claro que, por tanto, debemos remitirnos a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que supone que nada impediría que si el acuerdo sancionatorio sobre el árbitro se adoptase con vulneración de alguna de las garantías antes reseñadas, esa infracción tuviera trascendencia constitucional por afectar a los derechos fundamentales del sancionado ex artículo 24.2 y 25.1 CE, lo que pudiera dar lugar, tras el agotamiento a todos los recursos utilizables dentro la vía judicial, al correspondiente recurso de amparo, a tenor de los artículos 41, 44.1.a) y 43 LOTC y de los artículos 53 CE y de la Sentencia 203/2003 del Tribunal Constitucional, por tener el árbitro sancionado legitimación activa suficiente para interponerlo a tenor del artículo 46.1.a) LOTC y del artículo 62.1.b) CE

Cómo señala MERINO MERCHAN¹⁵¹, constituiría lógicamente esta vía constitucional un remedio extraordinario a tenor de lo previsto en los artículos 42 y 44.1.a) LOTC, arquetípico de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Es decir, estaríamos en presencia de una manifestación más del carácter universalizador que tiene la protección de los derechos fundamentales en nuestro derecho constitucional, que abarca todas las situaciones jurídicas, incluso las relaciones *interprivados* de la que resulta una lesión a un derecho fundamental y que no puede quedar sin la necesaria cobertura de la tutela constitucional, en

¹⁵⁰ *Ibídem.*

¹⁵¹ *Ibídem.*

mor de la llamada eficacia horizontal o doctrina del *drittwirkung*, de la que se ha hecho eco el Tribunal Constitucional, destacando especialmente la Sentencia 53/1985, que es perfectamente aplicable a relación entre árbitro y partes, y también entre árbitro e instituciones arbitrales permanentes.

Aunque conceptualmente compartimos esta interpretación, debemos expresar nuestra reticencia al uso indiscriminado del recurso de amparo, convirtiéndolo en última instancia *de facto* de la vía judicial, lo que desvirtúa por completo su naturaleza. Con ello queremos señalar que en una materia con relativamente pocos matices subjetivos e interpretativos, como es calificar la adecuación y aplicación de un procedimiento sancionador estatutario como adecuado al Orden Público constitucional, difícilmente se dará un caso en el que el tribunal de apelación no haya fundamentado adecuadamente su decisión, resolviendo de forma definitiva la cuestión. Y el hecho de que al árbitro no le satisfaga en ningún caso debiera servirle de resorte para instar el recurso de amparo.

2.3. Responsabilidad extracontractual

Según el tenor literal del artículo 16 LAB y ahora del artículo 21 NLAB, no existiría responsabilidad extracontractual de los árbitros, porque los citados artículos se refieren a una responsabilidad que alude a un contrato previo en referencia a lo que ALMAGRO NOSETE¹⁵² ha venido en llamar una sujeción legal, dado el carácter procesal de la institución; pero el artículo 16 LAB y ahora el artículo 21 NLAB no hacen referencia en absoluto a los posibles terceros que puedan verse perjudicados o dañados por el laudo arbitral. Y, sin embargo, si esto ocurriera, entraría en juego el artículo 1.902 y los artículos correlativos del Código Civil, sin necesidad de que lo diga el artículo 21 NLAB. De hecho, el citado artículo 21.1 NLAB no reduce su ámbito a las partes del proceso arbitral, a las que no menciona, sino que utiliza en el segundo inciso el concepto genérico de perjudicado, que tiene una connotación amplísima respecto de las personas o entidades que pueden quedar afectadas por la conducta o la actividad del árbitro. En efecto, no son las partes, sino que bajo determinadas condiciones terceros ajenos al procedimiento arbitral pueden resultar perjudicados por los actos arbitrales.

Esa responsabilidad extracontractual es muy difícil que se produzca aparentemente en relación con un quehacer de los árbitros, que es un quehacer meramente declarativo, puesto que los árbitros no tienen funciones de ejecución, y las funciones de ejecución le corresponden al juez, aunque no debemos olvidar que los Jueces tienen que cumplir en sus propios términos las decisiones arbitrales, y que no cabe una adaptación o un acomodo del laudo arbitral a lo que entienda el Juez que debe de ser ejecutado, sino que tiene que cumplir fielmente el laudo, y si el laudo perjudica a un tercero por algún error cometido (por ejemplo, en una finca que está mal identificada o cualquier cosa de este tipo que dé lugar a

¹⁵² Cfr. ALMAGRO NOSETE, JOSE: *La Responsabilidad de los Árbitros*. Transcripción de la conferencia celebrada el 11/11/1996 en la Jornada sobre el Régimen Jurídico de los Árbitros

actos de ejecución indebida), esos actos de ejecución indebida podrán imputarse a los árbitros a título de responsabilidad extracontractual o aquiliana.

En conclusión, es claro que la NLAB no ha venido a aclarar este tema con su redacción del artículo 21 como tampoco a impedir la interpretación anteriormente comentada coincidente con la del artículo 16 LAB, puesto que la ya citada redacción del artículo habla exclusivamente de la responsabilidad del árbitro derivada del contrato mixto atípico de mandato.

Es por ello que la Doctrina haya debido tratar de suplir esa carencia y así vemos como MERINO MERCHAN¹⁵³ señala, y nosotros coincidimos, que se estará en presencia de la responsabilidad extracontractual o aquiliana a qué se refiere el artículo 1.902 del Código Civil siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Existencia de una conducta que pueda ser lícita o ilícita. El primer caso ocurre cuando el árbitro no realiza acto antijurídico alguno, pero resulta dañado un tercero y /o ocasionalmente alguna de las partes, que no tienen por qué soportar el perjuicio sufrido sobre sus bienes, derechos o intereses. El segundo caso tiene lugar cuando la acción u omisión del árbitro causante del año daño sea antijurídica, al infringirse manifiestamente lo dispuesto en la Ley, como por ejemplo en el caso de utilización indebida de datos personales de un tercero ajeno al arbitraje o cuando hubiera adoptado medidas cautelares o, en fin, acuerdos, resoluciones arbitrales interlocutorias o definitivas que puedan afectar o dar origen a una tercería de dominio, etc.
2. Producción de un daño que recaee sobre bienes, derechos o intereses del perjudicado y que debe ser efectivo y real y no por tanto simples expectativas. Debe ser evaluable económicamente y cuantificable en relación a un tipo de valor o moneda de curso legal y, por tanto, debe poder concretarse en numerario e individualizado con relación a una persona o grupos de personas, es decir, es precisa la identificación del perjudicado. Hay que reseñar que cabe la posibilidad de incluir dentro del concepto genérico de daños los denominados daños morales, que son aquellos que recaen sobre la propia persona, con tal de que estos puedan ser también cuantificables o estén cuantificados. La indemnización por los daños morales que pueda irrogar el árbitro no es incompatible con la indemnización de perjuicios materiales, pero es lícito que los tribunales atiendan a la de mayor entidad, como se señala en las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1949 y de 7 de mayo de 1981, así como ha recogido reiterada doctrina del Consejo de Estado, entre la que debemos destacar el dictamen de 6 de septiembre de 1989.
3. Concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del árbitro y el daño causado. La conducta del árbitro ha de ser presupuesto habilitante inexcusable de la causación del daño infligido al perjudicado. Este nexo de causalidad, que ha de ser acreditado por quién reclama los daños sufridos,

¹⁵³ Cfr. Vid. MERINO MERCHAN, JOSE FERNANDO: *Estatuto.....Op. Cit.*, Pag 125 y ss

queda muchas veces al arbitrio judicial cuando procede valorar las condiciones en que se ha producido la concatenación de causa a efecto, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1981, pero siempre que la causa eficiente no sea de forma inequívoca originadora del evento dañoso, como señala la sentencia del Supremo de 23 de septiembre de 1988, en cuyo caso el arbitrio judicial debe quedar eliminado, tal y como indican las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio 1980 y de 10 de marzo de 1987. La relación causal puede quedar eliminada o limitada en casos especiales, como son los siguientes:

- a. La responsabilidad objetiva desaparecen en el caso de que concurra fuerza mayor, por provenir ésta de un agente externo no previsto o que resulta inevitable, tal y como señala el artículo 1.105 del Código Civil, que hace quebrar el nexo causa-efecto determinante de la responsabilidad. Si la fuerza mayor solo fuese agravante del resultado de la conducta del árbitro entonces se considera como concausa y este último respondería no del todo, sino de la parte que le corresponda, lo que en la práctica se traduce en aminoramiento del montante indemnizatorio.
- b. La propia culpa del perjudicado es otro factor externo, no natural cómo puede ser la fuerza mayor sino humano, que puede interrumpir la relación causal. En este caso hay que distinguir dos supuestos diferentes: Si concurre exclusivamente la culpa del perjudicado, la responsable del árbitro sencillamente no existe; si concurre culpa del perjudicado y del árbitro y ambos desembocan en el resultado dañoso, la doctrina y la jurisprudencia entienden que la obligación de indemnizar del agente, -en este caso del árbitro-, debe verse disminuida al concurrir la culpa del perjudicado que la reclama, con fundamento en el artículo 1.108 del Código Civil, que faculta a los tribunales para moderar la responsabilidad procedente de la culpa determinados supuestos, tal y como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1982.
- c. Finalmente, el nexo también se interrumpe con la consiguiente irresponsabilidad, en su caso del árbitro, en los supuestos de intervención de tercero dolosa o culposamente, siempre que no venga determinada tal intervención por la del árbitro, tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988

Así pues, en la responsabilidad extracontractual y objetiva es jurisprudencia constante que no basta con alegar la realización de un acto u omisión, intervengan o no culpa, sino que se exige la prueba cumplida de la realidad del perjuicio, a cargo precisamente del perjudicado; así como que el alcance del daño ocasionado sea patrimonial o moral, tal y como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1986; y el nexo causal entre la conducta y el daño. Como señala

MERINO MERCHAN¹⁵⁴ y nosotros compartimos, la citada doctrina jurisprudencial puede aplicarse directamente sin mayores artificios a la responsabilidad arbitral.

Sin embargo, es preciso matizar en su aplicación cómo ha de entenderse el nexo causal. Para ello citamos la Sentencia nº 25/2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 24 de Enero de 2013, posteriormente confirmada en todos sus extremos en casación por el Tribunal Supremo:

*“La forma en la que se debe entender la existencia de nexo causal ha sufrido una importante evolución en la doctrina jurisprudencial de los últimos años, como ya antes hemos mencionado. Esa evolución se extiende a todo el ámbito de la responsabilidad civil, si bien ha tenido manifestaciones muy concretas en el ámbito de las acciones de responsabilidad contra los auditores, en el que plantea particularidades muy notables. **La jurisprudencia ha evolucionado a partir de las tradicionales doctrinas sobre la causalidad hacia la actual concepción del nexo como un juicio de imputación que, si bien parte de la existencia de una causalidad física (de ahí que puede considerarse que la actual concepción se asienta sobre la vieja doctrina de la equivalencia de las condiciones), corrige sus excesos a través de la doctrina de la imputación objetiva.***

La STS de 7 de Junio del 2012 (ROJ: STS 4447/2012) se refiere a los antecedentes jurisprudenciales en la materia, concretamente, las sentencias 798/2008, de 19 de septiembre, 869/2008, de 14 de octubre, 115/2009, de 5 de marzo, 355/2009, de 27 de mayo, 815/2010, de 15 de diciembre, entre otras. Y, resolviendo sobre el caso concreto, afirma que la resolución de la audiencia tuvo en cuenta la regla de causalidad alternativa, según la que se entiende que **cada actividad que baste por sí para causar un daño, lo ha causado en la medida correspondiente a tal probabilidad**

Hacen aplicación de esa misma idea los siguientes pronunciamientos, todos ellos de la Sala Primera (reseñados en STS de 3 de Octubre del 2012 -ROJ: STS 6697/2012 -):”

Por su parte, la Sentencia nº 25/2007 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, de 12 de Enero de 2007, analiza la responsabilidad extracontractual de una institución arbitral permanente en su fundamento tercero:

“1. La controversia por responsabilidad civil extracontractual deducida contra el TAB proviene de la aceptación del arbitraje y de la condena a terceros que no habían suscrito el convenio arbitral.

El art. 16 LABB 1988 dispone que la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa (en la actualidad el art. 21. 1 LABB, en análogos términos, señala que se causaren por mala fe, temeridad o dolo).

¹⁵⁴ *Ibidem.*

No obstante, dicho precepto se refiere a las relaciones strictu sensu entre las partes que intervienen en el arbitraje, lo que **no excluye que si terceros pueden verse perjudicados por el laudo arbitral también alcance una posible responsabilidad pero con naturaleza distinta, pues, como se plantea en la litis ya no existe contrato y se generarán dichos daños, en su caso, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.**

Por otra parte, en los arbitrajes institucionales, dicha responsabilidad también puede alcanzar no solamente al árbitro sino incluso a la Corporación, que nace con la aceptación de los servicios de gestión y administración del arbitraje, puesto que el TAB también queda obligado a cumplir fielmente el encargo, como el nombramiento de árbitros y otros extremos en el momento inicial de aceptación del encargo.

2.- El TAB aceptó el encargo conforme lo dispuesto en el art. 7 ss. de su Reglamento, especificándose en el art. 7.II que el TAB también podía rechazarlo en los siguientes supuestos: ".. (b) si se advirtiera manifiesta inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral; (c) en el supuesto de falta de competencia objetiva del árbitro...". En base a lo expuesto, el TAB lo acepta, sin perjuicio de que el árbitro examine su competencia objetiva conforme al art. 23 LABB 1988, pudiendo éste apreciar o no su incompetencia. Y en el laudo, el árbitro estima falta de legitimación de uno de los actores Tanker si bien condena al Sr. Gabino. Posteriormente, la Sec. 14 AP Barcelona, al hacerse pronunciamiento tanto sobre Tanker como el Sr. Gabino anula el laudo.

3- La responsabilidad extracontractual de los árbitros y/o de la Corporación ha de contener una previa imputación culposa o negligente, es decir, los posibles perjuicios generados deben ser debidos a una actuación ilícita a título de culpa del dañador. No basta acreditar el nexo causal entre el perjuicio denunciado y el presunto ilícito para generar responsabilidad que, en expresión de la STS 26 abril 1999 se califica como de antijuricidad dañina intencional.

Al efecto, ha de señalarse que la responsabilidad por culpa sigue siendo básica en el art. 1902 CC y aun cuando se ha evolucionado por la jurisprudencia en determinados supuestos generadores de riesgo (que no es el caso de autos pues solo opera cuando la actuación en su génesis subjetiva comporta una contingencia, posibilidad y proximidad del daño - STSS. 17 abril y 17 mayo 2002 -), aplicando una inversión de la carga de la prueba o acentuando el rigor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso, lo ha hecho, sin excluir el clásico principio de la culpa y sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcimiento -- SSTS 9 Mar. 1984, 8 abril 1992, 8 octubre 1996, 24 Ene. 2002, entre otras--.

4.-El TAB al aceptar el encargo lo hace sin perjuicio de que el árbitro examine su competencia y en base a una tesis doctrinal discutible pero que no puede ser calificada como de arbitraria o caprichosa; lo que excluye ya no solo la falta de diligencia sino la conducta antijurídica intencional. La extensión a "terceros" del arbitraje no es desconocida ni por la doctrina ni por la jurisprudencia (vid. RDGRN

19 febrero 1998 y SSTS 18 abril 1998 y 6 Feb. 2003, en casos de contiendas sobre estatutos societarios o derechos de subrogación aseguradora). Cuestión distinta es la observancia, en cualquier caso, del principio de defensa y contradicción o la afectación de los derechos fundamentales del art. 24 CE que puede ser revisada por los Tribunales, en el recurso de anulación posterior, como actividad externa.

En el caso examinado, el recurso de anulación es interpuesto no solo por quien fue parte en el arbitraje (Bulk) sino también por Tanker y el Sr. Gabino, bajo una misma representación, alegando no solo la inexistencia de convenio arbitral sino también extender sus pronunciamientos a cuestiones no sometidas a su decisión. Caso de haber instado el recurso de anulación, Tanker y el Sr. Gabino el pronunciamiento debería ser la estimación del recurso y la anulación parcial y quizás un pronunciamiento diferente sobre las costas que, en definitiva, es lo que se reclama en la presente litis.

Sin embargo, haciendo incluso abstracción de dicho extremo lo que resulta definitorio es que **la decisión del TAB ni era arbitraria, ni ilógica, ni caprichosa sino fundamentada en una posición doctrinal discutible pero que no puede estimarse haya de merecer un reproche por culpa o negligencia, menos por dolo, quedando reservado al árbitro de equidad la estimación o no de la extensión a estos "terceros" de su decisión y posterior revisión en el recurso de anulación.**

En la jurisprudencia menor -- SAP Barcelona 14 Nov. 2003 (Sec. 14) -- se declara que **el encargo en qué consiste la función arbitral, definida por la Ley y en cuya ejecución han de observarse pautas y deberes que participan de la materia de orden público, presenta analogías o se aproxima a la función jurisdiccional sin dejar de advertir sustanciales diferencias, si bien procede aplicar la jurisprudencia sobre responsabilidad civil judicial a esta materia; debiéndose ser calificada la conducta (del árbitro o de la Corporación) como de evidente para que sea cohonestable con la voluntad o la ignorancia manifiesta; añadiéndose por la SAP Vizcaya 6 Marzo 2002 que la exigencia de responsabilidad por culpa imputable a los árbitros ha de ser patente, manifiesta y apreciable por cualquiera, de tal modo que la conducta negligente debe ser calificada de grave. El árbitro de equidad no puede extender la condena a quienes no han sido parte en el convenio, pero ello, en el caso de autos, no revela una culpa grave merecedora de condena resarcitoria, contra cuya decisión podía recurrirse en anulación y quedar los perjuicios reparados, como lo fueron, en el ámbito jurisdiccional...**"

2.4 Responsabilidad administrativa

El árbitro maneja hechos y datos personales que pueden afectar a derechos fundamentales, especialmente al honor e intimidad personal y familiar de las partes en el proceso arbitral o de terceros, sobre los que el árbitro tiene un deber específico de protección. En ocasiones también pueden suministrarse al árbitro datos confidenciales de orden profesional o empresarial, de difusión no autorizada o al menos restringida.

Los datos de carácter personal que afectan a la intimidad de las personas, como los confidenciales y restringidos, están dotados de una especial protección a la que queda vinculado el árbitro so pena de incurrir en responsabilidad si no mantuviese el nivel de protección requerida. Tradicionalmente el arbitraje, mucho antes de la Constitución de 1978 y de las normas de protección de datos recogidas en la LORTAD de 1992 y en la vigente Ley Orgánica 15/1999 LOPD, ha estado asociado a la confidencialidad, constituyendo esta una de las propiedades más significativas de la institución. Pero el desarrollo incesante del arbitraje y, en aras precisamente de salvaguardar ese rasgo de confidencialidad, ha hecho necesario que los hechos y datos de carácter personal y profesional que quedan reflejados en los ficheros de los árbitros y de las instituciones arbitrales deban ser especialmente protegidos. De ahí que, como señala MERINO MERCHAN¹⁵⁵ y nosotros compartimos, sea de aplicación la LOPD y el régimen de responsabilidad que de la misma se deriva para los árbitros, desde el momento en que la LOPD les hace directamente responsables de los archivos, ficheros y soportes físicos informáticos en los que se recojan datos de carácter personal y profesional, tal y como señala el artículo 3.d) de la LOPD.

Los interesados a los que se soliciten datos personales deben ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a. De la existencia del fichero de tratamiento de los datos y de la finalidad y destino de la información, tal y como indica el artículo 25.1. a) LOPD.
- b. Del derecho de acceso, rectificación y cancelación de los datos, tal y como indica el artículo 5.1.d) LOPD
- c. De la identidad y dirección del responsable del tratamiento de los datos, según señala el artículo 5.1.e) LOPD.
- d. E igualmente de cualquier uso de esos datos que siempre requerirá el consentimiento de la parte afectada, tal y como señala el artículo 6.1 LOPD

Lo anterior no obsta para que las instituciones arbitrales permanentes puedan crear ficheros que contengan datos de las personas que hayan intervenido cómo interesados en actuaciones arbitrales, incluso la de sus propios árbitros, pero siempre que se respeten las garantías expuestas. Especialmente será necesario a este fin que se notifique al Agencia de Protección de Datos la existencia de los ficheros, para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos, como órgano integrado en la misma, tal y como establecen los artículos 25 y 26. 4 LOPD.

Todo esto hace recaer sobre las instituciones arbitrales un deber de seguridad estricto sobre los datos que manejen o de los que sean destinatarios, para lo que deberán adoptarse las medidas de índole técnica y organizativa que garanticen esa seguridad, en evitación de alteraciones, pérdidas y tratamiento o acceso no autorizado. La ausencia o la pérdida de esas garantías pudiera dar lugar a la

¹⁵⁵ Cfr. Vid. MERINO MERCHAN, JOSE FERNANDO: *Estatuto.....Op. Cit.,* Pag 125 y ss

responsabilidad de las instituciones arbitrales, que están obligadas a guardar y mantener el secreto profesional, obligación que subsiste aún después de finalizar sus relaciones con las partes afectadas. Este deber es independiente de la prescripción contenida en el artículo 38.3 de la NBA, según el cual transcurrido el plazo que las partes enseñar a este fin, o en su defecto el de dos meses desde la terminación de las actuaciones, cesa la obligación de los árbitros de conservar la documentación del procedimiento. Es decir, la norma arbitral solo establece un plazo mínimo para la guarda y custodia de documentos, que es independiente del contenido material que esos documentos pudieran tener y que en definitiva constituye el núcleo de su obligación de no revelar los datos y hechos conocidos en las actuaciones procesales y de la obligación de mantener el nivel de seguridad de esos datos conforme a los preceptos antes señalados de la LOPD.

En definitiva, tal y como concluye MERINO MERCHAN¹⁵⁶ y nosotros compartimos, se pueden establecer las siguientes premisas:

1. Los árbitros *ad hoc* y los árbitros de los arbitrajes administrador están obligados a guardar la confidencialidad de la información que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.
2. Tienen también el deber público y la obligación personal de que todos los datos de carácter personal que figuren en el expediente arbitral sean notificado a la Agencia de Protección de Datos.
3. Asimismo, han de guardar secretos sobre los datos de carácter personal que figuran en los expedientes y ficheros en los que haya intervenido los árbitros y las instituciones permanentes de arbitraje.
4. Estas últimas deben establecer un nivel mínimo de seguridad sobre los ficheros y datos de carácter personal y profesional que haya recopilado en el ejercicio de sus funciones arbitrales.
5. Las instituciones arbitrales permanentes han de asegurar que los datos que conozcan como consecuencia de las actuaciones arbitrales no sean cedidos o utilizados por terceros sin el conocimiento del afectado
6. Las instituciones arbitrales permanentes que creen o utilicen datos de carácter personal deben instar a la Agencia de Protección de Datos para que está los inscriba en el Registro General de Protección de Datos.

La responsabilidad derivada de los puntos anteriores se articula través del Título VII de la LOPD, según el tipo de infracción sea leve -artículo 44.2.e)-, grave - artículo 44.3.a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k)- o muy grave -artículo 44.4-, con las sanciones previstas en el artículo 45 y a los que hacemos remisión para evitar repeticiones. Es importante reseñar que la LOPD y su proyección en sede arbitral, no impide ni limita el derecho de los titulares de los datos a exigir, además de los mínimos establecidos en la LOPD, otras formas de administrar y custodiar sus datos.

¹⁵⁶ *Ibídem.*

En conclusión, resulta claro que los árbitros y especialmente las instituciones arbitrales permanentes pueden incurrir en responsabilidades administrativas amparadas por la LOPD, siendo el órgano administrativo sancionador la Agencia Estatal de Protección de Datos, siendo recurribles las resoluciones de su Director antes la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Las citadas responsabilidades son absolutamente autónomas, por lo que pueden concurrir con posibles responsabilidades penales, civiles, negociales y extracontractuales de los árbitros y de las instituciones arbitrales.

2.5 Responsabilidad negocial

MERINO MERCHAN¹⁵⁷ defiende, y nosotros lo compartimos, que la responsabilidad legal del árbitro prevista en el artículo 21.1 NLAB no impide que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, puedan establecer un sistema de responsabilidad arbitral más abierto que el previsto en la citada ley, entendiéndose por abierto un sistema de responsabilidad más accesible, fácilmente manejable por las partes a la hora de ejercitar la acción de responsabilidad arbitral. Un sistema, en definitiva, que no implique probar el juicio de intenciones o de voluntad del árbitro sino que quede reducido a la constatación de la concurrencia de la simple culpa, esto es, a la falta de la diligencia debida que establece el artículo 1.104 del Código Civil, y que le es exigida al árbitro por la simple aceptación del encargo asumido ante las partes.

Esta responsabilidad negocial del árbitro es una manifestación de la potestad que tienen las partes para dictarse la norma convencional por la que van a regir las relaciones entre ellas y el árbitro en su contienda. Es, por tanto, un poder de gobierno expresado inter-partes que sirve para fiscalizar no tanto la conducta final del árbitro en sí sino los resultados dañosos que pudieran derivarse para las partes por el no cumplimiento del árbitro de manera fiel del encargo que tuviera asumido y ello, siempre y cuando que de aquella desviación se produzcan perjuicios evaluables económicamente, relevándose a los interesados de asumir la carga de la prueba sobre juicios de intenciones, como ocurre con la mala fe, temeridad o dolo.

Mediante esta responsabilidad arbitral pactada, los interesados definen la esfera jurídica en la que se ubica el ámbito de responsabilidad arbitral, siendo un poder de ordenación sobre el arbitraje muy apropiado con el fundamento de la institución, que se apoya en la libertad constitucional de los ciudadanos recogida en los artículos 9.2 y 17 CE. La configuración de la responsabilidad arbitral mediante la función reglamentadora de la autonomía de la voluntad encuentra respaldo firme tanto en la NLAB (artículos 1, 2, 9 y 25) como en el régimen general de obligaciones y contratos, en el Libro Cuarto del Código Civil, que autoriza a las partes a establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrario a las leyes, a la moral y al orden público, según indica el artículo 1.255 del Código Civil, otorgando eficacia

¹⁵⁷ *Ibídem.*

preceptiva con fuerza de ley a los pactos que se concierten entre ellas, según establece el artículo 1.091 del Código Civil.

MERINO MERCHAN¹⁵⁸ destaca que en la NLAB no existen normas prohibitiva respecto al establecimiento por convenio arbitral de la responsabilidad del árbitro e incluso da un paso más y llega a decir que aunque se estableciera la limitación en el artículo 21.1 a la utilización de la vía convencional para fijar la responsabilidad del árbitro, es claro que de acuerdo a la mejor Doctrina ese precepto habría de interpretarse restrictivamente en la medida en que sería una excepción al principio de autonomía de la voluntad de las partes, que con mayor motivo es algo que debiera predicarse de una institución como el arbitraje, en la que los interesados por convención recíproca asumen la renuncia a la tutela judicial efectiva que les puede otorgar el juez predeterminado por la ley, sustituyéndola en uso de su libertad constitucional, que es la dimensión pública de la autonomía de la voluntad, por el arbitraje, en cuanto que este significa un equivalente jurisdiccional.

Por lo tanto, es lógico que en garantía de los intereses en juego, por un lado, y del cumplimiento fiel de la actividad “cuasijurisdiccional” que despliega el árbitro, las partes pueden determinar de mutuo acuerdo un tipo de responsabilidad próxima o cercana a la que tiene atribuidas por Ley el juez de Estado. Por lo tanto, coincidimos con MERINO MERCHAN¹⁵⁹ en que la estipulación de la garantía que constituye el establecimiento de una responsabilidad negocial del árbitro es una determinación del *pacta sunt servanda* que *a fortiori*, para su aplicación es imprescindible que conste mediante pacto o convenio suscrito entre las partes, lo que no significa en modo alguno que se vuelva a la concepción privatista del arbitraje, ni que la relación árbitro-partes sea un contrato al margen de la institución arbitral o que se de vida negocial a éste. Todo lo contrario, justamente porque el arbitraje es un todo unitario que nace de un convenio por el que se opta, en vez de acudir a la vía jurisdiccional, por un dirimente investido con un poder concreto para resolver controversia mediante laudo, al que el ordenamiento objetivamente le atribuye fuerza de cosa juzgada como si fuera una sentencia judicial firme, les cabe a las partes introducir los elementos correctores que crean convenientes respecto del comportamiento del árbitro.

Entre estos elementos correctores se encuentra la facultad de establecer y ordenar el régimen de la responsabilidad del árbitro, que no excluye ni limita la responsabilidad legal configurada en el artículo 21.1 NLAB sino que la amplía a otros supuestos, cómo pueda ser la responsabilidad derivada de la culpa, negligencia o la simple impericia. En cuanto al tipo de culpa exigible, el pacto de responsabilidad podría determinar si se trata de la culpa lata, es decir, omisión de las precauciones más elementales, o leve, ya sea en abstracto, es decir, la que debiera emplear un buen padre de familia, o en concreto, que sería la diligencia que las personas han de tener sobre sus propios negocios.

Se podría concertar entre los interesados una responsabilidad negocial del árbitro para el tipo de culpa leve, por ser ésta a la que se refiere el artículo 1.104, párrafo

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

segundo, del Código Civil. No obstante, es importante entender que la culpa leve del artículo 1.104 del Código Civil como causa de responsabilidad tiene un indudable aspecto subjetivo que ha hecho que sean los tribunales de justicia los que han de resolver sobre la diligencia procedente y el alcance de la responsabilidad.

La teoría del árbitro judicial se sustenta por el artículo 1.103 del Código Civil, que señala que “*la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los tribunales según los casos*”. No obstante, la carga de la prueba a través del artículo 1.104 del Código Civil y es muy ventajosa para las partes del arbitraje, porque les bastará con acreditar la existencia del pacto de responsabilidad arbitral y de los daños causados por el árbitro. Es esta la doctrina asentada en el precepto contenido en el artículo 1.170 del Código Civil, del que la jurisprudencia ha hecho uso extensivo a todo tipo de obligaciones, como vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero del 1988.

La responsabilidad arbitral por culpa puede ser modulada por las partes en el convenio arbitral o en otro momento del arbitraje antes de la aceptación del árbitro, mediante las cláusulas procedentes, que pueden lógicamente variar en su contenido. A continuación enumeramos algunas opciones:

1. Imponer al árbitro la responsabilidad por culpa, incluso por culpa lata o levísima.
2. Graduar la responsabilidad del árbitro según la gravedad del supuesto del supuesto de responsabilidad en que incurra.
3. Exigir un seguro de responsabilidad al árbitro o tribunal arbitral por los posibles daños que causen a las partes o terceros. Esta es una obligación recogida en el segundo párrafo del artículo 21.1 NLAB pero que desgraciadamente no ha tenido desarrollo reglamentario, por lo que esa negligencia del Legislador puede ser suplida por las partes.
4. Establecer una suma indemnizatoria predeterminada por las partes que cubra a estas de los incumplimientos de los deberes y obligaciones del árbitro, es decir, lo que se denomina una cláusula penal.

Para que el pacto de responsabilidad del árbitro tenga valor defendemos que es imprescindible su consentimiento y no sólo su conocimiento, tal y como señala MERINO MERCHAN¹⁶⁰, siendo irrelevante que el citado pacto está recogido en el convenio arbitral o en otro documento diferente. Es decir, la responsabilidad comercial del árbitro puede ser incorporada como *lex privata* en el convenio arbitral, puede ser incluida en los reglamentos de las instituciones arbitrales permanentes o incluso incorporado en un documento *ad hoc* al tiempo del nombramiento y aceptación del encargo arbitral. En cualquier caso, todos los detalles del pacto de responsabilidad debieran haber quedado cerrados y claramente delimitados en todos sus términos y elementos antes de la aceptación por parte del árbitro, ya

¹⁶⁰ *Ibídem*.

que éste, antes de aceptar el encargo, debe conocer el pacto para valorar si acepta el nombramiento. Lógicamente, si no estuviera de acuerdo con las condiciones establecidas en el pacto de responsabilidad, siempre puede negarse a ser árbitro, pero si acepta el nombramiento de las partes no podrá escapar posteriormente al ámbito y acción de responsabilidad que se haya establecido previamente, por constituir una condición inherente al propio nombramiento.

En aras de una interpretación analógica, es interesante citar la Sentencia 307/2014, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 30 de septiembre de 2014, ya que en la misma se analiza la responsabilidad derivada de un contrato de prestación de servicios profesionales, estableciendo claramente que el profesional –y el árbitro también lo es, aunque tenga características cuasijurisdiccionales adicionales- tiene la obligación inexcusable de prestar sus servicios con una diligencia superior a la exigida a un buen padre de familia:

“3. La existencia y calificación de la responsabilidad

*Como recuerda la STS, Sala Primera, 251/2014, de 30 de mayo [RC 1439/2012 ; ROJ: STS 2647/2014], con cita de las SSTS, de 31 de octubre de 2007 (RC 3219/2000) y 1135/2008, de 22 de diciembre, «... según jurisprudencia de esta Sala, **«la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo -el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 CC - y otro subjetivo -la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe...».***

*La doctrina jurisprudencial relativa al comportamiento negligente en el seno de un contrato de arrendamiento de servicios, categoría en la que se incardina la prestación contratada entre las entidades «Carisa» y «Vahn» de «gestión tributaria» o de «gestión fiscal», que junto con otras actividades la codemandada «Vahn» desarrollaba para la demandante, tiene declarado que constituye una obligación de medios y no compromete un resultado determinado; de este modo, **sólo puede incurrir en responsabilidad cuando su comportamiento se aparte de la denominada «lex artis ad hoc», recayendo sobre el demandante, con carga de su exclusiva incumbencia, la demostración de haberse dejado de observar por el profesional la referida «lex artis».** Esta especie contractual se disciplina en el art. 1.544 CC, en virtud del cual el gestor se obliga a cambio de una remuneración a prestar unos servicios, desplegando su actividad profesional con la debida diligencia y acorde con las leyes y a su «lex artis», debiendo subrayarse que la existencia y apreciación de responsabilidad civil contractual por culpa (art. 1101 CC) precisa la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) una precedente relación contractual; b) una acción u omisión culposa del demandado en el cumplimiento de su obligación contractual; c) la producción de un daño en la esfera jurídico-patrimonial del demandante; y, d) la ininterrumpida*

relación de causalidad entre la acción y omisión culposa del demandado y el daño infligido al demandante (SSTS de 4 de marzo de 1995 y de 10 de octubre de 1990).

VIGÉSIMO TERCERO.- Como regla, los intereses protegidos por la responsabilidad contractual se refieren a los deberes de prestación asumidos en el contrato, ora de manera expresa o en virtud de las fuentes de integración de aquél; las que derivan del art. 1258 CC, dentro de los límites generales señalados en el art. 1255 CC, atendido que el contrato no puede establecer una reglamentación general de los intereses de las partes sino, únicamente, de una parte de los mismos que quedan incluidos dentro de la realidad contractual. **Quando se trata de culpa de profesionales, el contrato de arrendamiento de servicios que vincula a éstos con sus clientes exige a los mismos el cumplimiento diligente de la prestación comprometida, como derivación natural de las normas generales sobre obligaciones (arts. 1101 y 1104 CC), pero este deber de diligencia reviste un singular grado de intensidad en virtud de las normas rectoras de la actividad de que se trate. El profesional ha de cumplir la prestación convenida con diligencia, así como con observancia de la «lex artis ad hoc» o exigencias técnicas propias de la actividad desarrollada, lo que supera el tipo medio de diligencia definida por la del buen padre de familia. De modo que si la prestación no se cumple de modo correcto se produce la infracción del contenido negocial como consecuencia del incumplimiento radical o el cumplimiento irregular o anómalo de la obligación que corresponde al profesional, determinante de su responsabilidad.**

Con independencia de que los servicios propios de los profesionales constituya una obligación de medios y no de resultado (v. gr., STS de 7 de febrero de 2000), cuando no se ponen todos los medios, no se desenvuelve la prestación con competencia, o aquéllos no se acomodan a la «lex artis» se habrá producido incumplimiento del contrato.

A su vez, se debe subrayar que **se ha de considerar superada en el presente la incertidumbre doctrinal acerca de que una persona jurídica pueda responder por hechos negligentes**, otrora fundada en la consideración de que en un sistema de responsabilidad civil como el codificado en nuestro ordenamiento, que originariamente respondía a principios subjetivistas de sancionar culpas, resultaba escasamente concebible la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos propios, de forma que únicamente parecía correcto que les pudiera exigir responsabilidad por hecho ajeno. No obstante, ese entendimiento únicamente era de aplicación en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y fue superado por nuestra doctrina y jurisprudencia desde hace decenios. **Hoy se admite sin discusión que las personas jurídicas responden por los hechos dañosos realizados por las personas físicas que actúan como sus órganos, sus administradores o empleados y se ha avanzado mucho en la idea de llegar a admitir la responsabilidad extracontractual incluso por los hechos de dependientes y auxiliares, sin necesidad de acudir al mecanismo de la responsabilidad por hecho ajeno.** Nuestra jurisprudencia civil ha ido dando

entrada, de forma paulatina y aún algo tímida, a la responsabilidad por riesgo de empresa. Pero de lo que **no cabe duda alguna es que en el ámbito de la responsabilidad contractual la sociedad responde directamente por los hechos realizados tanto por sus órganos sociales como por sus dependientes o auxiliares.** La intervención de éstos en el cumplimiento de las obligaciones sociales se limita a ser meros instrumentos del único obligado, el deudor, la propia sociedad.

VIGÉSIMO CUARTO. A su vez, aparece incontrovertible que **la relación del cliente con el profesional contratado se encuentra fundada en la confianza,** precisamente por el desconocimiento que tiene la persona que decide recabar esos servicios y acudir al profesional que ofrece prestar su asistencia **técnica por lo que, el deber de prestación del servicio apareja asimismo el deber de fidelidad propia de la relación contractual (art. 1258 CC) y exige la ejecución óptima del servicio contratado, al suponerse en quien ofrece un determinado servicio la adecuada preparación y competencia profesional y que cumplirá de modo correcto con la función asumida.** La diligencia en la prestación de los servicios por el profesional ha de ser, necesariamente, mayor que la genérica a que refiere el Código Civil sentada en el buen padre de familia, por los cánones profesionales recogidos en las normas de deontología profesional. En consecuencia, la falta de cumplimiento o el cumplimiento irregular, incompleto, anómalo o incorrecto del servicio contratado hace surgir la responsabilidad del gestor fiscal o tributario en cuanto haya actuado sin la diligencia exigible o, con omisión de la misma, inflige unos perjuicios que ha de resarcir de acuerdo con lo prescrito por el art. 1101 CC .

En esta línea, la SAP de Barcelona, Secc. 19.ª, 141/2010, de 24 marzo, aun cuando en relación con un «asesor fiscal» que: «... La relación existente entre el cliente y el asesor fiscal es un arrendamiento de servicios o "locatio operarum", definido en el artículo 1.544 del CC, en virtud del cual el asesor fiscal se obliga a cambio de una remuneración a prestar unos servicios, desplegando su actividad profesional con la debida diligencia y acorde con las leyes fiscales y su "lex artis". Para que pueda apreciarse la responsabilidad civil contractual por culpa (art. 1.101CC) es preciso que concurra la previa existencia de una relación contractual, una acción u omisión culposa del demandado en el cumplimiento de su obligación contractual, un daño, y la relación de causalidad entre la acción y omisión culposa del demandado y el daño en el demandante (STS de 4 de marzo de 1995, 10 de octubre de 1990. Resulta evidente que la relación entre asesor fiscal y cliente está basada en la confianza, precisamente por el desconocimiento que tiene la persona que acude a dicho profesional buscando un asesoramiento y asistencia técnica para resolver asuntos fiscales siempre delicados por afectar al patrimonio personal del cliente. **El deber de prestación del servicio conlleva igualmente el deber de fidelidad propia de la relación contractual (artículo 1258 del Código Civil) y exige la ejecución óptima del servicio contratado, al suponerse la adecuada preparación profesional y el cumplimiento correcto.** La diligencia en la prestación del servicio al profesional es mayor que la genérica a que refiere el Código Civil sentada en el buen padre de familia, por los cánones profesionales

recogidos en las normas de deontología profesional. Por consiguiente, si no se ejecuta o se hace incorrectamente el servicio contratado, surge la responsabilidad del asesor fiscal en cuanto haya actuado sin la diligencia exigible u omitida ésta, genera unos perjuicios con su consiguiente obligación resarcitoria, por aplicación del artículo 1101 del Código Civil ».

...../.....

VIGÉSIMO QUINTO.- Como ha quedado acreditado por la recta interpretación del contrato en combinación con la restante documental y los interrogatorios de parte y testificales practicados, «Vahn» asumió la preparación y presentación de las declaraciones fiscales y modelos tributarios necesarios para la marcha ordinaria o funcionamiento ordinario de la entidad «Carisa», entre los que se encontraban tanto las relacionadas con el IVA cuanto el Impuesto de Sociedades, aun cuando ni uno ni otro impuesto fueran explícitamente mencionados en el Anexo al contrato, y como consecuencia ineludible de la asunción de la prestación atinente al Impuesto de Sociedades, asimismo debía cumplimentar y presentar los modelos correspondientes a los pagos fraccionados. **La responsabilidad de «Vahn» deriva en el presente caso de que esta entidad se colocó culpablemente en situación de no poder cumplir adecuadamente con la prestación comprometida, no reflexionó ni se representó razonablemente las consecuencias perjudiciales que podían derivar de su comportamiento o confió con exceso de ligereza en que no se producirían, que revela una actitud, cuando menos, despreocupada, frente a las exigencias de especial cuidado que impone a los profesionales el Ordenamiento jurídico. Con olvido de sus elementales deberes, «Vahn» no adoptó las precauciones exigidas por las circunstancias y por lo mismo no pudo prever ni se representó el daño ni la cadena causal conducente a su producción. «Vahn» se condujo de modo abiertamente descuidado, apartándose incluso del modelo de comportamiento legalmente previsto, es decir, el que hasta las personas escasamente prudentes suelen emplear en el manejo de los propios asuntos (« Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt » Digesto, 50, 16, 213). “**

Parte de la doctrina defiende que el reverso de la capacidad de las partes para determinar la responsabilidad de los árbitros es la posibilidad de incluir cláusulas que exoneren de la citada responsabilidad a los árbitros, e incluso esa exoneración alcanzaría a la institución arbitral que hubiera administrado el arbitraje. Sin embargo, en nuestra opinión la autonomía de la voluntad de las partes en este ámbito de la responsabilidad de los árbitros se encuentra con una barrera infranqueable, como es la responsabilidad establecida por NLAB, a través el artículo 21.1. Por lo tanto, cualquier pacto de responsabilidad, ya fuera *ad hoc* o incluido en los estatutos de una institución arbitral permanente, que libere de responsabilidad a los árbitros cuando los mismos hubieran incurrido en su actuación en temeridad, mala fe o dolo sería nula de pleno derecho y lógicamente su nulidad debiera ser reclamada ante la justicia ordinaria. De este modo, defendemos que en el derecho arbitral español no cabe la inmunidad absoluta de los árbitros, que desincentivaría el buen comportamiento arbitral y la solidez de la

institución, instaurando un desequilibrio indeseado entre partes, de un lado, y los árbitros y las Instituciones arbitrales, del otro.

Los defensores de la inmunidad arbitral argumentan que no se trata de proteger excesivamente a los árbitros, sino de proteger la jurisdicción. Como dice la House of Lords inglesa, en referencia a la inmunidad absoluta de los árbitros, "*no obedece a un deseo del derecho de tratarlos con ternura sino al reconocimiento de la conveniencia que el orden público demanda que tengan dicha inmunidad... que es vital para la eficiente y rápida administración de justicia...*".

Sin embargo, resulta conceptualmente imposible defender la inmunidad absoluta en muchos ejemplos de faltas o ilícitos, asumiendo que en cada caso la parte afectada es capaz de demostrar un perjuicio directo y personal: i) que un árbitro incumpla su deber de revelar su vínculo con una de las partes; ii) que un árbitro no asista a las audiencias programadas, haya constancia de que no participó en las deliberaciones o fue negligente en el conocimiento del caso; iii) que sea manifiestamente parcial; iv) que incumpla la obligación de guardar la confidencialidad de las informaciones. En cuanto a la Institución Arbitral: i) que omita suplir a una parte documentos de la causa; ii) que certifique como idóneo un laudo que no reúna las formalidades, etc.

Por otra parte, es sabido que en los regímenes civilistas las cláusulas exoneratorias de responsabilidad contractual no son aplicables cuando se trata de liberar el incumplimiento de una obligación esencial del que contrata; ni en caso de dolo o negligencia grave¹⁶¹. Por lo tanto, como señalábamos, en nuestra opinión la exoneración total de responsabilidad de los árbitros no es admisible en los casos de dolo, mala fe, y temeridad¹⁶². Eso significa que no son válidas las cláusulas exoneratorias, que siempre podrán ser anuladas judicialmente¹⁶³, considerando

¹⁶¹ PERDOMO RAMIREZ señala que concurre una responsabilidad delictual, derivada del incumplimiento de deberes impuestos por la ley, que no pueden ser suprimidos por ser de orden público, además de que, cuando se verifica un dolo, la responsabilidad que se verifica es delictual y de que tampoco puede desecharse la hipótesis de que una decisión arbitral ocasione daños a terceros.

¹⁶² Esta premisa no es ajena al sistema anglosajón, pues el Reglamento de la LCIA establece una exclusión de responsabilidad para los árbitros y para el centro, exceptuando la falta intencional (conscious and deliberate wrongdoing).

¹⁶³ Desde hace años, la jurisprudencia francesa vienen limitando el alcance de las cláusulas exoneratorias de responsabilidad. En Francia, en el caso Bompard, el Tribunal de Grande Instance de París dejó sentado que la responsabilidad civil de los árbitros no queda comprometida, salvo que sea probado, en su contra, un dolo, un fraude o negligencia grave. En el caso Duval, la Corte de Apelación de París dijo que el lazo contractual que une al árbitro con las partes justifica que su responsabilidad sea apreciada según el artículo 1142 del Código Civil y que no pueda sustraerse a los principios del derecho común que requieren la prueba de negligencia grave, extendiéndose su ámbito a todas las obligaciones del árbitro.

que la voluntad de las partes no debe romper el equilibrio de las contraprestaciones ni el principio inmanente de la buena fe¹⁶⁴.

La citada Sentencia 307/2014, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 30 de septiembre de 2014, en su fundamento vigesimosexto, dice que “*b) En relación con la cláusula de limitación de la responsabilidad, asiste la razón a la recurrente acerca de la inaplicabilidad al caso de la limitación de responsabilidad prevista en el contrato. **Repugna al Derecho admitir una anticipada actuación inexcusable como la constitutiva de culpa grave al excluir una voluntad seria de quedar obligado por el pacto, es decir descarta la propia existencia de la obligación misma que el cumplimiento quede confiado al arbitrio de uno de los contratantes, constituyendo una condición meramente potestativa dependiente de la voluntad del deudor. En la culpa grave apreciada en el comportamiento de «Vahn» ha de ceder esta clase de estipulación mediante las que se desplazan las reglas generales de la responsabilidad. Las partes no podían válida y lícitamente pactar en el contrato la limitación de responsabilidad por un daño irrogado con culpa grave, como en la que inesquivablemente incurrió la codemandada «Vahn».***”

En consecuencia, se aplica el principio general de que la acción de responsabilidad civil es posible siempre que se verifiquen sus elementos, es decir, la acción u omisión del árbitro, el perjuicio para la víctima y el vínculo de causalidad entre ambas. Sin embargo, la ejecución de los diferentes conjuntos de obligaciones recibe diferentes tratamientos, más categóricos en cuanto a los deberes formales y más sutiles en cuanto a la labor jurisdiccional, por el deseo legítimo de protegerla como bien superior, resguardándola de presiones indebidas y el temor a que la decisión arbitral sea desnaturalizada a través de un nuevo proceso.

Es evidente que los postulados exonerativos de responsabilidad no ofrecen una solución idónea y que tampoco se trata de proteger el mismo bien jurídico cuando deslindamos lo que es jurisdiccional de los deberes formales, y las obligaciones de actuar del resultado. En cuanto a las Instituciones Arbitrales permanentes, opera una responsabilidad básicamente contractual, por lo que la institución no puede liberarse a sí misma de aquellas obligaciones consustanciales al servicio que prestan a sus usuarios.

Sobre la base de dichas premisas, como decíamos, defendemos que las cláusulas exoneratorias sean en realidad atenuantes de la responsabilidad, siempre con el límite intocable de no poder moderar la responsabilidad derivada de temeridad, dolo, y mala fe, por ser de orden público. Y lógicamente entendemos que las Instituciones arbitrales permanente son responsables de sus actuaciones en el

¹⁶⁴ Mientras que las partes estarían obligadas a cumplir al pie de la letra las disposiciones legales y reglamentarias, a riesgo, si no lo hacen, de incurrir en pérdida de sus derechos; los árbitros, a pesar de estar sometidos a la misma normativa, quedarían cubiertos por el manto de la impunidad, al igual que el centro de arbitraje y sus principales directivos en cuanto a las obligaciones que les incumben.

orden contractual, sin que sus labores administrativas merezcan un tratamiento privilegiado.

No podemos terminar este análisis de la responsabilidad de los árbitros sin hacer la reflexión de que entre ambos extremos se debe encontrar la configuración óptima de la institución arbitral en lo que se refiere a la responsabilidad de los árbitros, puesto que tan nocivo es defender la inmunidad de los mismos como tratar, a través de pactos contractuales, de fijar un escenario de responsabilidad mucho más exigente que el que contempla el artículo 21 NLAB, responsabilizando al árbitro, tal y como sugiere MERINO MERCHAN¹⁶⁵, de actuaciones que vengan tachadas incluso por culpa leve.

No debemos olvidar que en la elección del árbitro debe primar la confianza que en el mismo tengan las partes en lo que se refiere a su capacidad profesional, a su independencia y a su probidad, por lo que el foco debe ponerse en realizar los nombramientos correctos de los árbitros y no en tratar de prevenir las consecuencias negativas de la elección de personas inadecuadas para desarrollar la labor de árbitro. Esta necesidad de realizar los nombramientos correctos es importante lógicamente en el arbitraje *ad hoc*, siendo responsables las partes en mayor medida de dedicar el esfuerzo y medios adecuados para ello; y también lo es en los arbitrajes administrados, en el que la responsabilidad de las partes se centra en la elección de una institución arbitral permanente de acreditada reputación, siendo ésta la que debe asumir la obligación y compromiso de elegir únicamente como árbitros que presten sus servicios dentro del marco de la citada institución arbitral a aquellas personas que reúnan todos los rasgos imprescindibles para ser un árbitro de garantía. Y uno de esos rasgos, como ha enseñado la experiencia de muchos años de actividad arbitral, es la condición de jurista del árbitro, con independencia de que se trate de un arbitraje de equidad.

Sin embargo, tampoco podemos dejar de llamar la atención sobre la problemática que se plantea en aquellos arbitrajes cuya *quantum litis* es reducida y por ende lo son los honorarios arbitrales, puesto que en esos casos resulta muy complicado conseguir que árbitros con acreditada reputación acepten el nombramiento, por lo que la premisa de garantizar la fluidez y calidad del procedimiento arbitral contando siempre con los mejores árbitros, lo que permite no tener que exacerbar la responsabilidad arbitral, se complica sobremanera.

2.6. Responsabilidad civil

Antes de abordar el estudio de esta materia a tenor de lo dispuesto en la NLAB, resulta interesante que ya en el Derecho Romano se contemplaba el “Delito de Daño”, pues como nos recuerda GARCIA GARRIDO¹⁶⁶, “el delito de daño injustamente causado (*damnum iniuria datum*) procede de la *Lex Aquilia de damno*, plebiscito propuesto por el Tribuno Aquilio, probablemente del año 286 a. C. Este delito es importante por las numerosas decisiones jurisprudenciales que

¹⁶⁵ Cfr. Vid. MERINO MERCHAN, JOSE FERNANDO: *Estatuto.....Op. Cit.*, Pag 125 y ss

¹⁶⁶ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS. *El Derecho Privado Romano*. Libro 1. Instituciones. Editorial Dykinson 1979

elaborarán la noción de culpa o negligencia en relación con él y la gran influencia que han tenido en la moderna doctrina de la responsabilidad extracontractual o aquiliana.”

La ley Aquilia dedica su tercer capítulo a toda clase de daño causado injustamente en cualquier otra clase de animal o en todas las cosas inanimadas, y en la misma *Daño* se entiende en el sentido más amplio de destrucción, comprendiendo no solo cuando se quiebra, se quema o se rompe algo sino también cuando se rasga, se roza, se derrama, o de cualquier otro modo se estropea, pierde y deteriora. La condena del causante del daño es por el valor máximo que alcanzó el objeto dañado¹⁶⁷.

Como señala GARCIA GARRIDO¹⁶⁸, “de la numerosa y variada casuística examinada por los jurisconsultos pueden deducirse los tres elementos que configuran el delito de daño: La injusticia –*iniuria*-, la culpa y el daño (*damnum*):

- *Iniuria*: El daño debe ser injusto, es decir, contrario al derecho. Por ello, no comete este delito el que causa el daño, ejercitando derecho propio en legítima defensa o en estado de necesidad.

- *Culpa*: Es la conducta o actuación negligente del que causa el daño. En principio, se requería comportamiento positivo y no se respondía por la simple omisión, a no ser que estuviese relacionada con una actividad iniciada con anterioridad. Sin embargo, se respondía también por la *culpa levissima* (Ulpiano, 42 Sab. D.9.2.44), entendiéndose como la omisión de las precauciones debidas. Se considera que el que pudo prohibir quede obligado si no lo hizo (Paulo, 12 Sab D.9.2.45). La culpa se aplica también en los contratos y por ello se distingue entre la culpa contractual y extracontractual o aquiliana. A la culpa se contraponen el dolo o intención maliciosa de causar el daño.

- *Damnum*: Es la pérdida o disminución patrimonial que se sufre por culpa de otro. Debe existir una relación de causalidad entre el daño causado y la acción.....La jurisprudencia amplía este concepto material, admitiendo que existe daño en otros casos en que se había dado ocasión para que éste se produzca.

En el derecho justiniano, se puede ejercitar la acción *in factum* general por cualquier daño, con el que se pretenda obtener una indemnización no contractual.”

2.6.1. Derivada del delito

Como señalábamos en el anterior apartado 2.1 de esta obra, en consonancia con las figuras delictivas apuntadas u otras que cometan los árbitros, ha de indicarse

¹⁶⁷ Con la *actio legis Aquiliae* se consigue una *manus iniecto*, para obligar al demandado al pago de la pena. En la acción formularia que la sustituye se concede el valor máximo de la cosa dañada (in simplum) contra el que confiesa el hecho y contra el que lo niega, por efecto de la litiscrescencia, el doble (in duplum). Según Gayo era una acción mixta pero seguía las reglas de la acción penal, ya que lleva a la condena del valor máximo. Contiene en la pena la indemnización por el daño. Si se discutía la cuantía de éste, un árbitro fijaba la estimación. Se incluía en ésta no solo el valor objetivo de la cosa dañada sino también el llamado lucro o ganancia que se ha perdido.

¹⁶⁸ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS. *El Derecho Privado Romano*.....Op cit

que esta materia se rige especialmente por el Código Penal. Tanto los autores como los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables, con un amplio abanico en cuanto a la responsabilidad, que comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de daños y perjuicios.

Más dudosa es la aplicación en supuestos de arbitraje institucional de la norma relativa a los responsables civiles, en defecto de los que lo sean criminalmente, como establece el número 4 del artículo 120. Se trata de la responsabilidad por dependencia, por representación o por gestión en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Esta responsabilidad civil subsidiaria, que deriva de delito y que afectaría a la institución o corporación, en palabras de ALMAGRO NOSETE, es más dudosa y habría que ver, caso por caso, y teniendo muy presente cuál es la actividad de la institución arbitral para, ocurrido algún delito de esta naturaleza, saber hasta dónde llegaría esa vinculación, en cuanto a la responsabilidad civil y subsidiaria. En nuestra opinión, la misma no tiene cabida en el ámbito del arbitraje administrado.

2.6.2. Derivada del ordenamiento jurídico-civil

El fundamento de esta responsabilidad civil, en su origen, no es otro que el contractual, pues se vincula al cumplimiento del encargo o encomienda, que muestra el contenido esencial del arbitraje, siendo esa la constante tanto en la LAB como en la NLAB.

Como antes señalábamos, el paralelo de esta responsabilidad *mutatis mutandis*, y no obstante diferencias, se halla en la responsabilidad civil de jueces y magistrados, doctrina que recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 14 de noviembre de 2003, que posteriormente comentaremos en detalle o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 15 de diciembre de 1.995, en la que se señala que “*«En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas por los recurrentes de la sentencia recaída en la primera instancia, debe indicarse que **persigue la declaración judicial de la responsabilidad contractual en que habrían incurrido los demandados señores P. de A., S.A. y el ya fallecido E. M. en su condición de árbitros al emitir el laudo de equidad de fecha 13 de Junio de 1.985 en cumplimiento de la escritura de compromiso otorgada el anterior día 21 de Marzo por los diez hermanos R. de S. y su madre P. S. G. Las anteriores referencias cronológicas sirven para fijar que el citado compromiso y por ende los actos que del mismo derivan se sujetaron a las disposiciones de la Ley reguladora de los Arbitrajes de Derecho Privado entonces vigente, de 22 de Diciembre de 1.953.***

Pese a que la citada Ley de Arbitrajes no contenía una norma expresa definidora del régimen de responsabilidad civil exigible a los árbitros más allá de lo dispuesto en su artículo 25 ("la aceptación de los árbitros dará derecho a cada una de las partes para compelerles a que cumplan con su encargo, bajo pena de responder de los daños y perjuicios"), en consonancia con su función alternativa del proceso judicial y el prestigio

que debe rodear toda función de heterotutela de conflictos intersubjetivos - pese a que criminalmente razones de tipicidad impedían reputarles sujetos activos del delito de prevaricación aunque sí de cohecho-, ha venido admitiéndose desde una perspectiva contractualista de la institución derivada del antiguo contrato de "dación y recepción del arbitraje " que los árbitros responden a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.091 y 1.101 del Código Civil; aunque en ningún caso tal responsabilidad incide en la eficacia vinculante del laudo emitido, del propio modo que las sentencias que resuelven las demandas de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados por negligencia o ignorancia inexcusable de los mismos "en ningún caso alterarán la sentencia firme que haya recaído en el pleito o causa en que se haya ocasionado el agravio" (víd. artículos 903 y 917 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Para que aquella responsabilidad sea exigible debe acreditarse la actuación dolosa o gravemente culposa del árbitro, el daño o perjuicio de cualquier orden padecido por los comprometentes y la relación de causalidad entre la falta y el daño, bien entendido que tratándose del arbitraje de equidad el parámetro decisorio de los árbitros por expreso deseo de los comprometentes es su "leal saber y entender".

El artículo 411 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los jueces y magistrados responden civilmente por los daños y perjuicios que causaren, cuando en el cumplimiento de sus funciones incurriesen en dolo o culpa. El binomio dolo/culpa de la Ley orgánica del poder judicial que desplazó a la fórmula anterior de la ignorancia o negligencia inexcusable fue también, curiosamente, el que imperó en el debate parlamentario de la Ley arbitral de 1988, puesto que el precedente equivalente del proyecto que se discutió aludía al dolo o negligencia inexcusable, como antes señalábamos¹⁶⁹ ..

El PLAB de 1988 aludía a la negligencia inexcusable, o dolo y, sin embargo, si los jueces respondían por dolo/culpa, se pensó que los árbitros también debían

¹⁶⁹ El ordenamiento jurídico español siempre, teóricamente, tuvo el mejor sistema de responsabilidad judicial de Europa, porque en Europa ha existido normalmente, y todavía pervive en muchos códigos, una inmunidad judicial para la responsabilidad por culpa, criterio que se proyectó también en los árbitros. Sólo responden los jueces por dolo o colusión, o sea, por un pacto para dañar a terceros, realizado con alguna de las partes. Así lo tenemos en el código italiano, en Francia, y en muchos países de nuestro entorno. La responsabilidad de los jueces por culpa está limitada, lo que implica una cuasi inmunidad judicial y, sin embargo, en España, desde la famosa Ley Provisional, y desde una de las primeras Constituciones, siempre ha habido responsabilidad por ignorancia o negligencia inexcusable. Y cuando llega la Ley Orgánica actual se extiende a la culpa. Materialmente y desde la perspectiva teórica, la responsabilidad del juez en España ha sido más amplia que en otros países de nuestro entorno. Si nos centramos en los árbitros vemos que, como antes señalábamos, en Inglaterra tienen también inmunidad de responsabilidad civil y responden sólo por dolo que se acerca a la negligencia inexcusable, a la culpa grave, pero sin aproximarlo a la culpa simple, porque se piensa que la culpa simple, igual que se pensaba del juez, puede ya entrar en lo que se llama la libertad de juzgar y, en cierto modo, aun cuando esto parezca un contrasentido, en cierto derecho a equivocarse; por ejemplo, si el árbitro no siguiera la opinión mayoritaria de la doctrina o no siguiera un criterio jurisprudencial determinado. Hay culpa leve cuando se trata de un criterio personal del árbitro, que cree que es la interpretación ajustada.

responder por dolo/culpa, fórmula que, en principio, parece que incluye a la culpa leve y a la culpa simple en los supuestos de responsabilidad.

La doctrina viene admitiendo que la responsabilidad del árbitro en el derecho continental -haciendo exclusión de Reino Unido, aun cuando también últimas resoluciones han ido ajustando esa jurisprudencia a lo que es ya práctica de la Europa continental- se extiende a la culpa, pero a la culpa grave, nunca a la culpa leve o a la culpa simple. Esa interpretación parecía chocar con el texto de la LAB, que se refería a la culpa, pero hemos de tomar en consideración que la interpretación jurisprudencial, de acuerdo con lo que son las pautas de interpretación en el derecho europeo. Así que en estos términos está planteado el problema con interesantes decisiones judiciales, algunas muy importantes del Tribunal de Grand Instance de París, que ha introducido como elemento matizador de la responsabilidad del árbitro la libertad del poder juzgar o, si se nos permite la expresión, el “derecho a equivocarse de buena fe” del árbitro.

La conducta dolosa, temeraria o de mala fe del árbitro puede proyectarse en el buen orden del procedimiento o en la coherencia de la decisión. Es decir, o afecta al ítem preprocesal, al procesal o se produce en el laudo. Esta distinción entre actuaciones indebidas *in negotio*, *in procedendo* o *in iudicando* no es caprichosa, puesto que debe ser puesta en estrecha relación con el resultado esperado de la actuación del árbitro- cuyo contrato de mandato mixto atípico es finalista, no simplemente de obra -, es decir, el laudo, que llegará a buen puerto siempre que no sea anulado por la Audiencia Provincial –o por el Tribunal Superior de Justicia, en la NAL- a través del ejercicio de la acción de impugnación del laudo que el artículo 41 NLAB pone a disposición de las partes, como antes lo hacía el artículo 45 LAB. Por ello, en coherencia con nuestro convencimiento de que la intervención jurisdiccional en el arbitraje debe ser lo más limitada posible, defendemos que si no se interpone la acción de impugnación del laudo, por quien esté capacitado para ello, sería difícilmente justificable para ese presunto agraviado exigir daños y perjuicios a los árbitros. Esta idea tiene su parangón en el orden de la responsabilidad civil judicial, en el artículo 403.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que señala que *“No se admitirán las demandas de responsabilidad contra los jueces y magistrados por los daños y perjuicios que, por dolo, culpa o ignorancia inexcusable, irrogaren en el desempeño de sus funciones mientras no sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga causado el agravio. Tampoco se admitirán estas demandas si no se hubiera reclamado o recurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños y perjuicios”*

Este artículo sigue lo dispuesto en el artículo 413 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que instituye que *“la demanda de responsabilidad civil no podrá interponerse hasta que sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga producido el agravio, ni por quien no haya reclamado oportunamente en el mismo, pudiendo hacerlo”*.

Por lo tanto, se presenta como un presupuesto muy relevante para la posible responsabilidad de los árbitros, la anulación total o parcial del laudo, motivada por

circunstancias imputables a los árbitros, que a tenor de los citados artículos 45 LAB y 41 NLAB sólo puede producirse por causas tasadas, que proyectan una clara naturaleza jurídica negocial-procesal, pudiendo clasificarse en dos grandes grupos listados de motivos. En el primero, se hallan los errores *in negotio* como los afectantes al convenio arbitral o la vulneración de aspectos relativos a su ámbito temporal o a su ámbito objetivo; y en el segundo grupo se ubican errores *in procedendo*, justificados en la no aplicación de las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley Arbitral, que se entremezclan con los errores *in iudicando*, entre los que incluiríamos la incongruencia y la vulneración del orden público.

Estas reflexiones encuentran acomodo en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, y así vemos, en el contexto de la LAB pero claramente aplicables a la NLAB, que los motivos para proceder a la anulación del laudo arbitral son taxativos pues, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de marzo de 1.994, “... **únicamente cabe que el recurrente alegue alguno de los concretos motivos de anulación que se describen en el artículo 45 de la citada Ley. Carácter taxativo** que viene resaltado por el adverbio “sólo ” que figura en el párrafo inicial del citado precepto y que se explica por el deseo del Legislador de incentivar el arbitraje, considerado como una alternativa accesible y eficaz a la acción judicial, en consonancia con lo que al respecto establecen otras leyes de nuestro entorno cultural y convenios internacionales sobre la materia.»

En igual sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de junio de 1.994, en la que se indica que “«La entidad C. (Consortio R. V de E. del E., S.A.) haciendo suscrito el convenio arbitral por el que sometía sus diferencias con E., S.A., N., S.A. y Recreativos B., S.A., a la intervención dirimente de la Corte de Arbitraje (instituida en la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia), entabla ahora el presente recurso de anulación del laudo, que en 18 de Mayo de 1.992 profirieron los señores árbitros. Tal y como actualmente está regulada esta institución por Ley 36/1.988, de 5 de Diciembre, que sustituye y deroga a la anterior de 22 de Diciembre de 1.953, reguladora de los Arbitrajes de Derecho privado, **la impugnación del laudo pronunciado no puede basarse en cualquier causa a la que, a criterio del recurrente, quepa anular consecuencias invalidatorias de lo actuado parajurisdiccionalmente, sino que habrá de descansar de modo necesario en alguno de los "casos" que taxativamente enumera el artículo 45 de la mentada Ley especial; el empleo del término "sólo", referido a los supuestos en que cabe la anulación, no puede ser más expresivo en este caso.»**

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de mayo de 1.995 se puede leer que “«Fundamentó la representación procesal de la entidad mercantil "C.-S., S.A." el recurso de anulación contra el laudo arbitral emitido el día treinta de Junio de 1.994 en un triple alegato, para más que basta la lectura de las alegaciones primera y tercera para colegir que todo el reproche contra el laudo proferido se reconduce a la argumentación desarrollada en la alegación segunda, al reconocerse recíprocamente en aquéllas la inactividad de la parte recurrente en el ejercicio de sus derechos en el decurso del procedimiento arbitral y no ser el

escrito de interposición del recurso a que contrae nuestro enjuiciamiento el momento oportuno para denunciar que la obra ejecutada adolece de graves defectos, /o que se atempera plenamente a /o preceptuado en el párrafo primero del artículo 45 de la Ley de Arbitraje, cuyo tenor no puede ser más paladino al afirmar que "el laudo sólo podrá anularse en los siguientes casos ...in fine" y los asertos antedichos en manera alguna caen dentro del ámbito de los supuestos tasados en el meritado precepto adjetivo por lo que deviene superflua cualquier motivación adicional.»

Es importante destacar que en la NLAB, al igual que sucedió en la LAB, los motivos de anulación del laudo arbitral son de aplicación tanto al arbitraje de derecho como el de equidad, a diferencia de la LABP de 1953, que distinguía en la motivación del recurso según lo fuera de casación o de nulidad. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 10 de marzo de 1992 pone de relieve esta positiva circunstancia al señalar que «... a diferencia de la anterior legislación constituida por la Ley del 22 de diciembre de 1953, reguladora de los arbitrajes de derecho privado, que establecía que contra el fallo que dictasen los árbitros de un arbitraje de derecho procedía el recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma ante la Sala primera del Tribunal Supremo (art. 28), mientras que contra el fallo de los árbitros de equidad sólo cabía el recurso de nulidad ante la misma Sala y por las siguientes causas: a) haberse resuelto cuestiones no sometidas a su decisión, o, aunque lo hubieran sido, no fueran de índole civil o se trate de cuestiones sobre las que las partes no puedan comprometerse (art. 30). Era además doctrina jurisprudencial reiterada la que entendía que no cabía la admisión de otras causas, dejando a salvo la viabilidad de atacar el laudo en el juicio declarativo ordinario, cuando a e/lo hubiere lugar (por vicio en el procedimiento arbitral, sentencia del 17 de enero de 1946 y 21 de enero de 1961)).»

Según nuestro criterio, la redacción del artículo 21 NLAB ha venido a desterrar la posibilidad de exigir a los árbitros responsabilidad por culpa leve, quedando la misma limitada a la mala fe, la temeridad y el dolo, y debiendo estar directamente relacionadas con las causas tasadas de impugnación del laudo y servir de base para el efectivo ejercicio de la acción por parte de quien quiera reclamar la responsabilidad de los árbitros¹⁷⁰. Es decir, que tal y como preveía la LAB, el árbitro responderá por posibles acciones dolosas, puesto que la mala fe debe ser asimilada al dolo; pero también por temeridad en su actuación como árbitro, que debe ser puesta en relación con la negligencia profesional. Lo que resulta preciso,

¹⁷⁰ Sin embargo, ALMAGRO NOSETE señala que "no nos podemos dejar seducir fácilmente por estas ideas, sino verlas en su verdadero contexto y examinarlas de acuerdo con sus posibilidades. Ya tenemos una primera diferencia fundamental entre los recursos jurisdiccionales y el recurso de anulación - adecuadamente definido como acción de impugnación en la NLAB -que cabe contra el laudo. En los recursos jurisdiccionales generalmente se puede corregir o rectificar el yerro, se puede corregir el quebrantamiento de forma producido y se puede también corregir o enmendar la sentencia substituyéndola por otra más ajustada al derecho. Esta posibilidad no cabe en el arbitraje pues el recurso de anulación, en definitiva, lo que hace es frustrar el fin del arbitraje, ya que deja expedita la vía para ir a un nuevo arbitraje o para acudir a la vía judicial. "

por lo tanto, es delimitar el alcance de estos conceptos jurídicos a tenor de la jurisprudencia recaída sobre los mismos.

Comenzamos nuestro análisis con la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 14 de noviembre de 2003, que sirve como resumen de una corriente jurisprudencial ya consolidada, que afirma que **“El árbitro contrae su propia responsabilidad cuando decide la controversia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16 de la LAB, no pudiendo ser examinada, según antes se ha expuesto, la conformidad con el derecho de la decisión tomada ni tampoco la valoración de las pruebas realizadas por el árbitro ...”**

A partir de esta premisa, que no hace sino reconocer el “derecho a equivocarse de buena fe” del árbitro, impidiendo que se deriven responsabilidades de un laudo erróneo, debemos continuar nuestra análisis de cómo se deben entender los términos “dolo o culpa” en la terminología de la LAB, y “mala fe, temeridad o dolo”, en la de la NLAB, en relación con la responsabilidad de los árbitros derivada de su actuación como tales, deteniéndonos, por su importancia, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 25 de abril de 2003, de la que fue ponente GARRIDO ESPA, resolviendo un recurso de apelación presentado frente a una sentencia de un Juzgado de Primera Instancia, que fallaba una reclamación de responsabilidad instada por una de las partes del arbitraje contra los árbitros¹⁷¹.

Una de las partes del arbitraje ejercitó, pues, **“acción de responsabilidad civil contra los tres árbitros que dirimieron, en arbitraje de equidad, la controversia.....haciendo efectiva la obligación indemnizatoria generada por el incumplimiento culpable del encargo contractual, en consideración al régimen configurado por el artículo 16 de la Ley de Arbitraje (La aceptación obliga a los árbitros... a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa). La reclamación se asienta en el reproche de culpa por ciertos errores in procedendo que determinaron la anulación del laudo por Sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 1997, y que la demanda erige como fuente de responsabilidad, en el marco contractual, en cuanto evidencian una actuación negligente en el cumplimiento del encargo.”**

La sentencia continua señalando que **“...de los vicios procedimentales en su día denunciados, vía recurso de anulación, por la parte contraria (D. José Enrique), la Sala reconoció eficacia invalidante a dos de ellos:**

¹⁷¹ No podemos dejar de reseñar que estamos en total desacuerdo que el procedimiento seguido para exigir las responsabilidades a los árbitros, dentro de un juicio separado a la impugnación del laudo, en una instancia diferente e inferior a la que debe conocer del mismo, cuando resulta en la mayor parte de los casos un presupuesto imprescindible – aunque no suficiente – para que sean exigibles responsabilidades, que el recurso de la anulación prospere. Entendemos que el Legislador de 2003 ha repetido el error de 1988 al no exigir que las responsabilidades de los árbitros se sustancien dentro de la impugnación del laudo, conociendo de las mismas, en única instancia, la Audiencia Provincial, siendo parte adherida del proceso de anulación el árbitro.

a) uno con carácter principal, que determinó la nulidad total del laudo al amparo de la causa prevista en el artículo 45.2 (infracción de formalidades y principios esenciales establecidas en la Ley) en relación con el artículo 26 (A toda práctica de prueba serán citadas y podrán intervenir las partes o sus representantes), ya que (así lo declaraba la Sentencia) no constaba la citación de D. José Enrique a la práctica de ciertas pruebas;

b) y el segundo, a mayor abundamiento, que hubiera motivado (dice la Sentencia de esta Sala), en virtud de la invocada causa de nulidad del artículo 45.4 de la Ley, la anulación de dicha parte del laudo, la extralimitación, por contener el laudo pronunciamientos que afectaban a tercera persona que no había sido parte en el procedimiento arbitral.”

En su fundamento tercero, la sentencia nos explica la composición del Colegio Arbitral y quien es su Presidente, al indicar que “los tres hermanos sometieron a arbitraje de equidad su controversia por convenio de 28 de marzo de 1995, designando árbitros a los dos letrados que asumían la defensa de sus respectivos intereses (esto es, el abogado de los aquí actores, y el abogado de D. José Enrique) y a un tercer árbitro, abogado en ejercicio, D. Luis Pablo , a quien se otorgó poder decisorio.”

La parte demandante, como explica la sentencia, defiende el argumento de que “La frustración del fin del arbitraje, determinado por su anulación, motiva la presente reclamación por un actuar negligente en el buen orden procedimental (no ya por error in iudicando), identificado con los vicios advertidos por la Sentencia de esta Sala, de modo que, en la tesis de la demanda, la falta de citación de las partes a la práctica de pruebas y el pronunciamiento afectante a tercera persona que no fue parte revelan una culpa lata o grave de los árbitros, evitables con un mínimo grado de diligencia, exigible en todo caso a árbitros jurisperitos¹⁷².”

La sentencia de primera instancia apreció la responsabilidad de los tres árbitros por la primera infracción procedimental que se ha indicado, si bien atenuó la obligación resarcitoria en atención a que tan sólo afectó al derecho de una de las partes (quien no fue citada a las pruebas). Como hemos señalado, la decisión fue apelada, tanto por la parte demandante, en petición de una condena que comprendiera la totalidad de los gastos soportados por razón del arbitraje, como por los demandados, los árbitros demandados, que abogaron por su absolución.

En su fundamento cuarto, la sentencia de referencia, en relación con la Ley de Arbitraje de 1988, destaca que “1) La gestación parlamentaria del artículo 16 de la vigente Ley de Arbitraje muestra la superación de un régimen de responsabilidad civil asentado en el dolo o negligencia inexcusable (tal era la propuesta del Proyecto de Ley) para terminar aceptando como **criterio de imputación el dolo o culpa, como fundamento de una responsabilidad civil cuya fuente, de**

¹⁷² Resulta importante destacar que incluso los reclamantes tuvieron claro que los daños y perjuicios derivados de la actuación de los árbitros debían limitarse a los gastos directos del arbitraje: “El daño reclamado se ha limitado, ya en esta instancia, a los gastos que han tenido que soportar los actores por razón del procedimiento arbitral (honorarios de los árbitros más otros gastos)”

acuerdo con los antecedentes legislativos y doctrina dominante, es el contrato.

*En este sentido, el artículo 25 de la precedente Ley de Arbitraje (se refiere a la de 1953) fue norma decisiva para que **la doctrina subsumiera el encargo arbitral en el contenido propio del contrato de mandato, naturaleza que trasladaba la responsabilidad del árbitro al esquema propio de la nacida del contrato (arts. 1089, 1091, 1101 CC).***

La perfecta equiparación, no obstante, ha sido objeto de matizaciones determinadas por la especial naturaleza del encargo arbitral, que atribuye facultades no ya de gestión sino decisorias de una controversia que afecta a los intereses de los mandantes, y que obligan al árbitro a situarse en un plano superior que desvirtúa la mera actuación en defensa del interés del dóninus (propia del mandato) para emitir un juicio que vinculará a las partes, en posición neutral, independiente e imparcial, previa calificación de hechos, actos y conductas, con absoluta independencia de instrucciones o indicaciones del conferente del encargo.

En todo caso, el acomodo de la función arbitral en el molde propio del mandato pasará por admitir en el ámbito típico de su contenido objetivo y obligacional funciones tan diversas de la mera actuación de gestión como es la decisoria, con desvinculación del interés económico o jurídico, perceptible o expresado, del conferente del encargo, que ya no será una sola parte, sino dos sujetos enfrentados por una controversia. Aceptada esa pluralidad o diversidad objetiva sin desvirtuar el esquema causal típico del mandato, será apreciable, según los casos, en función de la naturaleza del encargo, la analogía con otras figuras contractuales o, incluso, con funciones propias de instituciones estatales, que actúan dotadas de imperium o de potestad coercitiva.

*De ahí que no sea desviado reconocer que **el encargo en qué consiste la función arbitral, definida por la Ley y en cuya ejecución han de observarse pautas y deberes que participan de la materia de orden público, presenta analogía o se aproxima a la función jurisdiccional, sin dejar de advertir sustanciales diferencias.***

Desde esta concepción, si el título de imputación de responsabilidad civil de Jueces y Magistrados es, también, el dolo o la culpa (art. 411 LOPJ), se antoja injustificado un tratamiento del régimen de responsabilidad civil arbitral prescindiendo de la inteligencia que la jurisprudencia predica respecto del régimen de responsabilidad civil judicial.”

Continua la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona señalando que “Las STS de 10-5-2000 y de 13-9-2000 compendian la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad civil de Jueces y Magistrados (con cita de las SS TS de 5-10-1990, 6-2-1998, 17- 12-1996), que se limita al caso en que se haya procedido con infracción manifiesta de Ley o faltando a algún trámite o solemnidad mandado observar bajo pena de nulidad, y caso de haber producido perjuicios estimables en metálico, cuya realización encuentre su causa directa e inmediata en una

actuación dolosa o culposa del Juez o Magistrado, lo que nos reconduce *mutatis mutandi* con lo previsto en el art. 1902. Es decir que **la exigencia de esta responsabilidad ha de descansar forzosamente en esa actuación dolosa o culposa del Juez o Magistrado, que se capta cuando ha infringido una ley sustantiva o procesal, siempre que en este caso esté sancionada su infracción por la nulidad de la actuación o trámite correspondiente, pero ha de ser calificada como de manifiesta para que sea cohonestable con la «voluntad negligente o la ignorancia inexcusable»** a que alude el art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues de otra suerte sólo podría conceptuarse como simple «error judicial» o «deficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia»...

Estas reflexiones llevan a concluir a la Audiencia Provincial que “...Partiendo de lo anterior, no estimamos una manifiesta o clara negligencia por el hecho de omitir la citación formal y fehaciente de una de las partes a la práctica de la diligencia de declaración de las otras (la ausencia de citación tan sólo afectó a estas diligencias de prueba, no a las restantes) teniendo en cuenta que el propio Letrado de la parte de cuya citación personal se prescindió, integraba el órgano arbitral, lo que, de un lado, rebaja la intensidad del reproche (en esa práctica confusoria que las partes aceptaron, el Letrado, si bien árbitro, no podía prescindir de su cualidad de defensor de la parte, y asistió a la prueba) y, de otro, relajaba las formalidades en los actos de comunicación a las partes, precisamente por la intervención de sus Letrados en el procedimiento arbitral. **El grado de negligencia en la concreta actuación in procedendo no alcanza, por ello, la categoría de acto sancionable en cuanto generador de la responsabilidad arbitral.**”

En el fundamento sexto se completa esta argumentación, exponiendo que “Con independencia de lo anterior, el laudo hubiera sido objeto de anulación parcial (así lo mantuvo la Sentencia de esta Sala), conforme previene el art. 45.4 LAB., en los extremos afectantes al tercero que no fue parte en el proceso, al haberse desconocido por el árbitro con poder decisorio una regla básica en nuestro ordenamiento, de imperativa observancia también en el arbitraje de equidad, cual es la proscripción de la condena de quien no ha sido parte ni oído. No obstante, con reconocer que la extralimitación, que al tiempo vulnera tan esencial principio comporta un grado de culpa relevante, no cabe anudar a tal actuación la pretendida consecuencia resarcitoria. Para ello **hubiera sido preciso demostrar que la anulación de aquél pronunciamiento determinaba la frustración del fin del arbitraje, desvaneciendo la expectativa global de las partes de resolución sustancial de su controversia a medio del laudo. Y este resultado no puede deducirse sin más**”

La sentencia que venimos comentando puntualiza claramente que una anulación parcial del laudo que no afecte a la litis principal del arbitraje no afecta al fin del mismo, por lo que, a pesar de que concurra ésta, se puede afirmar que los árbitros han “satisfecho el fin del encargo, cual era la de proporcionar pronta solución, basada en equidad, al conflicto sometido a la decisión de los árbitros.”

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 3ª), de 15 noviembre de 2003, de la que fue ponente TOMÁS CARRASCO, nos ilustra sobre

la posible responsabilidad de los árbitros que laudan extemporáneamente, pues resuelve igualmente un recurso de apelación interpuesto por una parte de un arbitraje contra la sentencia de un Juzgado de Primera Instancia en autos de juicio ordinario, en el que la recurrente considera que *“la demanda ... incurrió en responsabilidad profesional con ocasión del ejercicio del cargo de Arbitro,, después de declararse formalizado arbitraje de equidad,* La recurrente concreta la responsabilidad en el hecho de que dictó el Laudo que le fue encomendado fuera del plazo de 6 meses previsto en el artículo 30-1 de la Ley de Arbitraje, y, por dicho motivo, ese Laudo fue anulado en la Sentencia dictada por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial, de fecha 6 de marzo de 2001 (JUR 2001, 169880). Se alega, igualmente, que los Árbitros deben conocer las exigencias que les impone la Ley de Arbitraje, en cuyo artículo 16-1 se prevé expresamente la responsabilidad de los mismos cuando incurran en dolo o culpa. Por todo ello, mantiene la recurrente su pretensión de que se le abone, por doña..., el importe de las costas que ha tenido que hacer frente en el procedimiento judicial de formalización de arbitraje, incluidas las del recurso en el que se anuló el Laudo dictado....”

La Audiencia Provincial de León señala que *“....el artículo 30 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 obliga a los Árbitros a dictar el Laudo en el plazo de 6 meses desde la fecha en que hubieren aceptado la resolución de la controversia, salvo que las partes dispusieren otra cosa, siendo causa de anulación de los laudos el no haberse dictado en dicho plazo (art. 45-3). Del mismo modo, el artículo 16-1 de la Ley (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) prevé que «la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa». Con estos presupuestos, tenemos que tener en cuenta que doña... aceptó su cargo de Arbitro el 16 de febrero de 1999, y el Laudo, propiamente dicho, fue dictado con fecha de 6 de julio de 2000, por lo tanto, transcurrido con exceso el plazo en que debía ser dictado el mismo, por lo que, efectivamente, **se daría el presupuesto de una acción culposa, para estimar la concurrencia de la negligencia profesional sobre la que se apoya la pretensión indemnizatoria ejercitada al amparo del artículo 1902 del Código Civil (LEG 1889, 27), puesto que, además, el hecho de dictarse el Laudo fuera de plazo provocó que el mismo fuera anulado, y ECORSA tuvo que abonar unas costas con ocasión de la formalización del arbitraje que instó para la resolución de un conflicto, sin que haya podido tener lugar la solución del mismo.**”*

Pero tras reconocer la sentencia que efectivamente el laudo se dictó fuera de plazo, afirma que concurrieron circunstancias excepcionales¹⁷³, ajenas al árbitro,

¹⁷³ La sentencia señala literalmente: *“No obstante, no podemos dejar de tener en cuenta una serie de circunstancias que se dieron tras dictarse el Auto de 11 de febrero de 1999 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de León, con el que se tenía por formulado el arbitraje solicitado, y después de que doña... aceptara el cargo el 16 de febrero de 1999. Concretamente, el día 20 de agosto de 1999, doña... entregó una propuesta de Laudo fechada el 16 de agosto de 1999, así calificada por ella misma con un escrito que remitió al Juzgado con fecha de 4 de octubre de 1999, con la que se concedía «un plazo de 15 días para efectuar las*

lo que supone que *“De este modo, considera esta Sala que, aun habiendo incurrido en responsabilidad la Arbitro, conforme a lo dispuesto en el artículo 16-1 de la Ley de Arbitraje, cabe aplicar por analogía el artículo 1.103 del Código Civil, para moderar en gran medida las consecuencias de la acción reprochada, por las razones expuestas, considerándose ponderadamente que la indemnización que doña... debe abonar a ECORSA es de un importe de 1.500 euros, revocándose en esta medida la Sentencia apelada.”*

De este modo, se reconoce la responsabilidad del árbitro por laudar fuera de plazo, considerando tal circunstancia como una “negligencia profesional”, que es calificada como una “acción culposa”.

Nuestro Alto Tribunal también se ha pronunciado con claridad sobre la responsabilidad de los árbitros, y así la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 26 abril de 1999, de la que fue ponente SIERRA GIL DE LAB CUESTA, resuelve en casación el recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias que a su vez resolvió un recurso de apelación presentado frente a la sentencia de un Juzgado de Primera Instancia dictada en un juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, en el que el demandante solicitaban que *“Se declare la responsabilidad de los codemandados don Pablo G. V., don Álvaro L. C. y don Juan S. R. por los daños y perjuicios causados a la demandante por el incumplimiento del mandato arbitral, y se les condene al pago de los mismos, abarcando dichos perjuicios los siguientes conceptos: 1. El importe de las costas de este procedimiento, o al menos de las que correspondan a la parte actora. 2. El importe de los intereses de la cantidad que la sentencia determine como debida a mi representada por el deudor principal, computados desde la fecha en que venció el plazo para la emisión del laudo, hasta la de la sentencia definitiva.”*

alegaciones que las partes estimen oportunas, pasado el cual y tras revisar las mismas se procederá a la protocolización notarial de este laudo». De este modo, sin que conste que hubiera motivo justificado, ni indicación de las partes para que se superase el plazo legal para dictar el laudo, y sin que se hubiera prorrogado dicho plazo, puesto que ello hubiera requerido que las partes notificaran a la Arbitro su acuerdo en tal sentido antes de que finalizara el plazo de seis meses inicial, conforme a lo previsto en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje, lo cierto es que, antes del día 20 de agosto de 1999, doña... debía haber entregado el laudo que resolviera el conflicto, y no lo hizo. Pero, con posterioridad a hacerse dicha propuesta de laudo, tanto a instancia de don... como a instancia de ECORSA, se pidió que la Arbitro tuviera en cuenta una serie de consideraciones, solicitándose determinadas correcciones, aportándose documentos, etc., aunque el Juzgado dictó la Providencia de 23 de septiembre de 1999, en la que se declaró la firmeza del Laudo, dado que había transcurrido el plazo para ser dictado el mismo. Esta providencia fue recurrida a instancia de don..., y ECORSA vino a adherirse al recurso, interesando ambas partes hacer alegaciones respecto a la propuesta de laudo presentada, dictando el Juzgado el Auto de 4 de octubre de 1999, por el que se concedió a las partes un plazo de 15 días para que hicieran las alegaciones que tuvieran por convenientes, tras lo cual la Arbitro dictó el Laudo de 6 de julio de 2000, que fue anulado. Con todo ello, nos encontramos que, aunque en un primer momento doña... no entregó el Laudo en el plazo previsto en la Ley, y que ella propició que las partes hicieran alegaciones escritas que dieron lugar a las incidencias a las que se ha hecho referencia, no podemos ignorar que en dichas incidencias también tuvo participación ECORSA, asistida por Letrado, solicitando rectificaciones y ampliaciones de la propuesta de laudo, y asumiendo, en cierta manera, la extemporaneidad del Laudo que definitivamente fue dictado y las consecuencias de la misma. “

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron estas pretensiones, lo que llevó al pertinaz demandante a presentar “escrito de formalización del recurso de casación ante este Tribunal Supremo, con apoyo procesal en el siguiente motivo: Único: «Infracción de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783), de Arbitraje y de la jurisprudencia aplicable a dichas Normas».”

El Tribunal Supremo señala que “la parte recurrente fundamenta su único motivo de casación en el artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, sigue afirmando dicha parte, se ha infringido el artículo 16 de la Ley de 5 de diciembre de 1988 (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) de Arbitraje.”, afirmando que “Este motivo debe ser desestimado en todos sus aspectos. Efectivamente el mencionado artículo 16 de la Ley 36/1988, obliga a los árbitros que han aceptado el cargo a cumplir su encargo exigiéndoles, en su caso, responsabilidad por los perjuicios que causaren interviniendo en su hacer dolo o culpa.”

La sentencia continúa señalando que “...antes de entrar en el área de la actuación culposa de dichos árbitros, hay que manifestar que **el fundamento de dicho artículo 16, e incluso de toda la Ley de Arbitraje, es conseguir un laudo que signifique una pronta y económica solución de una concreta contienda, hasta tal punto que el mismo se debe dictar en el plazo que las partes determinen, obviando, al menos teóricamente, la carestía y la dilación que por desgracia conlleva un determinado procedimiento judicial, como afirma la Sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9578); por ello el fracaso que se refleja en la presente litis, del procedimiento arbitral en el que tenían que dictar laudo los árbitros mencionados, puede llevar, como así ha ocurrido con fundamento, en principio -se dice en principio-, a la parte recurrente a exigir responsabilidad por culpa o negligencia a los mismos. Pero, ahora bien, para exigir tal responsabilidad es preciso demostrar ineludiblemente la existencia de los parámetros necesarios para configurar el tipo de la culpabilidad, en la actividad de los árbitros en cuestión.**

Y, desde luego del «factum» de la sentencia recurrida se infiere que **la actuación omisiva de los árbitros, o sea, el retraso en emitir el laudo, no se debió a una posición intelectual de los mismos con dicha intencionalidad, sino a imponderables que se pueden imputar a verdaderas situaciones ajenas a su voluntad**, como fue el que las partes sometidas al arbitraje iniciaron tratos con intención de solucionar la cuestión a debatir con propuesta de transacción incluida, lo que unido a la petición de alguna prueba, como era la aportación de la determinación del importe del carbón vendido, y la unión a los autos de las actas firmadas por todos los trabajadores especificando las primas satisfechas por la empresa; hizo lógico tal retardo.

Por tanto, en el presente caso existe un retraso en la emisión de un laudo por parte de unos árbitros que han aceptado el cargo, lo que puede significar una posición omisiva, pero lo que se puede afirmar y así se proclama de una manera paladina, es que **la misma no supone una situación de antijuridicidad dañina**

intencional, requisito indispensable que exige la moderna doctrina basada en la tesis germánica de la «Widerrecht lichen», para que pueda surgir una responsabilidad por culpa e imputable a los tantas veces mencionados árbitros.»

Vemos, por lo tanto, como el Tribunal Supremo no solamente acota la responsabilidad de los árbitros en los caso de laudos extemporáneos, sino como también declara aplicable a la responsabilidad de los árbitros la tesis de la *Widerrecht lichen*, que exige como requisito insoslayable la existencia de una situación de “antijuridicidad dañina intencional”, que debe servirnos de criterio a la hora de evaluar todas las posibles situaciones en las que se quieran exigir responsabilidades a los árbitros, como equiparación de la responsabilidad que se exige a los Jueces y Magistrados cuando ha infringido manifiestamente, por voluntad negligente o por ignorancia inexcusable, una ley sustantiva o procesal, siempre que esté sancionada su infracción por la nulidad de la actuación o trámite correspondiente.

Esta misma tesis es recogida y desarrollada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5ª), de 6 marzo de 2002, de la que fue ponente GARCÍA BARRAGÁN, que resuelve un recurso de apelación en el que “*Se alza la recurrente, demandante en la instancia, contra la resolución impugnada - desestimatoria de su pretensión resarcitoria frente al demandado deducida por razón del laudo arbitral por aquél emitido en fecha 7 de junio de 1995 el que tacha contrario a lógica - alegando en sustento de su recurso, al tiempo que hace hincapié en que si aceptó el arbitraje de equidad lo fue porque éste había de ser emitido por persona experta, y que como tal tiene que ser una persona competente para sacar conclusiones basadas en la buena fe, en síntesis, lo siguiente: Que la resolución de instancia es incongruente cuando afirma en su fundamentación jurídica que " no es dable a este juzgador, ni a ningún otro, alterar la valoración que por el árbitro se llevó a cabo, más si cabe cuando el árbitro de equidad no se vincula sino por su leal saber y entender ", entendiendo que con ello se altera la causa de pedir al no responder al planteamiento formulado en la demanda que delimitó perfectamente el thema decidendi, a saber, si el árbitro, técnico profesional elegido por ser tal, incurrió o no en responsabilidad a la hora de ejercer como tal su labor y emitir el laudo. Que el árbitro incurre en responsabilidad porque a la hora de emitir su fallo se aparta de las más elementales reglas de la carga de la prueba y contradice incluso sus propios razonamientos cuando la discusión planteada por la actora hoy apelante se centró en determinar si AMON-TRIBOVEDA fue liberada de su obligación de presentar varios presupuestos como paso previo a su aceptación por ESB y CIA. S.R.L., habiendo alegado AMON-TRIBOVEDA esta exoneración y no habiendo, sin embargo, acreditado en ningún momento la existencia de pacto en contrario. Que el árbitro está sujeto a responsabilidad porque a la hora de fijar los términos del Laudo no dio trascendencia alguna a los incumplimientos de AMON-TRIBOVEDA, los cuales fueron determinantes del actuar de ESB y CIA. S.R.L., los que consistieron en la presentación por aquélla de un proyecto deficiente y no acompañar los presupuestos comprometidos para que una vez examinados por ESB y CIA. S.R.L., pudiera aprobarlos, añadiendo que si, a mero tono dialéctico,*

se admitiera que ESB y CIA. S.R.L. ha incumplido, como también lo ha hecho AMON-TRIBOVEDA, lo que no puede desconocer un árbitro es el principio fundamental de la compensación de responsabilidades. Entiende así que el demandado ha conculcado normas de derecho positivo, ha incurrido en equivocaciones manifiestas y palmarias y ha llegado a unas conclusiones de todo punto ilógicas a tenor de los hechos expuestos por las partes durante el arbitraje y la prueba de los mismos.”

La Audiencia Provincial de Vizcaya señala que *“conviene recordar que la congruencia, requisito de las sentencias, exige que no pueda otorgarse más de lo pedido, ni cosa distinta de la reclamada, ni por título distinto de aquel en que se funda la reclamación, siendo doctrina jurisprudencial reiterada, y por citar a modo de ejemplo basta sentencia de 25 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3381) que se remite también a doctrina del Tribunal Constitucional, que las sentencias totalmente desestimatorias de la demanda no pueden incurrir en incongruencia en cuanto dan respuesta, aunque negativa, a todas las cuestiones planteadas, a no ser que alteren la causa o razón de pedir, o modifiquen los aspectos de hecho en que se asienta el debate jurídico planteado, o aprecien una excepción no alegada en la contestación a la demanda y no apreciable de oficio, habiendo igualmente reiterado el Tribunal Constitucional en su doctrina sobre la congruencia (SS 187/94 [RTC 1994, 187], 122/94 [RTC 1994, 122], 215/89 [RTC 1989, 215]) que no se incurre en incongruencia cuando el órgano jurisdiccional ha utilizado argumentos distintos de los esgrimidos por las partes, respetando los rasgos esenciales de la pretensión, siempre que no se altere la causa de pedir.*

*Y en el supuesto que aquí se examina **el fallo desestimatorio se asienta, con independencia del argumento a que alude la recurrente, en la no apreciación por el juzgador a quo de "incumplimiento alguno del árbitro, no ya en grado de dolo sino ni siquiera de negligencia"**, tal y como textualmente se indica en el párrafo tercero del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia apelada, que de seguido contiene las razones en que se funda tal afirmación, que no se estima preciso reiterar aquí, **por lo que es palmario que no se ha producido ninguna alteración de la causa de pedir y se han respetado los rasgos de la pretensión deducida en la demanda, no pudiendo apreciarse así se incida en incongruencia.”***

Es decir, que como acertadamente señaló el Juzgador de Instancia, en ningún caso podía entrar a conocer sobre el fondo del asunto decidido por los árbitros, siendo totalmente congruente su fallo desestimatorio, de hecho el único posible a tenor de la LAB, y ahora de la NLAB.

Continua la sentencia exponiendo que *“En cuanto al fondo de la cuestión debatida ha de tenerse presente para solventar el conflicto que aquí se plantea que estamos en presencia de un arbitraje de equidad, arbitraje emitido por demás por persona no experta en derecho, constituyendo aquél (STS de 28 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 8716] y STC de 16 de marzo de 1988 [RTC 1988, 43], que expresamente cita), desde el plano sustantivo, uno de los supuestos excepcionales a los que indirectamente se refiere el artículo 3.2º del Código Civil cuando al hablar de la equidad en la aplicación de las normas jurídicas, sólo*

autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los Tribunales en el caso de que la Ley expresamente lo permita, siendo esencia de este juicio el ser personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal "saber y entender" del árbitro, quien en el procedimiento, como también ha venido indicando la doctrina jurisprudencial, (así STS de 20 de abril de 1971) no tendrá que someterse a fórmulas legales ni que ajustarse a derecho en cuanto al fondo, debiendo no obstante los árbitros dar a las partes adecuada ocasión de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias dirimiendo después el conflicto según su leal saber y entender.

Ello no quiere decir, obviamente, que la amplia libertad de que dispone el árbitro de equidad para resolver el conflicto que le ha sido planteado se constituya en justificación y razón de impunidad de actuaciones manifiestamente antijurídicas, contrarias a equidad, y perjudiciales para una de las partes, pero precisamente por la esencia de este juicio que ha quedado dicha, de ser "personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal saber y entender del árbitro", la exigencia de responsabilidad por culpa imputable a dichos árbitros vendrá enlazada a una situación de antijuridicidad patente, manifiesta y apreciable por cualquiera, matizando aún más el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de abril de 1999 (RJ 2000, 4178) al requerir, como requisito indispensable siguiendo la moderna doctrina basada en la tesis germánica de la "Widerrekeh lichen", una situación de antijuridicidad dañina intencional."

En conclusión, vemos cómo la jurisprudencia en materia de responsabilidad arbitral recaída al albur del artículo 16 LAB, interpretativa de la "culpa y el dolo", ha consolidado la existencia de una situación de antijuridicidad dañina intencional, incluso en relación con la negligencia profesional entendida como acción culposa. La NLAB, en su artículo 21, al hablar de "mala fe, temeridad o dolo", a nuestro juicio de manera notablemente imprecisa, no puede olvidar el acervo jurisprudencial, lo que nos obliga a aplicar la hermenéutica para relacionar la temeridad y la mala fe, junto con la negligencia, con la responsabilidad de los árbitros, en este contexto comentado. En este sentido, puesto que el artículo 21 NLAB parece utilizar la mala fe y la temeridad como términos indistintos, tal y como hacía el Legislador en los diversos apartados del artículo 523 de la anterior L. E. Civil, tomaremos como referencia la doctrina jurisprudencial interpretativa del citado artículo de la Ley rituaría.

De este modo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), de 18 enero de 2001, de la que fue ponente MARTÍN REYES, nos brinda la distinción entre los términos negligencia y mala fe, puntualizando que el primero se sitúa en el terreno de la culpa, mientras que el segundo hace referencia a una conducta claramente dolosa, con lo que dentro del artículo 21 NLAB mala fe y dolo deben ser entendidos como dos manifestación de una misma situación antijurídica, dañina e intencional.

En la citada sentencia, el recurrente muestra su disconformidad con el Fallo dictado al considerar "el error de Instancia en la apreciación de ausencia de mala

fe, cuando ya en el escrito de formulación de la demanda se solicitaba la expresa condena en costa a la demandada, en el supuesto de allanamiento, fundamentada en su temeridad y mala fe”. La sentencia recuerda que “la presunción de buena fe es regla general, mientras que la mala fe constituye supuesto de excepción, que debe razonar el Juez debidamente y, en el presente caso, no se aprecia con la debida claridad...”; así como puntualiza que **“negligencia y mala fe son términos distintos, pues el primero se sitúa en el terreno de la culpa, mientras que el segundo hace referencia a una conducta claramente dolosa, no apreciándose tras el examen de los antecedentes que constan en autos la mala fe alegada por el recurrente.”**

Esta misma distinción entre negligencia y mala fe la encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), de 15 febrero 2003, que afirma que **“Si bien el art. 1.103 CC., antes mencionado, permite al juez moderar, esto es, reducir, la responsabilidad procedente de negligencia en el cumplimiento de toda clase de obligaciones, de acuerdo con un criterio de equidad,.....si el incumplimiento fue doloso, no hay ninguna duda de que el acreedor, además de la pena pactada, podrá reclamar por vía ordinaria (arts. 1.101 y ss. CC.) todos los demás daños sufridos.”** Es decir, la negligencia profesional queda situada en el ámbito de la culpa, con unas consecuencias indemnizatorias mucho más limitadas que las derivadas de la mala fe y el dolo.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 27 abril de 2000, de la que fue ponente MAGAÑA CALLE, analizan la **“mala fe y la temeridad”**, que son los términos usados en el artículo 21 NLAB, señalando que implican conciencia de falta de razón y que en la mayoría de los casos **deberá predicarse de la conducta extraprocesal**. La citada sentencia expone **“que siguiendo la doctrina que de forma reiterada (por todas Sentencia de la A. P. de Badajoz de 14 de septiembre de 1999), se viene manteniendo por las AAPP, ha de partirse de la consideración de que “En torno al concepto de mala fe (o mala fe y temeridad, términos que parece que el legislador utiliza indistintamente en los diversos apartados del artículo 523 L. E. Civil), existe abundante doctrina científica y jurisprudencial, según la cual, sea cual fuere la interpretación jurídica que se dé a tales términos, es lo cierto que implican conciencia de falta de razón, mala fe que no tiene que ir referida exclusivamente a la actuación de la parte en el proceso, sino que en la mayoría de los casos deberá predicarse la conducta extraprocesal..... la mala fe debe ser interpretada en sentido amplio, entendiendo que está comprendida implícitamente dentro de tal precepto tanto mala fe la propiamente dicha (es decir la conciencia directa de la injusto) como la culpa o imprudencia.....”**

Es, sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 11 octubre de 1994, de la que fue ponente SANTOS BRIZ, la que mejor nos define la “mala fe” entendiendo por tal un concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas deducidas de unos hechos, al señalar que **“esta Sala de casación, atendiendo a que la buena o mala fe es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas deducidas de unos hechos [Sentencia de 29**

noviembre de 1985, sin necesidad de proceder a una nueva valoración de la prueba (no permitida en recursos como el presente]”

La citada Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 noviembre 1985, de la que fue ponente MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE, señala claramente que *“la buena o mala fe, es un concepto jurídico que se apoya, obviamente, en la valoración de conductas y comportamientos deducidos de unos hechos que al ser definidos por la sentencia recurrida y afirmados por la presente, la incorrecta apreciación de la buena o mala fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales que se atribuye por la recurrente a la sentencia combatida hace supuesto de la cuestión, al partir de conclusiones fácticas dispares, lo que no es viable casacionalmente y menos aún la apreciación del Tribunal de Instancia en punto a la temeridad que está al margen del recurso de casación según la jurisprudencia (Sentencias de veintiséis de Octubre de mil novecientos seis; tres de Diciembre de mil novecientos veintiocho y quince de Enero de mil novecientos veintinueve)”*.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 22 de junio de 1995 insiste en que *“La mala fe hay que ponerla en relación con la jurisprudencia que interpreta la norma, diciendo que “Los hechos ya han sido descritos y valorados, sin que se puedan considerar como verdaderos **actos propios**, según el sentir de esa jurisprudencia, que los define como **«aquellos que, por su carácter trascendental, o por constituir convención, causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o también aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, que no pueda ser alterado unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarlo»** (Sentencias de 4 y 10 mayo 1989 [RJ 1989\3585 y RJ 1989\3752], 12 julio 1990 [RJ 1990\5856], 5 marzo 1991 [RJ 1991\1718], 4 marzo 1992 [RJ 1992\2158], etc.)”*.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 25 septiembre de 1997 igualmente expone que *“**la mala fe es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas a través de unos determinados hechos** (como epítomes las Sentencias de 24 mayo 1977 [RJ 1977\2139], 29 noviembre 1985 [RJ 1985\5915] y 12 junio 1987 [RJ 1987\4294], entre otras).”*

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 12 junio 1987 expresa que *“**la existencia de mala fe requiere una declaración expresa de los Tribunales** -sentencia de 1 de febrero de 1964 (RJ 1964\543)-; **que la buena fe es cuestión de hecho y de apreciación de la Sala sentenciadora** -sentencia de 12 de marzo de 1963 (RJ 1963\1417)- **o, si se quiere, como dice la sentencia de 29 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5915), que la buena o mala fe es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas deducidas de unos hechos”***

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 17 febrero de 1998 coincide señalando que *“...**La buena fe o, en su caso, la mala fe, dice la Sentencia de 22 octubre 1991 (RJ 1991\7234) es también concepto jurídico que***

se apoya en la valoración de una conducta deducida de unos hechos y en el caso presente no se acreditó realidad fáctica que la ponga de manifiesto.”

Precisamente la citada Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 22 octubre 1991, presenta el siguiente tenor literal:

*“Dice la Sentencia de esta Sala de 5-7-1985 (RJ 1985\3642) que: «a) es criterio generalizado en la doctrina de esta Sala que la existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho, y por tanto, de la libre apreciación del Juzgador de instancia -SS. de 11-6-1954 (RJ 1954\1870), 5-6-1981 (RJ 1981\2496), 9-5-1983 (RJ 1983\2678) y otras-; lo que no obsta para que también se haya declarado que la buena fe es un concepto jurídico deducido libremente por el Tribunal sentenciador, valorando los hechos que le sirven de origen, dentro de los hechos acreditados que a ellos se refieren -S. 10-4-1956 (RJ 1956\1927)- y que su calificación es impugnabile al amparo del número uno (hoy, el cinco) del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -S. 24-12-1956 (RJ 1956\4138)-; b) **La anterior citada doctrina no es en realidad contradictoria, sino que denota que por un lado se ha de partir de los hechos acreditados, y, por otro, que su apreciación integra una valoración jurídica, en cuanto la buena fe en sí no es un hecho sino una de las llamadas en el proceso «máximas de experiencia», «cuya apreciación compete a esta Sala de casación», y en el mismo sentido se decanta la S. de 28-9-1990 (RJ 1990\6910) al decir respecto de la buena fe posesoria que «por tratarse no de un puro hecho, sino de una máxima de experiencia, su apreciación incumbe a la Sala de instancia, sino también a esta Sala y la impugnación en casación sólo procede si se impugnaron con éxito los hechos probados en que se fundamentó tal apreciación», dirección que también fue seguida por la S. 5-7-1990 (RJ 1990\5776), según la cual «la estimación de la buena fe es una cuestión de hecho reservado a la apreciación potestativa de los Tribunales de instancia, que ha de prevalecer siempre que no resulte ilógica o equivocada, todo ello en la medida en que la buena fe (o, en su caso, la mala fe) es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de una conducta deducida de unos hechos». En el presente caso la cuestión relativa a la buena o mala fe del demandado recurrido, presenta un carácter estrictamente jurídico en el sentido de que, no habiéndose impugnado en el recurso de apelación la resultancia probatoria alcanzada en la primera instancia reflejada en el primer fundamento jurídico de la sentencia del Juzgado, se trata de valorar la conducta del demandado puesta de manifiesto por esos hechos probados”.***

Debemos ahora analizar lo que debemos entender por dolo y para ello acudimos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª), de 11 noviembre de 1997, que señala que *“Sobre tal cuestión es reiteradísima la jurisprudencia según la cual **la invocación de un vicio del consentimiento sólo puede ser apreciable en juicio si existe prueba cumplida de su existencia y realidad, prueba que lógicamente, incumbe a la parte que la alega** (SSTS 13 diciembre 1992 [RJ 1992\10399]; 30 mayo 1995 [RJ 1995\4205]; 18 marzo 1996; entre otras) y, **al ser un concepto jurídico ha de resultar de los hechos, conductas y circunstancias que conforman la base fáctica, siendo su concurrencia, o no, de***

la libre apreciación del Tribunal sentenciador (SSTS 12 julio 1993 [RJ 1993\6006] y 30 septiembre 1996 [RJ 1996\6822]).”

De este modo, nos ofrece una clara interpretación del dolo en el marco contractual, que es en el que se debe situar al árbitro con las precisiones antes señaladas de su función jurisdiccional, al exponer que “...*si ponemos en conexión el concepto y los requisitos que jurisprudencialmente se exigen para apreciar la existencia de ese vicio de la voluntad -así se ha dicho que **el dolo**, según cabe desprender de la redacción del artículo 1.269, **comprende no sólo la insidia directa o inductora del error en el otro contratante, sino también la reticencia del que calla o no advierte cuando tenía el deber de informar, que exige la buena fe; y, para su concurrencia, son precisos los siguientes requisitos: 1.º) una maquinación engañosa o una conducta insidiosa, que tanto puede consistir en una conducta activa cuanto omisiva (reticencia en la omisión de hechos), dirigida a provocar la declaración negocial, que determine a la voluntad de la otra parte a realizar el negocio, que de otro modo, no hubiese realizado; 2.º) que esa voluntad quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento, a causa del engaño o coacción u otra insidiosa influencia; 3.º) que sea grave, es decir, que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto negocial, o sobre las condiciones que hubieran motivado su celebración, si se trata de anular el contrato; y 4.º) que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes** (SSTS 13 julio 1981 [RJ 1981\3077]; 27 enero 1988 [RJ 1988\151]; 29 marzo 1994 [RJ 1994\2304]; 18 marzo y 9 septiembre 1996)- y ponemos en relación esta doctrina, con la prueba practicada en los presuntos autos, se aprecia que la parte hoy apelante no ha logrado probar la existencia del vicio del consentimiento que esgrime”*

Esta doctrina la encontramos igualmente en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 marzo de 1994, que afirma que “*Definido el dolo en el artículo 1269 del Código Civil como vicio del consentimiento contractual, comprensivo no sólo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, tal concepto legal exige la concurrencia de dos requisitos; el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado, y en este sentido se pronuncia unánime la jurisprudencia de esta Sala cuya Sentencia de 22 enero 1988 afirma que **«partiendo de que el dolo no se presume y debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones**, y aunque el Código Civil no dice qué se entiende por él ni cuáles son las características de la conducta dolosa, toda vez que se limita a definir el que vicia el contrato señalando algunas formas de manifestación dolosa, **los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son los siguientes: a) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial,***

utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas; b) que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia; c) que sea grave si se trata de anular el contrato; y d) que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes».

En cuanto al error como vicio del consentimiento, dice la Sentencia de esta Sala de 18 abril 1978 (RJ 1978\1361) que «para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1265 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración -artículo 1261.1.º y Sentencias de 16 diciembre 1923 y 27 octubre 1964 (RJ 1964\4735)- que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar -Sentencias de 1 julio 1915 y 26 diciembre 1944 (RJ 1945\116)- que no sea imputable a quien la padece -Sentencias de 21 octubre 1932 y 16 diciembre 1957 (RJ 1958\192)- y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado -Sentencias de 14 junio 1943 (RJ 1943\719) y 21 mayo 1963 (RJ 1963\3586)-».

En conclusión, la actitud dolosa del árbitro debe plasmarse en una “insidia directa o inductora del error” en una o ambas partes litigantes o en su reticencia cuando “calla o no advierte cuando tenía el deber de informar, que exige la buena fe”, y para su concurrencia es precisa una maquinación engañosa o una conducta insidiosa del árbitro, que tanto puede consistir en una conducta activa cuanto omisiva (reticencia en la omisión de hechos). Esta actuación del árbitro puede producirse en la fase de nombramiento y aceptación del arbitraje, y debe estar “dirigida a provocar la declaración negocial, que determine a la voluntad de la otra parte a realizar el negocio, que de otro modo, no hubiese realizado”, por ejemplo, ocultando causas de recusación; o bien durante el procedimiento arbitral, vulnerando conscientemente los principios fundamentales que lo rigen.

La citada actuación sólo justifica la responsabilidad por dolo del árbitro cuando la “voluntad (de una parte o ambas partes litigantes) quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento, a causa del engaño o coacción u otra insidiosa influencia”; cuando éste “sea grave, es decir, que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto negocial, o sobre las condiciones que hubieran motivado su celebración, si se trata de anular el contrato”, es decir, que recaiga en el convenio arbitral y en el procedimiento arbitral; y que “no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes”, lo que debe entenderse en el sentido de que una actitud dolosa de quien exija la responsabilidad del árbitro hace imposible que prospere tal acción resarcitoria.

En otro orden de cosas, debemos volver a señalar que el artículo 21 NLAB nos dice que “La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo.” Esta redacción, muy similar a la de LAB, delimita claramente la responsabilidad de los

árbitros a una responsabilidad por daños y perjuicios generada por su actuación exigible por la partes. Por lo tanto, debemos acudir necesariamente a la configuración jurídica que la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo ha moldeado al respecto, afirmando la obligatoriedad para las partes que reclaman la responsabilidad de los árbitros de probar la realidad de la mismas en los estrechos términos que la concurrencia de la mala fe, la temeridad y el dolo imponen, así como de determinar las bases para su cuantificación.

Así pues, hemos de tomar en consideración las premisas que se contienen en las siguientes sentencias, que perfilan nítidamente qué debemos entender por indemnización de daños y perjuicios y especialmente cómo resulta imprescriptible que quien la solicita acredite su existencia y realidad.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 16 diciembre de 2002, señala que: **“Es cierto que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil, quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas, y que, según el artículo 1.104 del mismo cuerpo legal, la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor.**

*Pero también lo es que constituye doctrina jurisprudencial reiterada y constante la que señala que **el solo incumplimiento contractual no genera de suyo una obligación de indemnizar (SSTS. de 9 de mayo [RJ 1984, 2403] y 27 de junio de 1984 [RJ 1984, 3438], y 5 de junio de 1985 [RJ 1985, 3094]), por lo que, como regla general, la indemnización por el incumplimiento, total o parcial, de las obligaciones derivadas de contrato requiere la constancia de la existencia de los daños y perjuicios y la prueba de los mismos (SSTS. de 24 de septiembre de 1994 [RJ 1994, 6988], 6 de abril de 1995 [RJ 1995, 3416], 22 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7236], 13 de mayo de 1997 [RJ 1997, 3482] y 24 de mayo de 1999 [RJ 1999, 4056]). Esto es, en principio, no puede condenarse a un resarcimiento de daños, ya derivados de contrato ya de acto ilícito, si los daños no han sido probados, prueba que incumbe al acreedor reclamante de la indemnización (SSTS de 2 de febrero y 6 de mayo de 1960, 6 de octubre de 1961 [RJ 1961, 3592] y 11 de marzo de 1967). Los perjuicios, en definitiva, han de tener existencia real al tiempo en que se ejercita la acción y, por tanto, la simple eventualidad del daño no basta para exigir una responsabilidad (SSTS de 17 de diciembre de 1987 SIC, 28 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9812] y 9 de abril de 1996 [RJ 1996, 2912]), pues el artículo 1.101 del Código Civil () presupone la prueba de los perjuicios, cuya apreciación real y no dubitada debe ser estimada por el Tribunal sentenciador, aun cuando, una vez probados, quede para ejecución de sentencia la determinación de su cuantía (en los términos que ahora señala el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]), sin que a tal trámite procesal pueda quedar relegada la prueba de la existencia de los perjuicios (SSTS. de 2 de febrero de 1969, 13 de abril de 1992 [RJ 1992, 3100], 31 de marzo de 1993 [RJ***

1993, 2340], 1 de abril de 1996 [RJ 1996, 2875], 16 de abril de 1998 [RJ 1998, 2394] y 8 de julio de 1999 [RJ 1999, 4989]).”

La misma tesis la encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 24 octubre de 1986, que dice que: **“Ante este hecho probado, no se puede apreciar la existencia de daños y perjuicios debidos a conducta culpable de la demandada, pues la doctrina legal, de la que es ejemplo la sentencia de esta Sala de 23 de Enero de 1986 (RJ 1986\112), indica que la cuestión de la existencia de daños y perjuicios, es una cuestión de hecho, que exige la prueba de su entidad y cuantía, para que su indemnización sea procedente.”**

Y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), de 24 febrero 2001, cuyo tenor literal es:

«el reconocimiento y estimación del resarcimiento que solicita el demandante se subordina como se cuidan de precisar, entre otras, la STS, Sala Primera, de 9 de enero de 1987; la SAT de Asturias, de 1 de marzo de 1988, y las SSAAPP, de Asturias, de 16 de enero de 1989; de Barcelona -Secc. 1ª-, de 8 de febrero de 1989; y de Vizcaya, de 11 de julio de 1989, a la acreditación cumplida por el demandante, con carga de su exclusiva incumbencia a la luz del art. 1214 CC (LEG 1889, 27), tanto de la relación causal entre aquella falta de diligencia y el perjuicio que se afirma experimentado, cuanto la existencia misma de éste y su importe». «Así, tiene declarado el Tribunal Supremo que: “... la cuestión de la existencia de daños y perjuicios es una cuestión que exige la prueba de su entidad y cuantía, para que su indemnización sea procedente” (SSTS, Sala Primera, 23 de enero [RJ 1986, 112] y 24 de octubre de 1986 [RJ 1986, 5953], entre otras), habiendo puntualizado que “... según tiene reiteradamente declarado este Tribunal, la obligación de indemnizar daños y perjuicios no es consecuencia necesaria del mero incumplimiento que se atribuya a uno de los contratantes -por cuanto ello implica el resarcimiento de un daño o perjuicio sufrido y no obtener la ventaja que el cumplimiento del contrato hubiera reportado-, sino que para que nazca y sea exigible, con posibilidad de acogida en casación, se demuestre y conozca la realidad de haberse producido aquéllos... sin que pueda derivarse de supuestos tan sólo posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre” (SSTS, Sala primera, de 15 de octubre de 1915, 21 de octubre de 1925, 25 de noviembre de 1926, 3 de febrero de 1928, 11 de diciembre de 1932, 13 de julio de 1945, 13 de febrero de 1950 [RCL 1950, 344], 17 de febrero de 1951 [RJ 1951, 992], 30 de noviembre de 1961 [RJ 1961, 4444], 16 de enero de 1962 [RJ 1962, 41], 28 de octubre de 1963 [RJ 1963, 4226], 6 de julio de 1983 [RJ 1983, 4073], 8 de octubre de 1984 [RJ 1984, 4761], entre otras). Este razonamiento, empero, no puede ser objeto de acrítica e indiscriminada generalización, pues no cabe desconocer que la falta de prestación representa, de suyo, una vez demostrada la omisión, un daño y una frustración de la economía e interés del afectado, que han de ser reparados, ya que “... de ordinario el incumplimiento entraña en su misma realidad un agravio a los intereses del acreedor...” (SSTS, Sala Primera, de 27 de junio de 1984 [RJ 1984, 3438], 17 de enero [RJ 1985, 180] y 21 de junio de 1985, entre otras), y contradiría la más elemental idea de justicia sostener que “... en los

casos en que de los hechos demostrados y reconocidos se deduzca fatal y necesariamente la existencia de daño, sea preciso acreditar también la realidad de éste" (SSTS, Sala Primera, de 2 de abril de 1960 [RJ 1960, 1269], 28 de abril de 1969 [RJ 1969, 2234], 30 de marzo de 1984 [RJ 1984, 1472], entre otras). Cuestión distinta es que **el incumplimiento, pueda ser aprovechado por éste para obtener ganancias o ventajas meramente contingentes, o la satisfacción de expectativas insuficientemente contrastadas** (especialmente, SSTS, Sala Primera, 9 de mayo de 1984, 5 de junio [RJ 1985, 3094] y 29 de noviembre de 1985 [RJ 1985, 5916]).

Y más adelante continua la sentencia de referencia diciendo que

«Son diversas las especies del género "daños" que ha distinguido la doctrina científica atendiendo a su contenido, en **daños patrimoniales directos** -cuando se infligen a la esfera económica del sujeto-; **daños patrimoniales indirectos** -los que recaen sobre la esfera jurídica extrapatrimonial, aunque determinan mediatamente un menoscabo económico- (también denominados "daños morales impropios"; y **daños morales propios** (también denominados "no económicos", "no patrimoniales" o "inmateriales" -los detrimentos de carácter espiritual en los bienes o derechos de la personalidad o a valores afectivos, ora directamente ora vinculados con pérdidas materiales de diversa índole, que sin aparejar próxima ni mediatamente efectos patrimoniales, son susceptibles de valuación económica-. A su vez, dentro de los primeros se acostumbra a distinguir entre daño emergente -si la conducta ilícita produce una disminución de los bienes efectivos del patrimonio de la víctima-, y lucro cesante -si la conducta lesiva determina la imposibilidad de obtener ganancias e ingresarlas en el patrimonio-». Y sigue añadiendo que **«Si bien aparece sancionada en el artículo 1106 del Código Civil la resarcibilidad del denominado lucro cesante con una parquedad inusitada, debiendo ser complementada por la doctrina legal del Tribunal Supremo, a cuyo fin se ha declarado que las ganancias dejadas de obtener han de guardar relación de causa a efecto con el acto ilícito origen del resultado dañoso (STS, Sala Primera, de 23 de marzo de 1954 [RJ 1954, 1000]), pudiendo determinarse su alcance cuantitativo atendiendo a cálculos teóricos (STS, Sala Primera, de 4 de abril de 1970), pero cuidando de que conste de lo actuado algo más que la simple posibilidad de realizar la ganancia, esto es, una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, al objeto de que no aparezcan como dudosas, contingentes o sólo fundadas en esperanzas** (SSTS, Sala Primera, de 22 de junio de 1967 [RJ 1967, 2926], 20 de marzo y 25 de abril de 1978 [RJ 1978, 850], entre otras)». En este sentido importa destacar que la apodíctica afirmación de la parte aquí demandante, acerca de que el recurso de revisión habría sido estimado no pasa de ser una conjetura pues como señala la SAP de Vizcaya (Secc. 2ª), de 11 de julio de 1989 «ello nos lleva a la debatida cuestión de la variabilidad de las resoluciones judiciales, íntimamente ligada a la independencia del Juez. La difícil función de juzgar no es una actividad matemática como pretende la parte actora sino que responde a una actividad crítico-valorativa del hecho enjuiciado»; o, como señaló la SAP de Barcelona (Secc. 11ª), de 8 de febrero de 1989 «la

*expectativa frustrada de obtener una sentencia favorable... no es ciertamente un perjuicio cierto»; o, finalmente, la SAP de Asturias, de 16 de enero de 1989, al afirmar que «... **el resultado que podría conseguirse con la impugnación de la sentencia..., es meramente contingente y, por ello no indemnizable como perjuicio.**»*

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 8 octubre 1984, expone que:

*“Que según reiterada jurisprudencia de esta Sala, que por conocida hace innecesaria la cita de las sentencias que la sancionan, **la indemnización de daños y perjuicios, a que se refiere la preceptiva contenida en el artículo mil ciento uno del Código civil, no va ineludiblemente ligada o es consecuencia necesaria del incumplimiento contractual, siendo preciso demostrar la existencia real de aquéllos para que dicha obligación nazca y sea exigible, correspondiendo la apreciación de su certeza al juzgador de instancia, sin que pueda derivarse la misma de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, no pudiendo, de otra parte, condenarse al pago de indemnización defiriendo para ejecución de sentencia el hecho incierto de que los perjuicios lleguen a tener realidad, pues el condenar a eso hay que hacerlo sobre la base de su efectividad acreditada.***

*CONSIDERANDO: Que la debida aplicación en el caso del presente recurso de la doctrina legal consignada a las conclusiones fácticas sentadas por la sentencia recurrida en orden a no haberse probado la realidad de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclame, determina el decaimiento de los dos motivos que lo fundamentan, articulados, el primero por la vía del ordinal séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento civil, acusando error de derecho en la apreciación de la prueba originado por supuesta infracción del artículo mil doscientos veinticinco del Código civil, y el segundo, por el cauce del número primero del citado artículo de la Ley Procesal, denunciando violación, por inaplicación, del artículo mil ciento uno del Código civil, pues en lo referente al motivo primero **el «retraso» en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la entidad actora, aquí recurrida, que el documento privado en que el motivo se apoya justifica, no desvirtúa en forma alguna el hecho, que la resolución impugnada declara probado, de no haberse acreditado por el reconveniente la realidad de los daños y perjuicios que por tal retraso adujo que se le originaron, y por lo que respecta al motivo segundo la violación de la preceptiva contenida en el artículo mil ciento uno del Código civil no puede producirse en supuestos en los que al no existir demostrados los daños y perjuicios cuya indemnización se pretende está ausente la base fáctica que posibilita su aplicación.**”*

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 13 abril 1992, manifiesta que: *“En el motivo quinto, acogido al mismo cauce procesal que los anteriores, se acusa infracción de los arts. 1258, 1100 y 1104 del Código Civil y en él se ataca el pronunciamiento desestimatorio de la pretensión de indemnización de daños y*

perjuicios causados a los ocupantes y propietarios de las viviendas construidas en la parcela litigiosa por los recurrentes; el motivo ha de rechazarse pues además de no haberse acreditado que por el incumplimiento contractual imputable a la vendedora, el recurrente hubiera tenido que satisfacer los gastos realizados por aquéllos para suplir los servicios que dejaron de suministrarse por causa de ese incumplimiento, lo que le hubiera legitimado para la reclamación que hace, es de ver que la sentencia recurrida no da como probado los daños y perjuicios cuya indemnización se pretende, y **es doctrina reiterada de esta Sala que corresponde a los Tribunales de instancia la fijación de la cuantía a indemnizar, ya que las cuestiones relativas a la indemnización de daños y perjuicios lo son de hecho y, por consiguiente, la apreciación de las mismas corresponde al Tribunal sentenciador**, al no impugnarse en casación por la vía del núm. 4.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cosa que en el presente recurso no se ha hecho. Teniendo en cuenta esa declaración fáctica de la sentencia recurrida de no resultar probados los daños y perjuicios cuya indemnización postulaban los recurrentes, ha de rechazarse el sexto y último de los motivos articulados en que se alega infracción del art. 928 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; como dice la S. 7-5-1991 (RJ 1991\3584) **«la sentencia recurrida no ha estimado probada la existencia de los daños reclamados, luego tampoco puede determinarse en ejecución de sentencia su cuantía**, puesto que la dicha sentencia es presupuesto ineludible para poder con posterioridad o inmediatamente después, en la misma decisión, o en ejecución de sentencia, fijar la cantidad a que ascienden, tampoco puede dejarse para esa ejecución la determinación de la existencia de daños»; doctrina cuya claridad lleva a la dicha desestimación del motivo.»

Y la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 7 mayo 1991, que expone: **“Es declaración jurisprudencial muy reiterada -sentencias, entre otras, de 15 de octubre de 1912, 31 de mayo de 1944 (RJ 1944\804), 9 de diciembre de 1955 (RJ 1955\3613)- que las cuestiones relativas a indemnización de daños y perjuicios lo son de hecho, y, por consiguiente, la apreciación de las mismas corresponde al Tribunal sentenciador, a no impugnarse en casación por error en la apreciación de la prueba fundado en el n.º 4 del art. 1692 de la Ley Procesal y con los requisitos en el mismo precepto exigidos; impugnación que en este recurso no ha sido formulada, por lo que esta Sala de casación ha de atenerse a la resultancia probatoria apreciada por la sentencia de instancia. b) La sentencia recurrida no ha estimado probada la existencia de los daños reclamados, luego tampoco puede determinarse en ejecución de sentencia su cuantía, porque la dicha existencia es presupuesto ineludible para poder con posterioridad o inmediatamente después, en la misma decisión, o en ejecución de sentencia, fijar la cantidad a que ascienden. Tampoco puede dejarse para esa ejecución la determinación de la existencia de daños. En el apartado d) del fundamento de derecho primero de esta sentencia se recogen los hechos no probados según el Tribunal de apelación, cuya prueba era de todo punto necesaria para tener por «existentes» los daños, hechos que no se han probado ni de los autos deriva que se haya siquiera intentado probarlos.”**

Continuamos nuestras referencias con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª), de 8 mayo 2002, que sigue la misma línea, y nos sirve de resumen, al estatuir que:

“habrá de recordarse lo que constituye reiterada doctrina jurisprudencial que enseña que al perjudicado corresponde la acreditación del alcance del daño sufrido así como su existencia y relación de causalidad con el hecho que se afirma generador o del que el daño es consecuencia, de ahí que deba de afirmarse que el éxito de la pretensión requiere la demostración cumplida de unos perjuicios reales de índole patrimonial o extra patrimonial, pero en todo caso susceptibles de evaluación económica. Así, tiene declarado el Tribunal Supremo que: ...la cuestión de la existencia de daños y perjuicios es una cuestión que exige la prueba de su entidad y cuantía, para que su indemnización sea procedente S.S.T.S., Sala Primera, 23 de enero y 24 de octubre de 1.986, entre otras), y que no puede prosperar la demanda en que se solicita la indemnización de los perjuicios que se acrediten en el periodo de la ejecución de la sentencia, porque la existencia de los mismos ha de probarse en el pleito (S.S.T.S., Sala Primera, de 26 de marzo de 1.883; 4 de enero de 1.887; 13 y 26 de noviembre de 1.895; 7 de marzo y 22 de octubre de 1.896; 9 de enero y 20 de abril de 1.897; 19 de enero y 20 de marzo de 1.898; 26 de octubre de 1.906; 2 de junio de 1.908; 1 de marzo de 1.910, 29 de noviembre de 1.926, 28 de junio de 1.945, 14 de junio de 1.947, 7 de junio de 1.952, 20 de enero de 1.992 (Rep. Jur. Ar. 188), 24 de marzo de 1.992 (Rep. Jur. Ar. 2.284), 25 de marzo de 1.992 (Rep. Jur. Ar. 2.286), 2 de junio de 1.992 (Rep. Jur. Ar. 4.985), y 22 de junio de 1.992 (Rep. Jur. Ar. 5.412), entre otras), y solo es lícito reservar para dicho periodo la determinación de su cuantía (S.T.S., Sala Primera, de 19 de enero de 1.904).

De acuerdo con ello, nuestro Tribunal Supremo tiene establecido que no puede condenarse al pago de indemnización difiriendo para ejecución de sentencia el hecho incierto de que los perjuicios lleguen a tener realidad, pues al condenar a ello hay que hacerlo sobre la base de su efectividad acreditada (S.T.S., Sala Primera, de 8 de octubre de 1.984).”

Por último, concluimos citando la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 noviembre 1985, de la que fue ponente MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE, que señala que **“.....la más reciente doctrina de esta Sala, establece que si bien es cierto que el simple incumplimiento contractual de suyo no genera la obligación de indemnizar por cuanto ello implica el resarcimiento del daño o perjuicio y no obtener la ventaja que el cumplimiento del contrato no hubiera reportado -Sentencias de nueve de Mayo y veintisiete de Junio de mil novecientos ochenta y cuatro (RJ 1984\2403 y RJ 1984\3438)-, por regla general el incumplimiento cuando así se declara, es generante «per se» de un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral -Sentencia de cinco de Junio de mil novecientos ochenta y cinco (RJ 1985\3094)-. Pues bien, en el presente caso la no concesión de la indemnización de daños y perjuicios por la sentencia impugnada, se hace en virtud de unos hechos cuya apreciación por la Sala han quedado incólumes según se ha decidido al examinar el primer motivo de este recurso, por lo**

que no cabe aplicar dicha doctrina, puesto que se parte de situaciones fácticas distintas ya que en el caso presente, -dice la sentencia combatida en valoración que se confirma en la presente-, «... tampoco de lo actuado, valorado correctamente, se puede llegar a la conclusión tan drástica sobre el incumplimiento contractual y a quien se le debe imputar a que llegar el juzgador de primera instancia en el segundo considerando de su sentencia, pues sobra para mantener otra conclusión, con observar la conducta de la demandante una vez recibida la carta de 9 de Septiembre de 1982, remitida por la demandada, ya que debió demostrar en el pleito, cosa que tampoco ha hecho y conseguido probar, que realizó todas las actividades y puso toda la diligencia necesaria para cumplir sus compromisos a tiempo o con una demora limitada, poniendo además a disposición de la demandada los roscadores ya en su poder y dentro del plazo pactado y demostrando que los otros también los tenía adquiridos y que los puso a disposición de la última con muy poco retraso del plazo de entrega pactado». De cuya conclusión fáctica se infiere que como dice la Sentencia de esta Sala de trece de Abril de mil novecientos ochenta y cinco (RJ 1985\1696), «no se dan los requisitos exigidos para que prospere la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual, ya que no existe una conducta antijurídica imputable al demandado», por lo menos en la extensión y profundidad necesarios para provocar la disminución efectiva patrimonial sufrida por la vendedora a causa del incumplimiento contractual cuyas consecuencias dañosas no han sido acreditadas por la misma, ni el desarrollo de los acontecimientos posteriores a la carta de 9 de Septiembre de 1982 de anulación del pedido, permiten imputarle a la compradora tales consecuencias, -sentencia de 31 de Mayo de mil novecientos ochenta y cinco (RJ 1985\2839)-, lo que hace inoperante la invocación del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya aplicación presupone que en el procedimiento principal se haya podido justificar la existencia de los daños y perjuicios, aunque no se hayan cuantificado.»

Por lo tanto, como conclusión, podemos afirmar que los daños y perjuicios que se exijan al árbitro como derivados de una actuación de mala fe, temeraria o dolosa, deberán ser necesariamente acreditados por quien los solicite, demostrando la directa relación entre tal actuación y los mismos, justificando igualmente su cuantía y proporcionalidad.

El hilo argumental que hemos ido desplegando con el apoyo de las anteriores sentencias encuentra su confirmación definitiva en la importantísima Sentencia nº 429/2009 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, de 22 de Junio de 2009, que sienta de forma definitiva las bases de lo que debe entenderse por mala fe, temeridad y dolo en materia arbitral, así como viene a delimitar de forma clara el ámbito de responsabilidad civil de los árbitros actualmente vigente, con una interpretación que afecta igualmente a la LAB y a la NLAB, fijando todos los requisitos necesarios para que efectivamente concurra una responsabilidad exigible al árbitro.

La citada sentencia, en su fundamento de derecho cuarto, establece:

“- La responsabilidad civil de los árbitros.

Entre otros son criterios generales a los cuales debe ajustarse la exigencia de responsabilidad civil a los árbitros por los daños producidos en el ejercicio de su cometido los siguientes:

- a. Desde el punto de vista positivo, la institución del arbitraje, en cuanto comporta materialmente el ejercicio de la función de resolución de conflictos jurídicos en una posición autónoma de imparcialidad, exige que esta no se vea amenazada por reclamaciones de responsabilidad civil por los errores cometidos. Por ello, para que exista esta responsabilidad es menester que la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter manifiesto y que, cuando menos, ser producto de una grave negligencia. La LAB, no aplicable por razones temporales al supuesto que examinamos, restringe la responsabilidad a «los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo» (artículo 21 LAB), por considerar que **sólo los daños causados intencionalmente o mediando grave negligencia pueden determinar la exigencia de responsabilidad a los árbitros sin amenazar la autonomía de actuación necesaria para el ejercicio de la facultad de resolución heterónoma de conflictos que se les reconoce de acuerdo con la voluntad de las partes.** La LAB 1988, aplicable en el caso, considera responsables a los árbitros que no cumplieran fielmente su encargo «por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa». Esta expresión debe también interpretarse como restringida a los supuestos de negligencia grave, pues la imputación al árbitro de los daños causados mediante negligencia que no comporte una infracción suficientemente caracterizada de sus deberes se opone a la autonomía funcional amparada en la autonomía de la voluntad de las partes que constituye la base de esta institución.

La necesidad de que se aprecie un error de carácter manifiesto para que pueda exigirse responsabilidad en relación con los errores judiciales constituye prácticamente una constante en Derecho comparado y se ofrece como una exigencia derivada de los principios del Derecho comunitario cuando se trata de determinar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de aquel mediante actuaciones judiciales. No parece que respecto de los árbitros deba regir un principio distinto, pues, salvadas las distancias que existen entre la naturaleza de la función jurisdiccional y la de arbitraje (la primera tiene su fundamento constitucional en el monopolio de exclusividad de aplicación de las leyes y garantía de los derechos por el poder judicial, mientras que el segundo, según la STC 9/2005, es un medio heterónimo 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 actuación del árbitro, limitada a determinadas materias, tiene un contenido material similar al ejercicio de la función jurisdiccional y el laudo dictado produce los mismos efectos que una resolución jurisdiccional. Por otra parte, la esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control

extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005, y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990). Cuando se trata de arbitraje de equidad, la exigencia del carácter manifiesto del error cometido por negligencia y su incidencia en el carácter injusto del resultado resulta especialmente relevante. La aplicación de la equidad no supone, como ha declarado esta Sala, prescindir de los principios generales del Derecho y la justicia, ni contravenir el Derecho positivo (según la STS de 30 de mayo de 1987 la jurisprudencia no declara que los laudos de equidad deban desconocer o contravenir las normas de Derecho positivo, sino que viene a afirmar que no se apliquen exclusivamente normas de Derecho de forma rigurosa), sino más bien atenerse a criterios de justicia material fundados en principios de carácter sustantivo y premisas de carácter extrasistemático para fundar la argumentación, las cuales tienen un valor relevante en la aplicación del Derecho, aunque pueda prescindirse, dado el carácter esencialmente disponible del objeto del arbitraje, de aquellas reglas que tienden a la protección del sistema jurídico como institución, especialmente de aquellas que persiguen salvaguardar la seguridad jurídica, cuando no se advierte que en el caso concretamente examinado tengan más trascendencia que la de garantizar la coherencia institucional y la autoridad del Derecho y de los tribunales. Resulta, por lo tanto, evidente que cuando el arbitraje es un arbitraje de equidad resulta especialmente relevante la justicia del resultado obtenido y su coherencia con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso, por lo que, desde el punto de vista de la responsabilidad de los árbitros, no pueden tomarse en consideración de manera aislada la omisión de reglas o premisas de carácter formal o institucional, aunque pudiera considerarse grave en una resolución jurisdiccional.

- b. Desde el punto de vista negativo, **la responsabilidad del árbitro no podrá apreciarse en casos en los que no se excedan los límites de los inevitables márgenes de error en que se producen las actuaciones arbitrales**, teniendo en cuenta el carácter necesariamente sujeto a apreciación que la aplicación del ordenamiento jurídico comporta, la aceptación de la posibilidad de error que lleva consigo el convenio arbitral si en él no se establece un sistema de revisión de la decisión arbitral y el carácter del árbitro como persona no dedicada profesionalmente al ejercicio de la potestad jurisdiccional.*
- c. De acuerdo con los principios generales en materia de responsabilidad civil, **la responsabilidad de los árbitros exige también la existencia de un perjuicio económico efectivo en el patrimonio o en los derechos de los interesados.***

- d. **La apreciación de responsabilidad exige también un requisito de ligamen causal entre la acción u omisión productoras del daño o perjuicio y el resultado.** Es particularmente relevante en la apreciación del nexo de causalidad la adecuación valorativa del concepto, que se logra tomando en consideración la confluencia de determinados factores, tales como la conducta de las partes o la interferencia de factores externos, que puedan enervar la posibilidad de atribuir razonablemente el daño, causado por una irregularidad en el cumplimiento de los deberes del árbitro, a la conducta del árbitro demandado en el plano de la imputación objetiva, más allá de la pura causalidad fenoménica, si dicha conducta no es suficientemente relevante.
- e. **El daño o perjuicio económico no debe poder ser reparado de otra forma, por lo que el árbitro deviene responsable en último término, como corresponde a la necesidad de salvaguardar razonablemente, en beneficio de la libertad de disposición de las partes, la autonomía en el ejercicio de su función, lo que quiere decir que la reclamación formulada en contra del árbitro no puede prosperar, por falta de requisitos, sin el agotamiento de los remedios hábiles para revisar la resolución a la que se imputa el perjuicio, bien sea la acción de aclaración y complemento, la acción de anulación prevista en la LAB cuando sea procedente y útil o los medios de revisión que se hayan establecido válidamente en el convenio arbitral.**

Por lo tanto, a partir de la citada sentencia, la responsabilidad civil de los árbitros ha quedado definitivamente delimitada, y así se ha puesto de manifiesto posteriormente en diferentes sentencias de Audiencias Provinciales y de Tribunales Superiores de Justicia que fallan sobre recursos de apelación contra sentencias que resuelven demandas por responsabilidad civil contra árbitros.

En conclusión, sólo podrá apreciarse responsabilidad civil en los árbitros por los daños producidos en el ejercicio de su cometido si concurren todas las siguientes circunstancias:

- 1) La infracción cometida en el cumplimiento del encargo por los árbitros debe revestir un carácter manifiesto y, cuando menos, debe ser producto de una grave negligencia. Sólo los daños causados intencionalmente o mediando grave negligencia que comporten una infracción suficientemente caracterizada de sus deberes pueden determinar la exigencia de responsabilidad a los árbitros. Y en el arbitraje de equidad ni siquiera pueden tomarse en consideración de manera aislada la omisión de reglas o premisas de carácter formal o institucional.
- 2) Que los árbitros se hayan excedido de los límites de los inevitables márgenes de error en que se producen las actuaciones arbitrales, teniendo en cuenta el carácter necesariamente sujeto a apreciación que la aplicación del ordenamiento jurídico comporta, la aceptación de la posibilidad de error que lleva consigo el convenio arbitral si en él no se establece un sistema de revisión de la decisión arbitral y el carácter del árbitro como persona no dedicada profesionalmente al ejercicio de la potestad jurisdiccional.

- 3) De acuerdo con los principios generales en materia de responsabilidad civil, debe existir un perjuicio económico efectivo en el patrimonio o en los derechos de los interesados producido por la actuación de los árbitros.
- 4) Debe existir un ligamen causal entre la acción u omisión de los árbitros productoras del daño o perjuicio y el resultado. Es particularmente relevante en la apreciación del nexo de causalidad la adecuación valorativa del concepto, que se logra tomando en consideración la confluencia de determinados factores, tales como la conducta de las partes o la interferencia de factores externos, que puedan enervar la posibilidad de atribuir razonablemente el daño, causado por una irregularidad en el cumplimiento de los deberes del árbitro, a la conducta del árbitro demandado en el plano de la imputación objetiva, más allá de la pura causalidad fenoménica, si dicha conducta no es suficientemente relevante.
- 5) El daño o perjuicio económico no debe poder ser reparado de otra forma, por lo que el árbitro deviene responsable en último término, es decir, la reclamación formulada en contra del árbitro no puede prosperar, por falta de requisitos, sin el agotamiento de los remedios hábiles para revisar la resolución a la que se imputa el perjuicio, bien sea la acción de aclaración y complemento, la acción de anulación prevista en la LAB cuando sea procedente y útil o los medios de revisión que se hayan establecido válidamente en el convenio arbitral.

La Sentencia nº 159/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 8 de Mayo de 2015, señala:

“SEPTIMO.- la responsabilidad que dimana del art.21 de la LAB., exige, en concordancia con lo dispuesto en el art. 217 de la L.E.C., no solo que la actuación del árbitro sea por "mala fe, temeraria o dolosa" sino además que se pruebe. Se dice, pero simplemente se afirma, porque no se prueba, que la actuación fue temeraria y que la referida temeridad resulta probada sin "necesidad de demostración", como si para ello fueran suficientes las razones recogidas en la sentencia para anular el laudo (que invoca o rechaza la apelante según le conviene), olvidando que una cosa son los motivos de anulación que recoge el art. 41 de la LAB., y otra distinta, los presupuestos que el art. 21 de la misma Ley establece para la exigencia de responsabilidad. Que el demandado Sr. Gaspar no revelara todas las circunstancias personales que en él concurrían, referidas a sus relaciones con el Banco de Santander o el bufete de Abogados que le asiste, antes, durante o después del laudo, que pudieran dar lugar a "dudas justificadas" sobre su imparcialidad o independencia, aceptara luego el cargo, e interpretara su inadmitida recusación como un atentado a su honor, no comporta sin más (como sostiene insistentemente la apelante), una actitud dolosa, temeraria o de mala fe, generadora de la responsabilidad que recoge dicho precepto. Como adelanta la sentencia recurrida, este artículo, aunque en el Anteproyecto de la LAB. 2.003 estaba diseñado de forma similar al art. 16 de la derogada LAB. de 1.988, que seguía el régimen ordinario de responsabilidad contractual (arts. 1.101 y sgts. del C.C .), fue sustancialmente modificado durante la tramitación

parlamentaria, en la que se descartó la responsabilidad por simple culpa o negligencia, manteniéndola solamente cuando la actuación arbitral fuere causada por "dolo, temeridad o mala fe".

El referido precepto dispone expresamente que "La aceptación obliga a los árbitros, y en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo si no lo hicieren en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo", de manera que, como ha dicho algún especialista en la materia, aunque la aceptación es la "génesis de la responsabilidad del árbitro o de la institución arbitral", y por ello la exigencia de responsabilidad por los daños y perjuicios que pudieran causarse por la falta de cumplimiento fiel del encargo, surge cuando los árbitros no lo cumplen fielmente; **es sin embargo preciso que el incumplimiento sea debido, como literalmente dice el citado artículo a "mala fe, temeridad o dolo". A tal efecto el art. 1.269 del C.C. establece que el dolo se produce cuando " con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho ", de manera que la actitud dolosa del árbitro debe plasmarse en una insidia directa o inductora del error. Es verdad que la insidia o el dolo, al que debe asimilarse la mala fe, y la temeridad, entendida en estos casos como una actuación que debe ser puesta en relación con la negligencia profesional, puede ser tanto de carácter positivo como negativo. En este último caso, la S.T.S. de 5 de marzo de 2.010, refiriéndose a otras numerosas sentencias que cita, se ha ocupado de precisar en qué consiste el **dolo negativo diciendo, que se produce, cuando se adopta una actitud de silencio o reticencia ante una situación en que razonablemente pudiera pensarse lo contrario**; silencio que, en el caso de autos, pudiera identificarse precisamente con la conducta omisiva o de ocultación del demandado de sus relaciones con una de las partes, pero que resulta claramente insuficiente para generar la responsabilidad que establece el art. 21 de la vigente LAB., si de la misma no se desprende y prueba quien lo invoca, que la actuación del sujeto que lo causa es gravemente insidiosa o intencionada, actuación que no se presume, sino que ha de ser probada, y que en modo alguno se aprecia en el Sr. Gaspar por el simple hecho de haber ocultado sus relaciones con el Banco de Santander, o con algunos miembros del despacho Garrigues que asumió su defensa, relaciones en algunos casos completamente intrascendentes. Menos aún, la demandante ha acreditado que tales ocultaciones le impulsaran consciente e intencionadamente a dictar un laudo injusto y parcial, que ciertamente resultó luego anulado (pero no por esta causa, que además no se contempla como motivo de anulación del laudo, ex art. 41 de la LAB.), de manera que las consideraciones tenidas en cuenta por la sentencia de la Sección 12ª para anular el laudo, no son bastantes para dar lugar a la acción indemnizatoria por daños y perjuicios. **Aunque la actuación insidiosa del árbitro puede producirse tanto en la fase nombramiento y aceptación del arbitraje, como en la de desarrollo del procedimiento arbitral, debe estar dirigida, en la primera fase, a provocar la declaración negocial, que determine a la voluntad de la otra parte a realizar el negocio, que de otro modo, no hubiese realizado; y en la segunda, a vulnerar los principios fundamentales que lo rigen; y en el****

presente caso, no se desprende de las pruebas practicadas tal conducta insidiosa suficiente para determinar responsabilidad. Como dijo la Sentencia de 14 de noviembre de 2.003 de la Sección 12ª de la A.P. de Barcelona **"el grado de negligencia en la concreta actuación in procedendo no alcanza por ello, la categoría de acto sancionable en cuanto generador de la responsabilidad arbitral"**, porque **"para ello hubiera sido preciso demostrar que la anulación de aquel pronunciamiento (en nuestro caso del laudo en su integridad) determinaba la frustración del final arbitraje, desvaneciendo la expectativa global de las partes de resolución sustancial de su controversia a medio de laudo**. Y este resultado no puede deducirse "sin más", ya que en el presente caso, la total anulación del laudo permite a las partes, que por medio de uno nuevo, se examine la controversia en su integridad, sin las objeciones que dieron lugar a la referida anulación. Finalmente, no es cierto que la Juzgadora de instancia equivoque el concepto de temeridad cuando identifica y reduce los conceptos de dolo, temeridad y mala fe con el de "intencionalidad dañina", porque efectivamente **el T.S., en la Sentencia que cita de 26 de abril de 1.999, declara aplicable a la responsabilidad de los árbitros la tesis de la "Widerrecht lichen", que exige, como requisito insoslayable, la existencia de una situación de "antijuridicidad dañina intencional" que debe servir de guía a la hora de evaluar todas las posibles situaciones en las que se quieren exigir responsabilidades a los árbitros, equiparando tal responsabilidad a la que se exige a los Jueces y Magistrados cuando han infringido manifiestamente, por voluntad negligente, o por ignorancia inexcusable, una ley sustantiva o procesal, siempre que este sancionada su infracción por la nulidad de la actuación o trámite correspondiente**. Y menos aún deben tenerse en cuenta a tal efecto, la concurrencia de circunstancias tales como los altos honorarios que percibieron los árbitros, o los cuantiosos intereses en juego, porque la justicia no puede depender del valor de tales intereses, ni de los cuantiosos honorarios que algunos perciben.

Por lo que atañe a la imputada responsabilidad del Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio Industria y Navegación, que la apelante insiste en residenciar en su codayuvante actuación, al asumir como propio el nombramiento del árbitro Sr. Gaspar, y confirmar luego su designación, sin investigar previamente sus posibles relaciones con una de las partes, a pesar de haber sido recusado, infringiendo así lo dispuesto en el art. 13 de su Reglamento, que le facultaba para "llevar a cabo todas aquellas acciones a fin de resolver cuantas cuestiones se pudieran suscitar para el correcto funcionamiento" de la Corte; este Tribunal, comparte los razonamientos exculpatorios de su responsabilidad que formula el referido demandado en su contestación a la demanda.

Al margen de que, efectivamente, su imputada falta de imparcialidad, debió ser discutida y resuelta en el procedimiento de nulidad del laudo, y de que tratándose de un arbitraje institucional, **la Corte solamente tenía atribuidas funciones de administración del arbitraje, y por ello, las dudas que pudieran existir sobre la imparcialidad de uno de los árbitros nunca podrían extenderse a la repetida Corte**, y al margen de que, la responsabilidad objetiva y directa contra

ella que contempla el art. 21.1 de la LAB. exija como presupuesto previo la declaración de responsabilidad del, o de los árbitros, que como es de ver, esta Sala no aprecia; aunque ciertamente el citado artículo **no condicione dicha responsabilidad a la declaración de previa responsabilidad de los árbitros, ya que ambas son independientes, la ausencia de responsabilidad del árbitro demandado por falta de apreciación de temeridad, mala fe o dolo en su actuación como árbitro imparcial, determina consiguientemente la falta de responsabilidad de la Corte por la imputada falta de vigilancia sobre las relaciones del mismo con el Banco de Santander, ya que no solo es que la demandada institución limitara sus funciones a las de mera administración del laudo, sino que, por lo expuesto tampoco resulta probada la imputada falta de cumplimiento fiel del encargo. En concreto y conforme al art. 13.3 de su Reglamento eran las partes las que designaban cada una a un árbitro, y los designados los que nombraban a un tercero que actuaría como Presidente, por tanto sin intervención alguna de la demandada en dicha designación; y conforme al art. 16.1 no intervino (como ahora permite el art. 13. 3 del vigente Reglamento de 15 de marzo de 2.011) en la decisión sobre la recusación del Sr. Gaspar que fue rechazada por "todos los árbitros", es más, conforme al Rglto. entonces vigente, de haberlo hecho hubiera dado lugar a una causa de anulación del laudo (art. 41.1 d de la LAB.)”**

La Sentencia nº 486/2014 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, de 16 de Octubre de 2014, por su parte, presente el siguiente tenor literal:

“CUARTO.- Por la representación de AMVOS CONSULTING SL, se invoca dentro de este primer motivo, y de los siguientes, su desacuerdo en la fundamentación de la sentencia dictada, así como en la valoración de la prueba y la normativa a aplicar, pues entiende que aun cuando el artículo 37 de la Ley de Arbitraje de 2003, exige en la responsabilidad del árbitro la concurrencia de mala fe, temeridad o dolo, no solo es exigible en estos casos pues resultaría una derogación de la ley general en lo referente a los art. 1.101 y 1.902 del CC, que establecen la obligación de reparar el daño causado. Y en el presente caso la nulidad declarada del laudo implica acudir a un nuevo proceso arbitral, abonando nuevamente los costes que se pagaron en el anterior, lo que viene provocado por la inactividad y demora de los árbitros en dictar el laudo, en cumplimiento de sus obligaciones.

El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 22 de junio de 2009, matiza que la institución del arbitraje, en cuanto comporta materialmente el ejercicio de la función de resolución de conflictos jurídicos en una posición autónoma de imparcialidad, exige que esta no se vea amenazada por reclamaciones de responsabilidad civil por los errores cometidos. Por ello, para que exista esta responsabilidad, es menester que la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter manifiesto y que, cuando menos, ser producto de una grave negligencia. La Ley de Arbitraje de 2003, aplicable por razones temporales al supuesto que examinamos, restringe la responsabilidad a «los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo» (artículo 21 LAB), por considerar que sólo los daños causados intencionalmente o mediando grave negligencia pueden determinar la exigencia

de responsabilidad a los árbitros, sin amenazar la autonomía de actuación necesaria para el ejercicio de la facultad de resolución heterónoma de conflictos, que se les reconoce de acuerdo con la voluntad de las partes. Es más la anterior sentencia reseñada del TS, llega a considerar que incluso la anterior LAB de 1988, no aplicable en el caso, que considera responsables a los árbitros que no cumplieran fielmente su encargo «por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa», debe también interpretarse como restringida a los supuestos de negligencia grave, pues la imputación al árbitro de los daños causados mediante negligencia que no comporte una infracción suficientemente caracterizada de sus deberes, se opone a la autonomía funcional amparada en la autonomía de la voluntad de las partes, que constituye la base de esta institución.

En consonancia con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje de 2003, debería el actual apelante como actor de esta reclamación por responsabilidad civil demostrar que ha concurrido mala fe, temeridad o dolo en el retraso en 21 días en dictar el laudo, que motivó la anulación del laudo por estar fuera del plazo legal. Sin que hayamos derivado de la prueba documental esta actitud dolosa en los árbitros demandados, **pues del mero retraso en dictar el laudo no se puede deducir esta intencionalidad, si acaso desidia que implicaría una ligera negligencia, que no alcanza la intencionalidad exigida legislativamente para la responsabilidad arbitral.**

En consecuencia **no se trata de que el artículo 21 de la LAB de 2003, suponga una derogación de la ley general en lo referente a los art. 1.101 y 1.902 del CC, que establecen la obligación de reparar el daño causado, sino que establece un marco concreto de la responsabilidad de los árbitros que no puede ser estirado, hasta el punto de comprender también la responsabilidad por culpa, cuando se está exigiendo una estricta responsabilidad por dolo, que no se puede ignorar. Y cuando la jurisprudencia incluso en los supuestos de la anterior normativa, la LAB de 1988, mucho más amplia en la exigencia de responsabilidad, matiza a través de la sentencia del TS, que hemos reseñado, que la misma en todo caso deberá ser un claro supuesto de negligencia grave.**

Debemos por todo ello concluir y añadir, que al igual que aprecia el Juzgador de Instancia en el presente caso la demora en el dictado del laudo, tan solo le ha beneficiado al ahora recurrente, librándole a un pago al que venía obligado, a través del instituto revisor de la nulidad del laudo que en este caso fue estimado. Y que en todo caso como reseña la sentencia apelada, los gastos originados en su defensa ante el procedimiento arbitral, se hubieran originado igualmente si no se hubiera anulado. Ello sumado a la falta de prueba de la intencionalidad dolosa exigida normativa y jurisprudencialmente, nos lleva a desestimar este motivo del recurso.”

El Auto nº 151/2010 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 28 de Septiembre de 2010, cierra la puerta a una pintoresca interpretación consistente en afirmar que de forma directa el árbitro que decide en derecho asume una responsabilidad no basada en al menos la grave negligencia:

*“Finalmente, el recurso se refiere a la superioridad del arbitraje de derecho sobre el de equidad en materia de la responsabilidad que derivaría, para el árbitro de derecho y no para el árbitro de equidad, de la no aplicación de normas imperativas. Sin adentrarnos en un tema que excede el objeto de esta controversia, sí transcribiremos parte de la STS de 22 de junio de 2009, invocada por LAB SEDA, conforme a la cual, "para que exista esta responsabilidad es menester que la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter manifiesto y que, cuando menos, ser producto de una grave negligencia. La LAB [...] restringe la responsabilidad a «los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo» (artículo 21 LAB), por considerar que sólo los daños causados intencionalmente o mediando grave negligencia pueden determinar la exigencia de responsabilidad a los árbitros sin amenazar la autonomía de actuación necesaria para el ejercicio de la facultad de resolución heterónoma de conflictos que se les reconoce de acuerdo con la voluntad de las partes." **Por tanto, ni la inaplicación de la norma imperativa daría lugar por sí sola a responsabilidad del árbitro de derecho; ni la responsabilidad del árbitro tiene su origen típico en la inaplicación de normas imperativas, de forma directa o de forma indirecta, a través del concepto de culpa. La responsabilidad de los árbitros se estructura sobre parámetros alejados de los que se invocan aquí.**”*

Con independencia de que, como señala la Sentencia nº 94/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, de 15 de Febrero de 2011, en su fundamento de derecho segundo, ***“En cualquier caso, le queda a salvo a las partes la acción de responsabilidad civil por los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado al haber incurrido el árbitro, en el cumplimiento de su encargo, en dolo o culpa, prevista en el apartado 1 del artículo 21 de la ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje. En el que sin lugar a duda tendrá cabida el laudo arbitral de derecho dictado con manifiesta incompetencia profesional.*”** Es decir, que existe una clara presunción de que en un arbitraje de derecho, la actuación del árbitro con manifiesta incompetencia profesional debe entenderse como negligencia grave, que es uno de los presupuestos exigidos por el Tribunal Supremo para depurar la responsabilidad civil del árbitro.

La Sentencia nº 409/2014 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, de 23 de septiembre 2014, nos sirve para mostrar cómo se despliega la comentada responsabilidad civil en materia arbitral en el ámbito de las instituciones de arbitraje permanentes:

“PRIMERO. En la demanda de juicio ordinario formulada por Delforca 2008 Sociedad de Valores S.A. contra el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio Industria y Navegación de España se reclama responsabilidad civil a la demandada por los daños causados por la Corte Española de Arbitraje, institución sin personalidad jurídica propia y dependiente de la corporación pública demandada, como institución arbitral en el desarrollo de un procedimiento arbitral seguido entre Banco Santander S.A. y la ahora demandante.

El laudo se dictó el 12 de mayo de 2009 por los árbitros D. Luis Díez Picazo Ponce de León, D. Eduardo García de Enterría y Martínez Carande y D. José Esteve Pardo, con el voto particular discrepante de este último, promoviendo la parte actora acción de anulación del laudo.

SEGUNDO.- La actuación incorrecta que se atribuye a la institución arbitral en el desarrollo del procedimiento arbitral afecta a siete apartados generales: a) Concesión de solo siete días de plazo para el nombramiento de los árbitros cuando la Ley y el Reglamento de la Corte establecen 30 días. b) Resoluciones contradictorias y sometimiento de la Corte a la presión de Banco Santander al determinar el plazo de contestación. c) Temeraria gestión documental del expediente. d) Retención de documentación por la Corte. e) Temeraria actuación de la Corte respecto del proceso de fijación de honorarios. f) Posicionamiento a favor de los intereses del Banco respecto al plazo de cese de los árbitros, y g) Errores en el cómputo de plazos por el secretario.

Sin embargo, la demanda, con una cierta confusión se dedica inicialmente a analizar lo que considera es el contexto del arbitraje, y es en este ámbito cuando alude a la intervención de D. Lorenzo como Presidente del Comité Permanente, a D. Tomás como miembro del anterior, a la intervención de los árbitros Sr. Hernández Gil Álvarez Cienfuegos y del Presidente del tribunal arbitral D. Luis Díez Picazo o a los peritos del Banco, pero estas alegaciones ni constitúan la causa de pedir ni eran el motivo de reclamar responsabilidad a la demandada por el desarrollo del arbitraje por la institución arbitral. Pese a ello, la redacción de la demanda ha llevado a confusión al Juzgador "a quo", que ha creído que los anteriores extremos alegados se integraban en la causa de pedir y, en consecuencia, los ha analizado en la sentencia. Lo anterior ha sido puesto de manifiesto por la apelante actora, en lo que tiene razón.

Por auto de 7 de abril de 2012 se apreció una cuestión prejudicial civil respecto al rollo 3/2009 de la Sección duodécima de esta Audiencia Provincial de Madrid, referido a la acción de anulación del laudo arbitral promovido por la demandante en este proceso, dictando sentencia el mencionado Tribunal el 30 de junio de 2011 estimando la demanda de nulidad del laudo arbitral, y declarando la nulidad del laudo por entender procedente la recusación de un árbitro y por infracción del derecho a la prueba, con lo que se reanudaron las actuaciones de este proceso.

En lo demás, este Tribunal, en su función revisora coincide totalmente con el criterio de la sentencia recurrida, con la única salvedad de que en el párrafo tercero del apartado 3.7 del fundamento jurídico cuarto se ha sufrido un baile de números, pues la cantidad correcta es 198.529,07 euros.

TERCERO.- Al actual artículo 14 de la Ley de Arbitraje permite encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a Corporaciones de Derecho Público y Entidades Públicas que puedan desarrollar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y a asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales, disponiendo el artículo 21 de la Ley que "La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo,

incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros."

Claramente el precepto no establece responsabilidad de la institución arbitral por cualquier error o descuido en que haya incurrido en el desarrollo del procedimiento, requiriendo expresamente la concurrencia de mala fe, temeridad o dolo.

El tribunal Supremo analiza la aplicación del precepto y la extensión de los conceptos de actuación de mala fe, temeraria o dolosa en su sentencia de 22 de junio de 2009, citada por ambas partes litigantes, y que aunque se refiere a la responsabilidad de los árbitros y no de la institución arbitral arroja mucha luz sobre la interpretación y aplicación de la norma.

...../.....

CUARTO. Como hemos dicho, coincidimos enteramente con el criterio de la sentencia apelada en que no se puede apreciar una grave negligencia en la institución arbitral, y mucho menos una actuación dolosa o de mala fe en la misma que diera lugar a su responsabilidad civil. En realidad bastaría remitirse a los extensos, minuciosos y fundamentados argumentos de la sentencia impugnada, que compartimos en su totalidad. En cuanto a la concesión inicial de un plazo de siete días para el nombramiento de los árbitros, que luego se amplió a 30 días a petición de la demandante, la sentencia (apartado 3.1 del fundamento jurídico cuarto) no estima haya mediado actuación incorrecta de la institución arbitral, conclusión acertada a juicio del Tribunal.

QUINTO.- La determinación del plazo de contestación a la demanda puede ser el supuesto más discutible, dadas las sucesivas resoluciones de suspensión y levantamiento del plazo para contestar que se reflejan en el apartado 3.2 del fundamento jurídico cuarto de la sentencia. Todo parece indicar que la discusión se centraba en si era preciso para iniciar el plazo de contestación que se hubiera constituido el Tribunal Arbitral, pareciendo que la institución arbitral entendía que no, lo que viene a explicar aquellas resoluciones. Finalmente, el Comité Permanente dejó la decisión en manos del Tribunal arbitral, que optó prudentemente por la decisión menos complicada de conceder a la demandada un nuevo plazo de veinte días para contestar.

Indica la sentencia apelada, respecto a esta cuestión, que "Si resultan extrañas, sin embargo, las diligencias del Secretario general que una vez suspendido el plazo, solo 16 días después alzase la suspensión sin razonamiento alguno para volver a suspenderlo el 4 de abril, alzándolo el día 14, y volviendo a suspenderlo el 24 de dicho mes, ello supone una irregularidad que ha generado una incertidumbre en la entidad demandante, pero que no supone ni una situación dañina intencional ni una grave negligencia, requisitos esenciales para que pueda surgir una responsabilidad por culpa imputable a la

demandada, máxime cuando finalmente le fue concedida a Delforca 2008 S.V.S.A. por el Tribunal Arbitral (providencia de 26 de junio de 2.008) el plazo de 20 días.", apreciación con la que coincidimos totalmente.

SEXO.- En cuanto a la alegada temeraria gestión documental del expediente, indica la sentencia recurrida (apartado 3.3 del fundamento jurídico cuarto que " Respecto de estas cuestiones, referidas a la presentación de documentos es lo cierto y así se acredita que respecto de uno de los escritos se hizo saber que este se presentó el 21 de mayo de 2.009, cuando en realidad fue el 25 de dicho mes (folio 691), que a algunos se les ha aplicado tippex en la numeración de los registros de entrada (folios 693 a 738) que a la providencia de 19 de junio de 2.009 tiene dos números de registros según se aprecia (folio 740), que hubo que aclarar que la presentación de escritos por vía telemática no era un adelanto de los mismos, que se solicitó por diligencia de 22 de abril de 2.008, a la demandante que se le facilitara la fecha de recepción de varias diligencias preliminares (folio 741), que, en diligencia de 9 de junio de 2.009, se refiere a documentos con entrada de 30 de julio, refiriéndose en el mismo a actuaciones practicadas el 1 de septiembre y 31 de agosto de 2.009 (folio 765)." Y que **"Pues bien las anteriores actuaciones si bien acreditan una conducta descuidada y poco diligente en la tramitación del procedimiento, no se ha justificado hayan sido realizadas con dolo o mala fe, no siendo la negligencia apreciada suficiente para la "temeridad" a que se refiere el art. 21 de la Ley Arbitral."** Lo acertado de esta valoración nos parece evidente.

SÉPTIMO.- En lo que atañe a la retención de documentación por la Corte se analiza en el apartado 3.4 del fundamento jurídico cuarto de la sentencia. En cuanto a la entrega de certificación de la providencia del tribunal denegando la recusación del árbitro Sr. Carmelo y la entrega de testimonio de las actuaciones arbitrales, **la sentencia impugnada observa una cierta dejadez y falta de diligencia en la institución arbitral, en modo alguno integrante de un supuesto de negligencia grave.** Y respecto a la no entrega de las actas del Comité, estima la sentencia que, a diferencia de las correspondientes resoluciones, no forman parte del expediente arbitral. Conclusiones, las señaladas, que a este Tribunal en su función revisora, le parecen acertadas.

OCTAVO.- En cuanto a la fijación de honorarios (apartados 3.5 y 3.7 del fundamento jurídico cuarto de la sentencia impugnada), ésta no aprecia, a nuestro juicio correctamente, irregularidad u omisión en la institución arbitral respecto a las facturas presentadas por los árbitros (apartado 3.5), y en lo que afecta a la determinación de la provisión de fondos (apartado 3.7) el tema es de entidad muy menor, pues fijada la provisión de fondos, la duda podía surgir en si era un importe adicional o no al ya consignado. Como acertadamente indica la sentencia apelada, **la resolución podía haber sido más minuciosa, apreciándose una cierta dejadez en la tramitación del expediente que, sin embargo, no constituye la temeridad que exige el artículo 21 de la Ley de Arbitraje."**

A modo de digresión histórica, no queremos terminar este apartado, clave dentro de esta obra al configurar los límites de la responsabilidad civil de los árbitros, sin

llamar la atención en una de las circunstancias más importantes que provienen de la época justiniana: El laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido para las sentencias firmes. Recordemos que esa concepción de la acción de anulación por causas tasadas, en conjunción con la exigencia del art. 6 NLAB, es la que establece un requisito insalvable, si no se cumplir, para la exigencia de responsabilidades a los árbitros.

Tal y como nos recuerda FERNANDEZ DE BUJAN, A.¹⁷⁴, a quien citamos literalmente, “En la etapa del Derecho clásico, el arbitraje compromisario no generaba una acción ejecutiva, del tipo de la *actio iudicati*, acción por lo juzgado en el proceso, mediante la que se pudiera exigir de forma directa el cumplimiento de la sentencia arbitral, sino que era necesario, dictada la sentencia arbitral, en el caso de inobservancia de esta por una de las partes, acudir a la mecánica de las recíprocas estipulaciones de cumplimiento de lo acordado, *in faciendo*, o penales, con las que se solía reforzar el pacto de compromiso¹⁷⁵, como garantía y soporte del procedimiento y de la sentencia arbitral, con lo que ello suponía de coacción indirecta para la parte incumplidora, dado que la parte perjudicada por el incumplimiento podía interponer la acción derivada de la pura o simple estipulación o de la estipulación penal, *actio ex stipulatu*¹⁷⁶.”

Cabría por tanto afirmar, en definitiva, que en el caso de que las partes hubiesen decidido revestir el pacto de una *stipulatio*¹⁷⁷ simple o de una *stipulatio* con cláusula penal, si bien la sentencia arbitral no tendría carácter ejecutivo, en estos casos, mediante el ejercicio de la *actio ex stipulatu* cabía reclamar tanto los perjuicios o intereses derivados del incumplimiento de la estipulación, como la cantidad de dinero o la cosa prevista a título de pena o sanción, *poena compromissi*¹⁷⁸, por el incumplimiento de la sentencia arbitral o la no colaboración con el árbitro en el desarrollo del procedimiento¹⁷⁹, lo que constituía una

¹⁷⁴ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Bases romanísticas*.....Op. cit.

¹⁷⁵ Sobre el carácter facultativo y accesorio de la *stipulatio poenae*, vid. En roussier, *Du compromis sine poena*, cit., págs. 169 y sigs.

¹⁷⁶ Con carácter general, sobre la *stipulatio poenae*, vid. En ZIMMERMANN, «*Stipulatio poenae*», en *South African Law Journal*, 1987, págs. 399-415.

¹⁷⁷ Así en D. 4.8.27.7: «Si no se hubiese adjuntado una estipulación penal al compromiso, sino que simplemente se hubiese prometido que se cumpliría la sentencia, se daría contra el que la incumple la acción de cosa incierta» Ulp. 13 ad ed. En relación con la mención de la *actio incerti*, y no la *actio ex stipulatu*, para exigir el cumplimiento de la sentencia arbitral, en los casos en que no se hubiese estipulado una pena, vid. En TALABMANCA, *Ricerca in tema di compromissum*, Milano, 1958, págs. 40 y sigs.; la Pira, «*Compromissum*» y «*litis contestatio*» *formulare*, cit., págs. 201 y sigs., y ziegler, *Das private...*, cit., págs. 53 y sigs.

¹⁷⁸ Acerca de la posibilidad de que la *poena* pecuniaria no consista en una cantidad de dinero, vid. En Frezza, *La clausola penale*, Studi Lorenzo Mossa, 2, Padova 1961, págs. 272 y sigs.

¹⁷⁹ Acerca de la inspiración de la *poena compromissi* o convencional del arbitraje compromisario en el *sacramentum* de la *legis actio sacramento*, vid. En de ruggiero, «L'arbitrato pubblico in relazione col

garantía¹⁸⁰ *inter partes* de observancia de las indicaciones del árbitro y de cumplimiento de la sentencia arbitral¹⁸¹.

Las estipulaciones recíprocas, con las que se revestía y reforzaba el pacto de compromiso, debían prever, de forma congruente, el cumplimiento de la sentencia arbitral, «estar a la sentencia arbitral, en expresión de Ulpiano, en D. 4.8.27.7: *simpliciter sententia stari quis promisserit...*» y, en su caso, la entrega de una cantidad o de una cosa a título de pena, *stipulatio poenae*, para el caso de incumplimiento o de ausencia de colaboración con la labor arbitral.

Las estipulaciones tenían, por otra parte, carácter accesorio respecto del pacto de compromiso arbitral, cuya ineficacia, por cualquier causa, así la falta de capacidad de los intervinientes¹⁸² o del árbitro¹⁸³, acarrea la nulidad de aquellas. Si la parte incumplidora se negaba al pago de la pena estipulada, *pecunia compromissi*, la otra parte podía exigírselo mediante el ejercicio de la acción derivada del contrato estipulatorio, *actio ex stipulatu*, cuya función, en este concreto sentido, era asimilable a la acción por la que se exigía el cumplimiento de la sentencia judicial, la *actio iudicati*¹⁸⁴.

Por otra parte, como señala LINARES¹⁸⁵, a propósito de la relativa abstracción que puede derivarse de las estipulaciones en el pacto de compromiso arbitral, es

privato presso i Romani», en *BIDR*, 5, 1892, págs. 70 y sigs., si bien cabe afirmar que en el *sacramentum* el juramento es prestado por las partes y en el compromiso lo es por el árbitro

¹⁸⁰ Otra forma de formalización de garantía habría consistido en el depósito de la cosa objeto del litigio, res litigiosa, en poder del árbitro, vid., al respecto, en scialoja, *Procedura Civile Romana*, Roma 1936, págs. 313 y sigs.

¹⁸¹ La *stipulatio* clásica pierde el carácter formalista que la caracterizaba en una evolución que se prolonga hasta el derecho justiniano en el que se considera que lo relevante es el acuerdo entre las partes y su presencia física en el momento de su emisión, lo que supone en la práctica su identificación con la idea de pacto, así en C. J. 8.37(38).10: «Sean válidas todas las estipulaciones previstas en las leyes, aunque no hayan sido hechas con palabras solemnes o directas, sino con otras cualesquiera con el consentimiento de los contratantes». Año 472, Emperador León, y en I. J. 3.15.1: «...las palabras solemnes en la estipulación estuvieron ciertamente en uso en otro tiempo, pero con posterioridad a la promulgación de una constitución de León, fue suprimida la solemnidad verbal, por lo que requiere únicamente de una y otra parte, una manifestación congruente y concordante, aunque haya sido expresada con cualesquiera palabras».

¹⁸² Así en D. 4.8.27.5: «Se considera que dicta sentencia ante las partes el árbitro que la pronuncia ante los que pueden entenderla, pero no si es ante un loco o un demente, ni ante un pupilo sin la presencia de su tutor...».

¹⁸³ Así en D. 4.8.41: «Estando dispuesto por la Ley Julia, que el menor de veinte años no sea apremiado a juzgar a nadie, no es lícito elegir como juez compromisario al menor de veinte años, por lo que en modo alguno se incurre en pena por el incumplimiento de su sentencia...».

¹⁸⁴ Así en Pauli Sententiae 5.5.1, donde se afirma que la pena prometida en el arbitraje compromisario puede ser exigida en juicio mediante el ejercicio de la acción de la estipulación: «...sed in poena inter eos promissa sit, poena rei in iudicium deductae exstipulatu peti potest».

¹⁸⁵ Vid. LINARES, «*Compromissum y receptum arbitrii*. Aspectos negociales del arbitraje privado romano en relación con el moderno. Derecho de Obligaciones», en *Homenaje al Profesor Murga*, Madrid, 1994, págs. 713 y sigs.

siempre necesario interpretar de forma integradora las mencionadas estipulaciones con la voluntad de las partes en su otorgamiento.

La excepción derivada del pacto o compromiso de arbitraje, *exceptio pacti conventi* o *exceptio pacti compromissi*, no resultaba, por otra parte, suficiente para paralizar la acción que cualquiera de las dos partes podía ejercitar ante un juez o tribunal, instándole a juzgar el asunto sometido con anterioridad al pacto de arbitraje.

Cabía pues iniciar, en la comúnmente denominada época clásica, un proceso ordinario con el mismo objeto de la controversia sometida a arbitraje, en atención a que al no tener la sentencia arbitral carácter ejecutivo y, por ende, no resultar exigible su cumplimiento mediante la correspondiente acción ejecutiva, ni producir el efecto de cosa juzgada, tampoco tenía lugar la consunción de la acción. La evolución habida al respecto en la época justiniana, en la que la sentencia arbitral adquiere carácter ejecutivo, con independencia de la pena estipulada, hace que en esta cuestión, como en otras muchas, haya que considerar clásica la previsión justiniana, en atención a su perdurabilidad temporal.

En la época postclásica, el pacto de compromiso, se desvincula de las estipulaciones, siendo cada vez más infrecuente su utilización como garantía de cumplimiento del acuerdo, y la pena se convierte en elemento esencial del acuerdo y de cumplimiento de la sentencia arbitral¹⁸⁶.

Finalmente, en la etapa justiniana, se reconoce a la sentencia arbitral naturaleza de título ejecutivo y se le dota de eficacia de cosa juzgada¹⁸⁷. La sentencia arbitral no tuvo pues, hasta la época justiniana, por sí misma carácter ejecutivo, ni producía efectos de cosa juzgada¹⁸⁸, de *res iudicata*, como sucedía con la sentencia pronunciada por un juez, en la medida en que la parte que se considerase perjudicada podía incumplir la sentencia arbitral, *non stari sententiae arbitri*, proceder a satisfacer, a la otra parte, la pena prevista, *pecunia*

¹⁸⁶ Sobre la equiparación en la época postclásica entre *humanitas* y *aequitas*, vid. Daza, «*Aequitas et humanitas*», en *Estudios Iglesias*, 3, Madrid, 1988.

¹⁸⁷ Con carácter general sobre las sentencias arbitrales, Vid. GALABNTE, «Natura e efficacia delle Sentenze degli Arbitri», en *Studi Giuridici in onore di Carlo Fadda nel XXV anno del suo insegnamento*, vol. VI, Nápoles, 1906, págs. 115-156.

¹⁸⁸ Así en Pauli Sententiae 5.5.1 se contraponen entre quienes dictan resoluciones que dan lugar a cosa juzgada, *res iudicata*, exigible mediante la acción por lo juzgado, *res iudicati*, y las resoluciones del arbitraje compromisorio que no tienen esta naturaleza: «...*Ex compromisso autem iudex sumptus rem iudicatam non facit...*», y en C. J. 2.55.1: «Con frecuencia se respondió mediante rescriptos... Que de la sentencia del árbitro no se deriva la acción de cosa juzgada, es por lo que se promete por ambas partes una pena, para que por temor a ella ninguno de los litigantes deje de cumplir lo convenido...», Emperador Antonino, a. 213. En la época justiniana, la concesión de una acción para pedir la ejecución de la sentencia arbitral supone el reconocimiento del efecto de cosa juzgada derivado de dicha sentencia, al igual que sucede con la sentencia judicial.

compromissi, para el caso de incumplimiento de la sentencia, e iniciar, en su caso, un proceso ordinario¹⁸⁹.

En la etapa justiniana, el pacto de compromiso, en contraposición a la ausencia de acción para exigir su cumplimiento en épocas anteriores, se integra en la categoría de los pactos legales o convenciones legítimas, a las que se dota de eficacia obligatoria y de acción para exigir su cumplimiento, al propio tiempo que se dota de carácter ejecutivo a la sentencia arbitral. Al mencionado pacto legal parece pues aplicable lo establecido en D. 2.14.6, interpolado: «La convención legítima es la que está sancionada en una ley, y por tanto de ella nace, o se extingue, una acción, conforme a la ley o a un senadoconsulto», y en D. 4.8.1, interpolado: «El arbitraje compromisario se configura a semejanza de los juicios, y sirve para poner fin a las controversias».

Cabría pues afirmar que en la última etapa del Derecho romano, la sentencia arbitral, suscrita por las partes y no impugnada en el plazo de diez días desde su pronunciamiento es plenamente eficaz, es decir, ejecutiva, por lo que no necesita ser homologada como ejecutiva por el magistrado ordinario.

Cabría, por tanto, considerar el arbitraje romano, en la etapa justiniana, un equivalente jurisdiccional, así en C. J. 3.1.14: «...o a quienes por haberlo aceptado, es decir, por compromiso, que se asemeja a un juicio, toman a su cargo dirimir litigios, o a quienes hacen un arbitraje...»¹⁹⁰. Justiniano distingue en este texto entre el arbitraje compromisario, respecto del que afirma que se asemeja a un juicio, y los demás tipos de arbitraje, *vel arbitrium peragunt...* Conforme a la afirmación de Paulo, contenida en D. 4.8.1, el arbitraje se configura a semejanza de los juicios, *ad similitudinem iudiciorum redigitur*. Justiniano parece que va un poco más allá al afirmar que el arbitraje se asemeja al juicio, *iudicium imitatur*.

En la época justiniana se produce la mayor aproximación, y equiparación en sus efectos, entre proceso y arbitraje¹⁹¹, especialmente en materia de cumplimiento de la resolución arbitral. Así, en relación con la ejecución de la sentencia arbitral, se atribuye una *exceptio veluti pacti* a favor del demandado compromitente para paralizar la *actio* de la otra parte dirigida a iniciar un proceso ordinario sobre la cuestión resuelta en arbitraje, y una *actio in factum*, en caso de incumplimiento de la sentencia arbitral, a favor del compromitente que solicita ejecución de la

¹⁸⁹ En relación con la eficacia de cosa juzgada de la sentencia arbitral en un arbitraje público de naturaleza administrativa, vid. La controversia entre Patulcenses y Gallicenses, referida por de ruggiero, *L'arbitrato pubblico*, cit., pág. 3, y Buhigues, *La solución amistosa...*, cit., pág. 88, donde se hace referencia a *rebus iudicatis starent* para referirse al carácter de *res iudicata* de la sentencia del árbitro y a *ea sententia stari oportet* en alusión a la obligación de cumplir la sentencia.

¹⁹⁰ C. J. 3.1.14: «*Vel qui ex recepto, id est compromiso (quod iudicium imitatur), causas dirimendas suscipiunt, vel qui arbitrium peragunt...*».

¹⁹¹ Así en relación con la posibilidad de que las recurran en el juicio ordinario a las declaraciones de testigos vertidas en el procedimiento arbitral, C. J. 4.20.20, o respecto a la interrupción de la prescripción en el momento de incoarse el arbitraje, en C. J. 2.56 (55), 5.1: «...la convención hecha en escritura ante juez compromisario produce la interrupción del tiempo, de igual forma que si el litigio se hubiese incoado ante el tribunal ordinario».

sentencia, así en C. 2.55.5.pr.: «...dictada la sentencia arbitral... Nazca no solo a favor del demandado la excepción como de un pacto, *non solum exceptionem veluti pacti generari*, sino también por nuestra voluntad la acción por el hecho a favor del actor, a fin de que ejecutarse la sentencia arbitral, *sed etiam actori ex nostro numine in factum actionem, quatenus possit sententia eius executioni mandari...*».

En C.J. 2.55.4.4, además de mediante la *actio in factum* se dispone que la ejecución de la sentencia arbitral podrá solicitarse mediante el ejercicio de una *condictio ex lege* o una *actio utilis in rem*: «y sea lícito en todos estos supuestos ejercitar la acción por el hecho, la acción nacida de la ley, o la acción real útil, según lo exigiere la naturaleza del hecho».

Para que la sentencia arbitral tenga el mencionado carácter ejecutivo, se requiere, por otra parte, en lo que constituye una novedad respecto de la regulación clásica y supone una nueva asimilación al proceso respecto del juramento prestado por los jueces, que las partes y el árbitro hayan prestado juramento¹⁹², aquellas de viva voz ante el árbitro o en escritura pública o privada de que se comprometían a aceptar la decisión del árbitro, y este que haya jurado que dirimiría el litigio con entera verdad, en cuyo caso, dispone Justiniano, en una Constitución del año 529, C.J. 2.55.4.1: «...mandamos que de todas maneras se guarde su decisión, y que ni el reo ni el actor puedan separarse de ella, sino que de todos modos les obligue, y sean, por ello, compelidos a obedecerla».

En C. J. 2.55.4.2, Justiniano prevé que el compromiso juramentado de aceptar la decisión arbitral se realice, no con anterioridad al inicio del procedimiento arbitral, sino con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia, «en cuyo caso habrá de respetarse también de igual modo sin alteración alguna la sentencia del árbitro...».

El mismo carácter ejecutivo tendrá la sentencia arbitral cuando sea solo el árbitro, y no las partes, quien haya prestado juramento, así Justiniano en C. J. 2.55.4.3: «Pero si pidiéndolo los litigantes, o manifestándolo en sus escritos o declaraciones, solo el árbitro hubiera prestado juramento de que con entera verdad pondría término al litigio, ordenamos que también en el presente caso sea semejante su decisión a los anteriores, y que de todos modos esté amparada por las leyes». Asimismo en C. J. 2.55.6, Justiniano atenúa el rigor del antiguo derecho en relación con la no utilización de determinadas palabras en relación con la aceptación de la sentencia por parte de uno de los litigantes, al disponer que «en todo caso sea compelido por la acción por el hecho a hacer aquello en que consintió *et sic omnimodo per actionem in factum eum compeli ea facere...*».

En el caso del arbitraje compromisario se exigía, por tanto, en la etapa justiniana, que el acuerdo de las partes se reforzase mediante un juramento y que el árbitro jurase dictar una sentencia justa, o bien que las partes hubiesen recogido en un documento la elección arbitral y la aceptación de su decisión, y no lo hubiesen impugnado en los diez días siguientes, así en C. J. 2.55. 6.pr.: «Más si después de

¹⁹² Vid. En relación con los juramentos en KROB, «Serments et institutions civiques à Cos à l'époque hellénistique», en *Revue des Etudes Grecques*, REG, tomo 110, 1997/2, págs. 434-453.

dictada la sentencia, los litigantes no hubieran consignado de manera alguna que aceptan la decisión del árbitro, pero la hubieran confirmado con su silencio, y dentro de los diez días siguientes no se hubiera enviado al juez o a la parte contraria por uno de los contendientes declaración en la que se manifieste la no aceptación de la decisión, entonces quede confirmada la sentencia por el acatamiento de las partes y compete al demandado la excepción y al actor la mencionada acción...».

Si bien se suele afirmar que la reforma justiniana conforme a la cual se reconoce carácter de título ejecutivo a la sentencia arbitral fue anulada, en lo sustancial, nueve años después de ser introducida, por el propio Justiniano, conforme a la Nov. 82.11, del año 539, del tenor literal de la citada Constitución parece que, no obstante la alusión al pago de la pena estipulada en el caso de incumplimiento de la sentencia, lo que supondría un retorno al régimen clásico, en la parte final del fragmento se habría confirmado la regulación anterior del arbitraje promulgada por el propio Justiniano, y por tanto la acción y excepción derivadas de la sentencia arbitral, salvo en la no exigencia del juramento de los denominados árbitros o jueces compromisarios, así en el citado capítulo 11.1, *in fine*: «...Subsistiendo en su propio vigor, y no debiendo ser en manera alguna innovado por esta ley nuestra, todo lo sancionado antes o por la antigua legislación o por nosotros, respecto a los jueces compromisarios o a los árbitros, exceptuada la necesidad de juramento». En la etapa justiniana se reconoce, en definitiva, a la sentencia arbitral naturaleza de título ejecutivo y se le dota de eficacia de cosa juzgada¹⁹³.

3. Obligaciones del árbitro que pueden derivar en exigencias de responsabilidad civil

3.1 Obligaciones anteriores a la aceptación¹⁹⁴ del árbitro

¹⁹³ En las Partidas, III, 4, 23, se mantiene básicamente la concepción romana, al establecerse que una vez dictada la sentencia, si en el acuerdo de compromiso se fijó una pena pecuniaria para el caso de incumplimiento, y una de las partes se niega a cumplir la sentencia, debía pagarla. Si no se hubiese fijado pena, las partes solo estaban obligadas a cumplir la sentencia si la aceptaban, de forma expresa, o de forma tácita no contradiciéndola en los días siguientes a los que fue dictada. Asimismo la sentencia tenía carácter ejecutivo si las partes hubiesen hecho constar en el acuerdo de compromiso que el pago de la pena comprometida no liberaba del cumplimiento de la sentencia. En el Derecho castellano la primera manifestación conocida de que los laudos arbitrales habrían de tener fuerza ejecutiva por sí mismos se encontraría, conforme subraya de Castro, en una ley de Enrique IV, promulgada en Madrid en 1458, que mantuvo su vigencia hasta el siglo XIX. El artículo 281 de la Constitución de 1812 atenuó la fuerza ejecutiva de la sentencia arbitral al establecer que: «la sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubiesen reservado el derecho a apelar».

¹⁹⁴ La aceptación a que alude el artículo 10.3 LAB es tan sólo relativa a la gestión administrativa del arbitraje y no la que supone la iniciación del procedimiento arbitral, pues ésta segunda aceptación no corresponde otorgarla a la institución arbitral, sino a los árbitros (constituidos o no en Colegio arbitral), que una vez designados por la institución arbitral que gestiona el arbitraje, con la

3.1.1. Examinar su capacidad para ser árbitro

Tanto si se concibe la aceptación del cargo como un propio negocio jurídico de tal modo que comporta el consentimiento bilateral del árbitro, por un lado, y de las partes por otro, con la generación de la obligación de hacer todo lo preciso para resolver la controversia, en las condiciones y modo y forma que el recíproco consentimiento determina en el acto creador; como si se concibe como un acto semejante a un negocio jurídico, donde si bien el consentimiento crea el vínculo no lo dibuja o configura -tesis ésta más próxima a la realidad que es la que defendemos por estar el objeto en sus rasgos esenciales predeterminado por la ley, lo que sí es cierto es que, sin la aceptación, no nace el haz de obligaciones que gravan al laudante, y que la aceptación es libre. Sin embargo, es posible hablar de obligaciones anteriores a la aceptación aunque sólo con ésta nacen las propias obligaciones, puesto que toda persona, sin excepción, es libre de rechazar un arbitraje, pero no toda persona puede aceptarlo lícita y válidamente.

Por ello, la primera obligación no sólo cronológicamente sino substancial y esencial de todo futuro árbitro es examinar diligentemente si puede o no puede aceptar, es decir, debe hacer lo preciso para saber si puede o no aceptar. Y de este examen puede surgir claramente una obligación de no hacer (no aceptar); jamás en cambio surgirá una obligación jurídica de hacer (aceptar), pues la aceptación es rigurosamente libre.

Ya en el Derecho Romano se dispensaba un tratamiento detallado a esta cuestión, tal y como señala FERNANDEZ DE BUJAN, A.¹⁹⁵, a quien copiamos literalmente cuando explica que “Solo podían ser árbitros aquellas personas que tuviesen plena capacidad de obrar negocial¹⁹⁶. No podían, en consecuencia, asumir un arbitraje, los menores sometidos a tutela o a patria potestad, ni los mayores de edad menores de veinte años, así en un texto de Calistrato, D. 4.8.41, en el que se equipara, a estos efectos, a jueces y árbitros, hasta el punto de utilizarse la expresión de *iudicem compromissarium*: «Estando dispuesto por la Ley Julia, que el menor de veinte años no sea apremiado a juzgar a nadie, no es lícito elegir como juez compromisario al menor de veinte años, por lo que en modo alguno se incurre en pena por el incumplimiento de su sentencia...».

Sí podían ser árbitros y, en consecuencia, ser obligados a dictar sentencia, si hubiesen asumido tal responsabilidad, los hijos de familia mayores de veinte años y sometidos a patria potestad, así en D. 4.8.5: «También puede ser obligado el hijo de familia a desempeñar la función que aceptó como árbitro».

aceptación del mismo, determinan el momento a quo en que ha de comenzar el procedimiento arbitral.

¹⁹⁵ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Bases romanísticas del*Op. cit.

¹⁹⁶ Sobre la prohibición de que las mujeres desempeñen la función de árbitro, vid. Ferreti, «Mulier arbitratu. Un divieto muliebre e diversi approcci ermeneutici», en *Annali Univ. Ferrara, Sc. Giur.* Nuova serie. Vol. XXIV, 2010, págs. 43-57.

El principio de incapacidad por razón de falta de libertad de la persona elegida como árbitro decae sí, con posterioridad, desaparecida la causa de invalidez y atribuido el *status libertatis* a la persona encargada de asumir el arbitraje, las partes manifiestan su conformidad con la actuación arbitral, así en D. 4.8.9.pr. Asimismo la incapacidad por razón de edad, para actuar como juez, parece, no obstante, encontrar una excepción, en aquellos casos de consentimiento expreso de las partes, siempre que quien actúa como juez sea mayor de dieciocho años, lo que parece extensible, por analogía con la disposición prevista en la *Lex Iulia*, al árbitro compromisario, así en D. 42.1.57, texto probablemente interpolado en época justiniana: «...si se nombró, con el consentimiento de las partes, un juez menor, se dice con todo derecho que la sentencia es válida para aquellos que lo sabían y consintieron en su nombramiento...»¹⁹⁷.

En D. 4.8.9.1 se recoge la opinión de Pomponio, relativa a que no se puede formalizar un compromiso para que actúen como árbitro las personas sometidas a tutela, los sordos, los mudos, y las personas que padecen locura: «Según escribe Pomponio, no se puede contraer compromiso para que sea árbitro una persona sometida a tutela, un loco, un sordo o un mudo». La prohibición relativa a los sordos y a los mudos debe enmarcarse en los requisitos exigidos en el ejercicio de la actividad jurisdiccional y en la oralidad requerida para la aceptación de la condición de árbitro mediante estipulación.

Cabe elegir como árbitro a cualquier persona con independencia de su estimación social, así en D. 4.8.7.pr.: «Escriben Pedio y Pomponio que no tiene relevancia que el árbitro elegido sea persona de buena fama o de reputación dudosa...». Ahora bien, si el árbitro actuare de forma venal o con manifiesta arbitrariedad a favor de una de las partes, cabrá el ejercicio de la excepción de dolo malo o de la acción de dolo, *actio doli*, derivada de la cláusula de dolo, en el caso de que esta se hubiere agregado a la estipulación¹⁹⁸. Asimismo se afirma en D. 4.8.32.14 que: «Cuando un árbitro resultase ser enemigo de forma pública y manifiesta "de uno de los litigantes" por otras causas y fuese interpelado para que no dictase sentencia, no obstante lo cual hubiese persistido en su intención, sin que nadie le apremiase a ello, el emperador Antonio (Caracala respondió por rescripto a la pregunta de quién le demandaba sobre esta cuestión, que podía interponer la excepción de dolo malo)».

En el caso de incapacidad de una de las partes sobrevenida durante el desarrollo del arbitraje, el árbitro no debe dictar sentencia. Así en relación con la demencia o

¹⁹⁷ Parece existir una contradicción entre lo dispuesto en D. 42.1.57 y lo previsto en D.4.8.1, que prohíbe que el menor de veinte años asuma el compromiso de dictar sentencia, si bien cabe señalar que no se hace referencia en este último texto a que las partes conozcan que la persona ejercida como árbitro sea menor.

¹⁹⁸ Así en C. J. 2.55. 3: «No quedarás sometido a la sentencia de los árbitros nombrados en el compromiso *-Arbitrorum ex compromisso sententiae...*-, si medió venalidad o arbitrariedad manifiesta de quienes actuaron como árbitros, por lo que podrás usar la excepción de dolo malo frente a la acción de la estipulación ejercitada por tu hija. Tampoco se te prohibirá demandar a tu hija en virtud de la cláusula de dolo, que suele agregarse a la estipulación de compromiso».

trastorno psíquico relevante en D. 48.47.1: «Si una de las partes que hubieren formalizado el compromiso se hubiera vuelto loco». 48: «no podrá obligarse al árbitro a dictar sentencia». 49.pr.: «sino que por el contrario se le requerirá para que no dicte sentencia, porque se considera que no vale lo que se hace en presencia de una persona demente. Ahora bien, si esta persona aquejada de demencia tuviese curador, o hubiese sido incapacitado por curatela durante el desarrollo de la controversia sometida a arbitraje, podrá dictarse la sentencia en presencia del curador».

La aproximación y progresiva equiparación entre jueces y árbitros se manifiesta en el contenido de diversos textos. Así en:

- D. 5.1.81: «No puede ser juez quien no ejerce jurisdicción... Ni fue elegido en virtud de arbitraje compromisario...», donde se subraya la proximidad entre ambas funciones al efecto de juzgar¹⁹⁹.

- Pauli Sententiae 5.5.1: «La decisión de un *iudex* compromisario no tiene fuerza de cosa juzgada; ahora bien, si se estipuló entre las partes una pena, y la cuestión ha sido sometida a juicio ordinario, la pena puede ser reclamada sobre la base de la estipulación»²⁰⁰.

- D. 4.8.13. 2: «Se entiende que aceptó el arbitraje, según dice Pedio en el libro noveno, el que aceptó las funciones propias de un juez, y se compromete mediante sentencia a poner fin a las controversias»²⁰¹.

- La equiparación de juicios a arbitrajes tiene lugar asimismo a los efectos de determinados días feriados, C.J. 3.12.7: «Ordenamos que todos los días sean hábiles a efectos jurídicos. Serán feriados los días de los meses que el año ha destinado con más indulgencia para el descanso del trabajo, los del estío... En estos días no deben conocerse asuntos litigiosos ni actuaciones ante árbitros...», o en relación con contiendas futuras o sobrevenidas, D.4.8.46: «El árbitro puede juzgar respecto a los asuntos, cuentas y controversias existentes en el momento de formalización del compromiso, pero no de las sobrevenidas con posterioridad», y D.5.1.35: «Así como puede estar pendiente la obligación de un fiador..., no puede, en cambio, quedar pendiente un juicio, ni referirse a cosas que van a ser en un momento futuro objeto de la obligación...»²⁰².

¹⁹⁹ D. 5.1.81. *Ulpianus libro quinto opinionum*: «qui neque iurisdictioni praeest neque a principe potestate aliqua praeditus est neque ab eo qui ius dandorum iudicum habet datus est nec ex compromisso sumptus vel ex aliqua lege confirmatus est, iudex esse non potuit».

²⁰⁰ Pauli Sententiae 5.5.1: «...Ex compromisso autem iudex sumptus rem iudicatam non facit; sed si sub poena inter eos compromissum sit, poena re in iudicium deducta ex stipulatu peti potest».

²⁰¹ D. 4.8.13.2. *Ulpianus, libro XIII ad edictum*: «Recepisse autem arbitrium videtur, ut Pedius libro nono dicit, qui iudicis partes suscepit finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur. Quod si, inquit, hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur, non videtur arbitrium recepisse».

²⁰² C. J. 3.12.7 D. 4.8.46. *Paulus libro 12 ad Sabinum*: «De his rebus et rationibus et controversiis iudicare arbiter potest, quae ab initio fuissent inter eos qui compromiserunt, non quae postea supervenerunt». Y D.5.1.35: *Iavolenus libro decimo epistularum*: «Non quemadmodum fideiussoris

- En el texto de Calistrato, D. 4.8.41, ya mencionado, se equipara, a los efectos de capacidad para juzgar a jueces y árbitros, hasta el punto de utilizarse la expresión de *iudicem compromissarium*: «Estando dispuesto por la Ley Julia, que el menor de veinte años no sea apremiado a juzgar a nadie, no es lícito elegir como juez compromisario al menor de veinte años, por lo que en modo alguno se incurre en pena por el incumplimiento de su sentencia...».

Por razón de cargo, se afirma en D.4.8.9.2 que la persona que conoce como juez de un asunto no puede asumir la función de árbitro del mismo: «Prohíbe la Ley Julia -sobre los juicios privados- que el que es juez asuma el arbitraje sobre un asunto respecto del que es juez, o que autorice que se contraiga tal arbitraje compromisario, y si se hubiese dictado sentencia, no debe dar acción para reclamar la pena por incumplimiento».

El árbitro, por su parte, se compromete a asumir sus funciones como tal y a dirimir el conflicto, mediante su sentencia, dentro del ámbito de lo que constituye el objeto de la controversia. Es decir, a ningún árbitro le es permitido ir más allá de lo previsto en el pacto de compromiso, así se establece en distintos textos:

- «Deben saber los que ostentan el cargo de árbitro que deben basarse en todos sus extremos en el mismo compromiso, porque ningún árbitro puede ir más allá de lo previsto en el convenio. Así pues, no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre cualquier asunto, sino respecto del que es objeto del compromiso y hasta donde este alcance». D. 4.8.32.15.

- «El árbitro no puede hacer nada que no esté previsto en el compromiso, por lo que es necesario que se incluya la prórroga del plazo del compromiso; en caso contrario, puede desobedecerse impunemente al árbitro que disponga una prórroga». D. 4.8.32.21.

- «El plazo del compromiso puede prorrogarse, pero no por acuerdo, sino por disposición del árbitro, cuando es necesario que se prorrogue para que no se incurra en la pena». D. 4.8.32.11.

- «Si el árbitro dispone que se le agregue otro árbitro, no estando esto previsto en el compromiso, no se considera dictada la sentencia, porque la sentencia debe ser sobre el objeto del compromiso, y aquello no entraba en el compromiso». D. 32.13.17.

- C. J.2.56: «Más si se pronunció sentencia pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurre en pena alguna el que no la hubiere obedecido» (a. 213).

obligatio in pendent potest esse et vel in futurum concipi, ita iudicium in pendent potest esse vel de his rebus quae postea in obligationem adventurae sunt. Nam neminem puto dubitaturum, quin fideiussor ante obligationem rei accipi possit: iudicium vero, antequam aliquid debeatur, non posse».

- «Se entiende que asumió el arbitraje, según dice Pedio²⁰³ en el libro noveno, el que aceptó las funciones de juez, y se comprometió a poner fin a la controversia mediante su sentencia. Pero si, añade Pedio, la persona elegida se limita a comprobar si las partes se ponen de acuerdo en que se resuelva el conflicto con su consejo y autoridad, ello no es suficiente, en su opinión, para que se considere asumido el arbitraje»: D. 4.8.13.2 (Ulp. 13 ed.). En el texto mencionado de Ulpiano se resalta la analogía entre las funciones de juez y árbitro, al subrayar la opinión del jurista Pedio conforme a la cual quien acepta un arbitraje se compromete a asumir en el desarrollo de su actuación las funciones propias de los jueces.

Volviendo al ámbito de la NLAB, son dos las previas obligaciones que nacen de la Ley: La primera es examinar si se puede o no aceptar; la segunda, en su caso, la obligación de no aceptar. Y solamente se puede aceptar, cuando se es capaz, absoluta y relativamente, de desempeñar el cargo.

Dentro del marco dibujado por la LAB, en lo que se refiere a capacidad absoluta para el arbitraje de equidad, basta con disfrutar el árbitro de plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles (*sic.* art. 12 Ley 10 nov. 1988), siendo de advertir que la Ley se refiere a «personas naturales» (art. 12 LAB) sin perjuicio de que antes haya previsto la posibilidad de que las personas jurídicas que cita en el art. 10 LAB puedan asumir la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, pues las partes podrán encomendarles tales cometidos.

Para el arbitraje de derecho será necesario además ser «abogado en ejercicio» (art 12.2 LAB). Por otra parte, no pueden ser árbitros los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo, ni quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel (art 12.3 LAB).

Del mismo modo, la ligereza, la incompetencia o el comportamiento ilícito anterior, aunque tasados, implican incapacidad absoluta en el caso del artículo 14 LAB si son designados por entidad o persona física administradora; no, en cambio, si lo fueran directamente por los interesados, dada la necesidad de interpretación estricta de una Ley prohibitiva (art. 4.2 C.c.), aunque no nos parezca deseable la conclusión a la que nos lleva.

En cuanto a la capacidad relativa, debemos recordar que aún siendo absolutamente capaz de ser árbitro hace falta que, en relación a las partes comprometidas, disponga de capacidad relativa, de tal manera que no podrán ser árbitros, y en su consecuencia no deben aceptar, aquellos que mantengan con las partes o con la controversia que se les somete alguna de las relaciones que dan lugar a la recusación o abstención.²⁰⁴

La NLAB delimita esta materia de una forma similar aunque con matices. De este modo, en su artículo 13 señala que *“Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo*

²⁰³ Así en D. 4.8.13.1: «Se entiende que asumió el arbitraje, según Pedio, quien aceptó las funciones propias de un juez, y se comprometió a que con su sentencia pondría fin a las controversias».

²⁰⁴ Art. 219 LOPJ, en relación al art. 2 de la Ley de Arbitraje.

impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.”

Así, el Legislador de 2003 manifiesta en la Exposición de Motivos, “*En cuanto a la capacidad para ser árbitro, se opta por el criterio de la mayor libertad de las partes, como es hoy la regla general en los países más avanzados en materia de arbitraje: nada impone la Ley, salvo que se trate de personas naturales con capacidad de obrar plena.*” Y puntualizamos nosotros, salvo que la legislación específica a la que se encuentran sometidos no se lo impida, siguiéndose en este artículo igualmente la tendencia a la concreción mediante remisión a otras normas, con el fin de mantener la vigencia indefinida de la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, el artículo 13 NLAB no puede entenderse sin ser puesto en relación con el artículo 15.1 NLAB, que establece que “*En los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad de acuerdo con el artículo 34²⁰⁵, se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario.*”

Es preciso reseñar que la redacción definitiva tanto del artículo 13 como del artículo 15.1 NLAB no fue pacífica. Así, la ENMIENDA NUM. 7 de GPMX propuso sustituir el texto del artículo 13 por uno del siguiente tenor: “*Pueden ser árbitros las personas físicas que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, y ostenten la condición de abogados en ejercicio con al menos cinco años de experiencia profesional.*», exponiendo que esa redacción “*evita interpretaciones sobre el concepto de persona natural, siendo más apropiado restringir la capacidad para ser árbitro a las personas físicas que cumplan determinados requisitos tales como que sea abogado en ejercicio con al menos 5 años de experiencia.*”

La ENMIENDA NUM. 43 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) y la ENMIENDA NUM. 60 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) pretendió incorporar nuevo apartado 2 con el contenido siguiente: “*1. /.../ para que actúe como árbitro. No podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un Juez, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.2 y 3. Tampoco podrán ser designados árbitros en el supuesto del artículo 14.1 quienes hubieren incumplido su encargo dentro del plazo establecido o su prórroga o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales.*

²⁰⁵ Artículo 34 NLAB. Normas aplicables al fondo de la controversia. 1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas. 3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables.

2. Cuando la controversia haya de decidirse con arreglo a Derecho, los árbitros habrán de ser abogados con, al menos, cinco años de ejercicio ininterrumpido de la profesión o con una especialización en la materia a la que el arbitraje se refiera acreditada por el Colegio de Abogados al que pertenezca o por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.» De este modo, se pretendía “Precisar más la materia referida a las causas por las que una persona no puede ser designado árbitro, conforme a lo que es la tradición jurídica en nuestro derecho que no se corresponde precisamente con el contenido del artículo 17. De otra parte, es esencial que la Ley determine expresamente que sólo los profesionales del Derecho pueden decidir con arreglo a Derecho y, además, que dentro de las distintas profesiones jurídicas, la capacidad para ser árbitro se limite a quienes ejercen la abogacía, con un mínimo de experiencia.”

Llamamos la atención a que “El silencio de la Ley sobre este particular puede tener efectos muy negativos porque posibilitaría que otros profesionales jurídicos distintos de los abogados pudieran ser nombrados árbitros. Esta posibilidad, ciertamente, estaría vedada para los Jueces y Magistrados, pero no por razón de la propia Ley de Arbitraje, sino por la legislación específicamente aplicable al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Pero no estaría vedada a aquellos otros profesionales jurídicos que ejercitan funciones públicas, como es el caso de los Notarios y de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Se trata de dos Cuerpos extraordinariamente prestigiosos, pero, precisamente por esta razón, es necesario adoptar aquellas medidas oportunas para impedir, por ejemplo, que el Notario autorizante de las escrituras sugiera a las partes y obtenga de ellas la aquiescencia para introducir una cláusula por cuya virtud las controversias que se planteen en la interpretación o en la ejecución de lo pactado sean resueltas por el propio Notario. Este tipo de cláusulas podrían ir en demérito de la independencia que corresponde a los prestadores de la fe pública, y de ahí la oportunidad de que la Ley contenga una norma que limite a los abogados la capacidad para ser árbitros en los arbitrajes de Derecho. Al mismo tiempo, resulta igualmente oportuno exigir algún grado de experiencia profesional. De entre las distintas técnicas a las que puede recurrir la legislación, se propone exigir un mínimo ejercicio de esa profesión de abogado o la especialización, siempre que la misma resulte acreditada.”

Si bien nuestra opinión es mucho más cercana a estas enmiendas que al texto de los artículos 13 y 15.1 NLAB, la realidad es que su redacción la debemos entender desde un criterio restrictivo, ya que el Código Civil no nos permite ir más allá de lo que una propia norma prohibitiva lo hace. Por ello, el futuro árbitro vendrá obligado exclusivamente a examinar si tiene el pleno ejercicio de sus derechos civiles; si la legislación que pudiera serle de aplicación por razón de su profesión²⁰⁶ le prohíbe

²⁰⁶ Aunque no resulta procedente ahondar más en este punto, en nuestra opinión tal prohibición, tal y como está configurada por la Ley, únicamente podría ser aplicable en aquellos casos en que la persona física hubiera sido llamado como árbitro precisamente en razón de su profesión, que es la que justifica su elección por las partes o por el Juez. Sin embargo, puesto que los matices resultan muy indefinidos, se habrá de cuidar al máximo cualquier posible excepción a una prohibición

ser árbitro; y si existe un pacto en contrario de las partes para que el árbitro no sea de la nacionalidad²⁰⁷ del futuro árbitro. A esa lista añadiríamos igualmente, como señala GONZALEZ SORIA²⁰⁸, el profundo dominio del idioma del arbitraje por parte del Árbitro, que le será imprescindible para entender la documentación, para dirigir las vistas y entender a testigos, peritos y partes, así como para redactar el laudo y otros posibles documentos necesarios en el iter procesal del arbitraje.

De cara a la determinación de posibles responsabilidades civiles, nuestra opinión es que examinar erróneamente cualquier de los tres puntos anteriores habrá de ser considerado como negligencia grave o incluso dolo, si se apreciara intencionalidad dolosa, ya que pueden frustrar el arbitraje en el mismo momento en que fueren conocidos por una de las partes; o justificar la anulación del laudo si lo conocieran tras su emisión. Únicamente con relación al tercer supuesto el árbitro no incurriría en responsabilidad si las partes no hubieran incluido en el convenio arbitral la precisión de la nacionalidad y no hubieran manifestado tal circunstancia previamente a la aceptación de su nombramiento al árbitro.

Lógicamente, si el árbitro ocultara a las partes y, en su caso, a la institución arbitral permanente, que no cuenta con el pleno ejercicio de sus derechos civiles o que en razón de la legislación específica que le es aplicable no puede actuar como árbitro, incurriría en dolo.

En cuanto a si de esos hechos causantes de la posible responsabilidad, acompañados del grado de intencionalidad comentada, efectivamente deviene en la exigibilidad de una reparación, dependerá de que el reclamante sea capaz de probar el daño, su cuantía y su relación de causalidad con los mismos.

De este modo, si el árbitro acepta indebidamente el nombramiento y el procedimiento finaliza con un laudo que es favorable a las pretensiones de una parte, y el citado laudo es anulado a causa de la falta de capacidad del árbitro, existe claramente un nexo causal entre la conducta negligente o dolosa del árbitro y el daño producido por la anulación del laudo, que es cuantificable en los costes del arbitraje que finalmente es fallido²⁰⁹. Por lo tanto, esa parte podrá reclamar al árbitro en esos términos.

establecida en la legislación específica del laudante, ya que de no justificarse adecuadamente la misma claramente podría viciar el laudo de nulidad.

²⁰⁷ Si bien la NLAB no dice nada al respecto, y salvo que el acuerdo de las partes lo aclarara, entendemos que el análisis de la nacionalidad debe realizarse en el momento de la aceptación del árbitro, debiendo confrontarse la nacionalidad que en ese momento temporal concreto ostente con la prohibida o deseada por las partes.

²⁰⁸ Cfr. GONZALEZ SORIA, JULIO: *Reflexiones básicas sobre el arbitraje*. SAR. Madrid. 2015. Pags 3 y ss

²⁰⁹ En ningún caso entendemos que puedan ser reclamados los costes del siguiente procedimiento arbitral o judicial que la parte reclamante hubiera iniciado para defender sus intereses, inicialmente sometidos a arbitraje, porque para ello en cualquier caso siempre deberá soportar los costes de 1 procedimiento.

Asimismo, si el procedimiento arbitral termina antes de la emisión del laudo o del laudo que se emita –posteriormente anulado por el motivo mencionado- no se infieren derechos económicos cuantificables para la parte reclamante, la única cuantía por la que podría reclamar al árbitro sería por los costes del procedimiento arbitral, ya que en ningún caso es admisible sostener como base de una reclamación contra un árbitro el lucro cesante de una supuesta resolución favorable a sus intereses si hubiera sido otro el árbitro, máxime cuando tras la anulación le quedan expeditas la vía arbitral o la estática.

3.1.2. Examinar su competencia y predisposición para ser árbitro

No podemos dejar de considerar que con la misma razón que sustenta el artículo 1.258 del C.c., según el cual los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado sino también a aquello que, según su naturaleza, sea conforme a la buena fe, al uso y a la ley, la aceptación del árbitro persigue un buen arbitraje, en todo caso, justo y como tal equitativo. Por ello, el potencial árbitro debe asegurarse de que va a poder desempeñar su misión, no meramente satisfaciendo la estética del papel y el expediente, y cumpliendo los ritos y las formalidades prescritas, ya que si bien todo ello ha de cumplirse, tiene tan sólo sentido funcional y está al servicio de poder conocer la verdad y hallar una solución justa, pacificadora, evitando males innecesarios y que sea, en fin, racional en un orden lógico. Bien está que el laudo muestre la lógica del resultado dispuesto y lo haga comprensible, pero la esencia es la obtención de un resultado justamente oportuno, atendidas todas las circunstancias del caso, evitando cualquier consecuencia injusta.

Por ello, el potencial árbitro debe ponderar si tiene el ánimo libre e independiente de toda afección o temor de tal manera que frente a las partes sea auténticamente dueño de sí mismo, pues aunque siempre uno es señor de sí mismo para lo lícito, hay que ser tal y sentirse como tal. Y sin pretender conocer el fondo del asunto ya al iniciar el arbitraje, sí que es preciso conocer elementalmente el *thema decidendi* para ver si por razón de la materia se tiene el conocimiento suficiente; y conocer si el período o tiempo para arbitrar es suficiente o no para hacerlo en conciencia, exigiendo, si hiciera falta, más tiempo; y, en fin, a estar siempre dispuesto a escuchar, guardando el debido equilibrio e igualdad de audiencia entre las partes.

Como señala GONZALEZ SORIA²¹⁰, el buen árbitro no sólo cumple con las formalidades y guarda los principios informadores del procedimiento que la ley exige, sino que presta un plus de su trabajo y atención para servir a estas finalidades. En definitiva, un buen árbitro, extrapolando los tres modelos de juez de la teoría general del derecho –Júpiter, Hércules y Hermes– al campo del arbitraje, debiera ser como Hermes. Frente al modelo de Júpiter (propio del *civil law*), que daría lugar a un árbitro convencional, del cual sobre la base de la ley emana el resto del derecho en forma de decisiones particulares; y al de Hércules (propio del *common law*), que recoge la idea de un árbitro creativo cuya decisión y no la ley es la que crea autoridad; debemos reconocer que el nivel de complejidad

²¹⁰ Cfr. GONZALEZ SORIA, JULIO: *Reflexiones...*Op. cit

del derecho actual, la variedad de fuentes y operadores jurídicos son argumentos que nos llevan a optar por el modelo de Hermes²¹¹, que encarna a un árbitro dialogante, que se esfuerza por integrar en la construcción del sentido jurídico las creaciones normativas que emanan de otras fuentes, como son la jurisprudencia, la costumbre, los convenios internacionales, los principios generales del derecho, la doctrina, etc.

En esta búsqueda de las cualidades que debe atesorar un buen árbitro, resulta clarificador comparar la figura del árbitro con la del mediador, y del citado contraste extraer conclusiones sobre la competencia y predisposición necesarias del árbitro. Para ello vamos a seguir a FERNANDEZ DE BUJAN, F.²¹², quien señala que “para cumplir con su misión, el mediador debe poseer unas cualidades diversas de las que deben predicarse de un juez o un árbitro pues muchos de los rasgos de una y otra profesión forense no encajan, *mutatis mutandis*, en la figura objeto de nuestra atención²¹³” y procede a determinar cual los siete rasgos quede definir el perfil del mediador:

1. Integridad

FERNANDEZ DE BUJAN, F.²¹⁴ expone:

“Este trazo es quizás el rasgo cardinal y la nota irrenunciable de todo mediador. La integridad en cuanto que las partes deben contemplar en él a una persona recta, insobornable, intachable, del que no queda dudar de su probidad. El título II de la Ley establece como principios informadores de la mediación: “*el de imparcialidad, el de neutralidad y el de confidencialidad*”.

Esta integridad debe pues materializarse, en las labores de mediación, en su imparcialidad que implica esa falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud. Por remisión la imparcialidad supone independencia de criterio, lo que le lleva a sostener su proceder sin consentir intervención o injerencia alguna. Por último, una y otra se conducen por la ecuanimidad que tiene una doble proyección en el mediador, *ad intra* lo que le supone constancia de ánimo y *ad extra* lo que le exige una exquisita igualdad en el trato a ambas partes. Así señala el artículo 7 de la Ley: “*En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes*

²¹¹ Hemos de hacer notar que el Hércules de Ronald Dworkin es un modelo de juez unitario con acceso ilimitado a información sobre el mundo, el derecho y todo lo demás, con capacidad ilimitada para procesar aquella información y tiempo ilimitado para producir la respuesta correcta (SINCLAIR, MICHAEL: *Hercules, Omniscience, Omnipotence, and the Right Answer Thesis*, en *New York Law School Law Review*, Números 3-4, New York, 2002-2003, pág. 447).

²¹² Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, FEDERICO: *Mediador, Siete trazos para un perfil. La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. Pags 377 a 386

²¹³ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, FEDERICO, señala que “Sólo apuntaría como nota diferenciadora de la mediación frente al proceso judicial o el procedimiento arbitral que la primera mira hacia el futuro, mientras que éstos tratan de analizar, desde un punto de vista jurídico, el pasado”.

²¹⁴ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, FEDERICO: *Mediador.....Op. Cit.*

intervengan con plena igualdad de oportunidades... Sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas".

Esta nota de integridad o probidad es clave para que las partes puedan descansar, con plena confianza, en el mediador y provoca que cada una se manifieste con fiducia en los encuentros con el mediador en la seguridad que su figura y misión está presidida por cuidar y velar en aras del interés de cada parte en armonía con el interés de la contraparte.

Como una derivada de este trazo de integridad me parece oportuno subsumir en el mismo el deber de confidencialidad. Lo hablado, sugerido por el mediador a una parte o lo manifestado y/o propuesto por una de las partes al mediador, para que conozca la posición de la misma en sus labores de conciliación, debe recubrirse del gravísimo deber de la confidencialidad consagrado como principio y regulado en el artículo 9 de la Ley. En este sentido, sólo con autorización expresa de la parte puede el mediador comunicar a la otra parte algo de lo que aquella le ha declarado o relevado. A los efectos de evitar todo equívoco -que tan grave sería para el resultado de la mediación-, al término de cada sesión privada se debe preguntar a la parte qué es lo que quiere que trasmita a la otra parte, de todo el contenido de la reunión."

En nuestra opinión, este rasgo relativo a la integración es plenamente exigible al árbitro.

2. Asequible y Accesible²¹⁵

FERNANDEZ DE BUJAN, F.²¹⁶ señala:

"El mediador debe estar disponible, a fin de que cualquiera de las partes pueda, cuando lo necesite, entrar en comunicación con él. Esta disponibilidad se concreta en una triple vertiente: "dónde", "cómo", "cuándo". Se hace preciso que en el proceso de mediación las partes y el mediador dispongan de medios suficientes y eficaces para comunicarse.

La coordenada tiempo, que determina el "cuándo", supone la fijación de una serie de reuniones determinadas, pero al tiempo tener la disponibilidad para atender

²¹⁵ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, FEDERICO, señala que "Mientras que con la nota de "asequible" me refería a lo físico, con ésta quiero referirme a lo anímico. No basta con ser asequible, es decir estar localizable y ser localizado, sino que es necesario ser accesible, es decir tener un talante y una actitud que propicie la comunicación con las partes. La mediación, debe provocar, por su propia naturaleza, una relación más personal que el proceso judicial y incluso que el arbitraje en el que la cercanía entre Árbitro y las representaciones letradas de las partes es superior al marco judicial. La frialdad y el distanciamiento es preciso conjurarlas desde el primer encuentro creando un clima de confianza y actitud receptiva e incluso de afabilidad en la comunicación entre las partes y el mediador. Ello, sin menoscabo ni aún menos olvido de las posiciones de respeto y consideración mutuas que deben presidir las relaciones. Pueden ser muy diferentes las actitudes con las que se puede contestar una llamada telefónica o un email. Cabe que la parte perciba que interrumpe o perturba al mediador o, por el contrario, sienta que recibe su comunicación no sólo con un talante de cumplir con su deber, sino con agrado y dedicación."

²¹⁶ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, FEDERICO: *Mediador*..... Op. Cit.

cualquier requerimiento de encuentro o comunicación a instancia mutua de las partes o de cualquiera de ellas.

Se hace conveniente fijar al inicio un calendario de común acuerdo con las partes, si bien el rasgo definidor del mismo debería ser su flexibilidad para adaptarlo a las necesidades y circunstancias sobrevenidas que pueden eventualmente modificarlo. Teniendo las partes libertad para encontrarse con el mediador cuando sea preciso se reducirán drásticamente las carencias propias de la falta de comunicación que, sin duda, se comporta una de las causas principales del fracaso de la mediación.

La comunicación entre el mediador y las partes debe además ser propiciada de oficio. Se concreta cuando el mediador utiliza todos los medios de que dispone para hacerse presente y busca con interés la comunicación y cuando manifiesta su complacencia cuando la comunicación es provocada por la parte.

El interpelante debe apreciar, de manera inequívoca, que el mediador considera positiva su actitud. Si la respuesta se hace esperar, si contesta lacónicamente o en exceso escueto, es cortante o brusca, es probable que las partes se desmotiven para provocar más encuentros que aquellos que están inexorablemente previstos en el procedimiento y que, decepcionadas, no vuelvan a intentar la comunicación a instancia suya.

En suma, entiendo que la mediación requiere de forma especial el trabajo en equipo. Por esto, toda la labor del mediador debe hacerse desde la conciencia y la mentalidad de saberse un elemento de conexión entre dos partes en conflicto. La confección de la programación, la coordinación y conducción de las reuniones o la inspiración en la redacción de un modelo de acuerdo...son otras tantas tareas que es necesario desempeñar en común.”

En nuestra opinión, estos rasgos de mediador son difícilmente aplicables al árbitro, con la excepción de que debe transmitir su permanente voluntad de impartir justicia, tratando de que en ese proceso las partes puedan mantener sus relaciones, pero su accesibilidad dentro del procedimiento habrá de estar permanentemente subordinada al cumplimiento de los principios esenciales del mismo, que son claves para que el resultado final, el laudo, no pueda verse contaminado.

3. Planificador y programador

FERNANDEZ DE BUJAN, F.²¹⁷ explica que:

“Suele afirmarse que la planificación, que conlleva la programación, es absolutamente fundamental. Programar es ofrecer un plan, estructurado y sistemático, de contenidos, medios, y objetivos. Planificar es, pues, ordenar las tareas programadas, concatenarlas de forma armónica y disponerlas cronológicamente.

²¹⁷ *Ibíd.*

Si la planificación es fundamental en todo proceso, se vuelve esencial en la mediación en la que la Ley no impone un *iter* predeterminado. Debido a las características peculiares de la mediación, toda planificación debe realizarse con rigor y cumplirse con escrupulosidad. En la mediación no caben las improvisaciones. La planificación debe ser tempestiva y lo será si se ofrece a las partes un calendario detallado de actuaciones al inicio del procedimiento. Dicha programación debe ser consensuada con las partes en aras a configurar un plan idóneo para las mismas.”

En nuestra opinión este rasgo del mediador es también aplicable al árbitro, especialmente en aquellos arbitrajes *ad hoc* en los que las partes no hayan fijado el procedimiento arbitral, puesto que entonces tal responsabilidad deberá recaer en el mismo. Y, lógicamente, en cualquier caso, en el desarrollo de su labor como árbitro, especialmente en arbitrajes complejos, máxime cuando hay reconveniones y gran carga probatoria, es imprescindible que el árbitro tenga capacidad de planificación y programación de su trabajo, con el fin de garantizar la calidad del arbitraje.

4. Comunicador

FERNANDEZ DE BUJAN, F.²¹⁸ indica que:

“Es evidente que un mediador debe poseer esta nota en mayores dosis que un magistrado o un árbitro. El mediador configura el desenvolvimiento del proceso en mayor medida que aquellos. En virtud de esta responsabilidad, considero que si no está dotado de este don y cualidad se resiente nuestro sistema de resolución de conflictos. Su labor depende más que de sus conocimientos en la materia objeto de controversia de sus cualidades psicológicas.

El mediador que inspira y sugiere algunos de los medios en los que se concreta la mediación debe hacerse entender, de forma nítida, en sus comunicaciones orales, sin malas interpretaciones muchas veces generadas más que por falta de comprensión de los receptores por la falta de claridad del emisor. Así sus escritos y sus manifestaciones orales deben estar presididos por la claridad. Si ésta decía Ortega que era la cortesía del filósofo, debe ser la obligación inexcusable en otros oficios y servicios, entre los cuales se cuenta sin duda la mediación. Expresiones bien construidas, con lenguaje directo y dialógico, presentación textual estimulante y con una precisión extrema, a pesar de su sencillez, distinta de la simplicidad. Aquella es una virtud ésta una carencia. Aquella descomplica en esencia lo complejo, esta lo trivializa o, aún peor, lo reduce desvirtuando su auténtica dimensión.

La comunicación debe adecuarse al nivel medio de las partes. En este sentido, debe ser inteligible para quienes se encuentran en el proceso. Nada debe darse por sabido, pero tampoco cabe explayarse en lo conocido.”

El propio FERNANDEZ DE BUJAN, F.²¹⁹ afirma que “la condición y cualidad de comunicador si no se da en el mediador, el perjuicio a las partes, y al resultado del

²¹⁸ *Ibíd.*

proceso, es mayor que en el proceso judicial o arbitral, por lo que no cabe buscar medios que pudieran suplir esta incapacidad o falta de idoneidad.” En nuestra opinión, este rasgo, en el caso del árbitro, si bien puede ser aconsejable, dentro de su faceta de dinamizador del procedimiento arbitral, es contingente y, especialmente en el arbitraje de derecho, se encuentra muy limitada, ya que todas las comunicaciones debe seguir un estricto lenguaje jurídica, que si bien pudiese resultar críptico para los profanos, resulta fundamental a la hora de resolver las cuestiones en litigio con la elegancia y precisión conceptual que sólo los términos jurídicos pueden aportar.

5. Orientador

FERNANDEZ DE BUJAN, F.²²⁰ explica que:

“Este trazo lleva al mediador a conseguir de las partes renovar su confianza en el proceso de mediación, como el medio adecuado de resolver su conflicto. Reafirmarles en que su decisión de intentar este instrumento ha sido acertado, pues el proceso judicial puede resultar más largo y costoso.

En este sentido, entiendo que las partes en conflicto deben encontrar, constatar y sentir al mediador como un adecuado orientador en los contenidos de su controversia y en la sugerencia de los cauces para el arreglo. Se hace, pues, preciso conocer las técnicas de concordia para encauzar las labores de acercamiento de posiciones. Estas orientaciones deben ser proporcionadas, con carácter general, en los encuentros comunes si bien se extienden, también con carácter general, en las citas personalizadas. En este sentido, es necesario que el mediador, encarnando la nota de la accesibilidad que antes glosada, sea capaz de ofrecer un consejo oportuno a esa parte que le sirva a su interés particular y responda a su concreta situación.”

En nuestra opinión, en el caso del árbitro el trazo de ser orientador puede ser apreciado, pero en mucha menor medida, ya que siempre debe primar la salvaguarda de los principios esenciales del procedimiento, que podrían verse ofendidos si esa la labor de orientación no fuese exquisitamente igual para ambas partes. En este sentido, nunca se debe confundir con el fin del arbitraje, aunque la NLAB así lo permita, que las partes alcancen y acuerdo que ponga fin al arbitraje y que pidan al árbitro que dicte un laudo cuyo contenido sea literalmente el acuerdo alcanzado por las partes. La citada es una forma excepcional de terminación del arbitraje –mucho más similar a la mediación- y, por ende, el árbitro no debe desarrollar una actuación orientadora en esa dirección. La orientación del árbitro con respecto a las partes debe enfocarse en clarificar cualquier duda procedimental que pudieran tener.

6. Conciliador

FERNANDEZ DE BUJAN, F.²²¹ señala que:

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ *Ibíd.*

²²¹ *Ibíd.*

“El mediador debe ser capaz de poner de relieve a cada una de las partes cuáles pudieran ser los medios que podrían utilizarse para lograr el o los acuerdos que se pretenden alcanzar. Para todo esto, la orientación particularizada es esencial. También debe ser imaginativo para formular propuestas que puedan hacer suyas partes, siempre consciente de la realidad conflictual de las partes y de los intereses de cada una de las partes, distinguiendo lo irrenunciable de lo accesorio. A base de acercar posiciones en lo segundo se suelen reducir las distancias en lo primero.

Además, el mediador, en ocasiones, debe invitar a una parte a la consideración de la ventaja que puede proporcionarle una cesión en alguna de sus pretensiones. Se trata de que pueda ver el beneficio futuro que, a veces, se produce por llegar a un acuerdo. Así por ejemplo, poner de manifiesto el valor que supone el buen nombre de una sociedad, empresa o firma, de no verse involucrada en un proceso judicial en el que actúe como demandada por incumplimiento de contrato. Aunque pudiera ganarlo y se resolviese en su favor, es evidente que para el mercado su crédito de fama habrá estado un tiempo en suspenso cuando no empañado por dicha demanda. Eso es lo que cabe que el mediador ponga a consideración de la parte.

Para ello debe excitar su capacidad de escucha con una actitud activa y receptiva para lograr conocer a fondo la realidad de las partes. Su capacidad de acercamiento de posiciones llevará en ocasiones al mediador a ampliar el conflicto a fin de traer a colación y hacer confluir en el juego interdependiente de mutuas concesiones, algunos elementos o prestaciones que pudieran servir para que una parte, en la valoración de las mismas, pueda estar dispuesta a renunciar a otras.

Con la prudencia debida se debe animar a las partes o a una de ellas, dependiendo de los casos, a mantener su esfuerzo de conciliación y a no abandonar ese proceso de mediación que un día, con esperanza de acuerdo, se inició.

El mediador debe atajar toda manifestación de una parte que ofenda o moleste a la otra en momentos que pueden ocasionarse de acaloramiento y ofuscación en el seno de una reunión conjunta. Para ello, si no es posible reconducir la concordia y la tranquilidad de ánimo es preciso dar por finalizada la reunión, para que no se produzca un mayor endurecimiento de las posiciones. En otras ocasiones la labor del mediador puede traducirse en una contextualización de afirmaciones radicales hechas por una parte cuando ésta las haya realizado más como reacción un tanto violenta frente a las posiciones antagónicas de la otra parte. Así el mediador puede intentar relativizar y retornar el conflicto a sus originarios términos en ocasiones menos radicales que los posteriores, ya que en la mediación el conflicto se minoriza o agudiza, y ello depende de no sólo de la buena disposición de las partes sino también del buen quehacer del mediador.

Cuando el proceso de mediación haya avanzado y a juicio del mediador el conflicto o controversia presente nuevos límites o confines, cuando de alguna manera se hayan modificado las posiciones de las partes en sus reclamaciones o

reivindicaciones, se debe convocar una sesión conjunta a los efectos de que las partes procedan a una reformulación de sus posiciones.

Entiendo, aunque puede ser discutible, que es también función del mediador contra-argumentar, en sesión privada con una parte, las pretensiones poco razonables de ésta poniéndole de manifiesto que se hace no como forma de dar la razón a la otra parte sino en beneficio de la primera a los efectos de poder lograr una acuerdo que sin dejar aquellas no sería posible.”

Este es un trazo inaplicable al árbitro, pues como señala FERNANDEZ DE BUJAN, F.²²², “Un error frecuente del mediador que tiene la condición del estudioso, del profesional o del operador jurídico es seguir ejerciendo de Letrado, docto en Derecho. Ciertamente debe conocer bien la controversia desde el punto de vista, fáctico y jurídico, pero no debe intentar encontrar por su cuenta una solución.” Lógicamente, el árbitro tiene justamente esa obligación, aunque deba resolver en equidad y bajo ningún concepto debe tratar de influenciar a las partes en la búsqueda de soluciones a la controversia ni reformular la misma más allá de la voluntad de las partes, que son el límite absoluto en el que tiene que operar. Únicamente podemos quedarnos de este trazo con la obligación que tiene el árbitro de impedir que a lo largo del procedimiento arbitral se falte al respeto, en manera alguna, a cualquier a de los participantes en el mismo, lo que comprende a las partes, árbitros, representaciones letradas, testigos, etc.

7. Resoluto

FERNANDEZ DE BUJAN, F.²²³ enfatiza que:

“Afirmo este trazo de aquel que tiene "desenvoltura, facilidad y destreza". El mediador debe poseer la alteridad como capacidad de ser otro, poniéndose en la situación de cada parte como medio de traspasar esa posición a la otra parte. Ello es necesario hacerlo sin desvirtuar esa posición pero moderando una y otra posturas intentando buscar y encontrar en ellas lo que pudieran tener de común para propiciar un acercamiento de las mismas.

El mediador tiene como misión tratar de que las partes solucionen sus diferencias encontrando un acuerdo que sea asumible por ambas.”

En nuestra opinión este trazo es inaplicable al árbitro por la diferente naturaleza jurídica de la mediación y del arbitraje. En la primera, el objetivo es encontrar una solución a medio camino entre las pretensiones de una y otra parte; en la segunda, lo importante, aunque se decida en equidad, es encontrar una solución justa, que aunque siempre habrá de ser congruente, no se basa en contentar a las partes, pues tal derecho, como señalamos en esta obra, no existe en el ámbito arbitral, como no existe en el judicial. Compartimos plenamente la reflexión de FERNANDEZ DE BUJAN, F.²²⁴ cuando señala que “Creo que puede afirmarse que, a veces, es más difícil -por lo complejo de las diferencias-, acercar posiciones

²²² *Ibíd.*

²²³ *Ibíd.*

²²⁴ *Ibíd.*

encontradas, y a veces enconadas, que resolver conforme a Derecho o en equidad una controversia que pudiera presentar un sumo grado de dificultad en la interpretación jurídica de la discutible normativa aplicable. Las partes pueden someter al mediador a una "batería" de solicitudes y exigencias que éste debe trasladar a la otra parte que, en cambio, no tendrían encaje ni sentido en un procedimiento judicial o incluso arbitral."

Tras estas digresiones sobre la capacidad y predisposición del árbitro, de cara a la determinación de posibles responsabilidades civiles, nuestra opinión es que en este caso no se pueden derivar consecuencias directas relativas a la responsabilidad del árbitro, dado el carácter subjetivo y variable de las valoraciones que debe hacer el futuro árbitro en este caso, sino que se habría de esperar a ver si una incorrecta evaluación de su competencia profesional y/o de su disponibilidad de tiempo afectan al desarrollo del procedimiento, pudiendo llegar a constituir una negligencia grave.

Lógicamente, si el árbitro aceptara un arbitraje de derecho con un complicado contenido jurídico que versara sobre una materia en la que no contara con experiencia alguna, y este desconocimiento afectara el curso del procedimiento, llegando a producirse un laudo contrario al orden público que fuera posteriormente anulado, la imprudencia del árbitro sería tal que habría de ser calificada como de negligencia grave.

Y si aceptara un arbitraje, aún a sabiendas de que en ese momento sus circunstancias personales le iban a impedir dedicar el tiempo suficiente para mantener el impulso procesal del procedimiento y para profundizar en el conocimiento de la litis, y finalmente dictara un laudo extemporáneo, que fuera posteriormente anulado, al haber fijado las partes convencionalmente un plazo preclusivo, su imprudencia habría de ser calificada de negligencia grave.

De este modo, si el árbitro acepta indebidamente el nombramiento y el procedimiento finaliza con un laudo que es favorable a las pretensiones de una parte, y el citado laudo es anulado por contrario al orden público o por extemporáneo, existiría claramente un nexo causal entre la conducta negligente o dolosa del árbitro y el daño producido por la anulación del laudo, que es cuantificable en los costes del arbitraje que finalmente es fallido²²⁵. Por lo tanto, esa parte podrá reclamar al árbitro en esos términos.

Asimismo, si el procedimiento arbitral terminara antes de la emisión del laudo o del laudo que se emitiera –posteriormente anulado por uno de los dos motivos mencionados- no se infieren derechos económicos cuantificables para la parte

²²⁵ En ningún caso entendemos que puedan ser reclamados los costes del siguiente procedimiento arbitral o judicial que la parte reclamante hubiera iniciado para defender sus intereses, inicialmente sometidos a arbitraje, porque para ello en cualquier caso siempre deberá soportar los costes de 1 procedimiento.

reclamante, la única cuantía por la que podría reclamar al árbitro sería por los costes del procedimiento arbitral²²⁶.

3.1.2.1. Contar con un Seguro de Responsabilidad Civil

Una novedad de la NLAB es su nueva redacción del artículo 21.1, con respecto a la LAB, estipulando lo siguiente: "*Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas.*"

Por lo tanto, dentro de la revisión de la competencia del árbitro antes de su aceptación, debiera comprobar que tenga un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente en vigor y si no, rehusar el nombramiento. Desgraciadamente el Legislador aún no ha llevado a cabo el desarrollo reglamentario de este artículo, que regula una obligación que es habitual en otros profesionales, tales como los Auditores Legales de Cuentas, y que busca salvaguardar los intereses de las partes antes una indebida actuación de los árbitros y/o de la Institución arbitral permanente. Por lo tanto, *de facto* todos los árbitros están incumpliendo en la actualidad una norma imperativa que, por aplicación analógica con profesiones colegiadas, les cerraría la posibilidad de actuar como árbitros. Sin embargo, como el incumplimiento es imputable a la Administración, por su prolongada demora en el desarrollo reglamentario, no tiene efectos prácticos.

En cuanto al ámbito de cobertura del seguro, en principio habría de entenderse que debe cubrir la responsabilidad civil derivada de dolo o de negligencia grave, a tenor de cómo hemos visto que la NLAB exige en cuanto a grado de intencionalidad al árbitro. Sin embargo, señala MONTERO MURIEL²²⁷, que en el marco de la vigente Ley del Contrato de Seguro, el dolo no es asegurable en

²²⁶ Como ya hemos señalado, en ningún caso es admisible sostener como base de una reclamación contra un árbitro el lucro cesante de una supuesta resolución favorable a sus intereses si hubiera sido otro el árbitro, máxime cuando tras la anulación le quedan expeditas la vía arbitral o la estática

²²⁷ En virtud del artículo 76 LCS (que establece la protección a los terceros perjudicados), las aseguradoras deben hacerse cargo de las consecuencias derivadas de los hechos dolosos de los asegurados o de las personas por las que respondan, no pudiendo oponer al perjudicado la excepción de pago del artículo 19LCS. La existencia del artículo 76 LCS no entra en conflicto con el artículo 19 LCS: el dolo no es nunca asegurable. La finalidad del artículo 76 LCS (disposición especial, referida al seguro de responsabilidad civil es proteger la tutela de los terceros que se ven perjudicados por cualquier tipo de actos relacionados con el asegurado. Lo que dispone el artículo 76 LCS es que, antes de entrar a valorar en qué medida la actuación del asegurado ha sido dolosa o no, el asegurador debe abonar la indemnización al tercero perjudicado. Es decir, no puede oponer al tercero perjudicado las excepciones que pueda tener frente al asegurado. Sin embargo, una vez que el asegurador haya abonado la indemnización, si resulta que el daño causado al tercero es consecuencia de una conducta dolosa por parte del asegurado, el asegurador no deberá soportar esa indemnización, por lo que podrá ejercitar frente al asegurado su derecho de repetición.

ningún caso, a pesar de la previsión de la LCS que establece que los terceros perjudicados serán inmediatamente resarcidos por parte de la entidad aseguradora (y más tarde se decidirá si, por la existencia de dolo en la conducta del asegurado, la aseguradora podrá repetir contra el asegurado).

Desde un punto de vista práctico, esta situación no difiere de la que tienen otros profesionales en sus pólizas colectivas de responsabilidad civil (auditores, asesores fiscalistas, abogados, peritos, etc...), puesto que en las mismas, en las condiciones particulares, se excluye el dolo e incluso en muchos casos la culpa grave. Por lo tanto, el ámbito de cobertura del seguro de responsabilidad civil habría de cubrir únicamente la negligencia grave, puesto que como hemos visto la culpa no es base suficiente para instar la responsabilidad del árbitro, con lo que no habría problema para formalizar una póliza con una entidad aseguradora española. No obstante, máxime en virtud de la aplicación extraterritorial de la NLAB, los árbitros e instituciones podrían contratar dicho seguro perfectamente sometiendo sus pólizas a un Derecho extranjero que incluso permita el aseguramiento del dolo, siendo lógicamente el mercado británico de seguros una excelente opción, al ser uno de los más avanzados del mundo, además de ser uno de los países con más desarrollo y arraigo en materia arbitral.

3.1.3. Examinar posibles conflictos de intereses

El arbitraje, como sistema de resolución de conflictos basado en la voluntad de las partes de someterse a él, debe satisfacer la confianza depositada por aquellas, que esperan ver definitivamente resuelta su controversia por un tercero imparcial. Es, en cumplimiento de esta misión, como fórmula alternativa a los tribunales ordinarios, otorgando las mismas garantías que estos pero con las ventajas que le son propias, cómo el arbitraje se ha desarrollado y debe seguir desarrollándose.

Sin embargo, el árbitro, como eje esencial sobre el que gira todo el procedimiento arbitral, está sometido a unas circunstancias diferentes a las del juez estatal: mientras que éste es un funcionario del Estado, fundamentalmente incompatible con cualquier otra actividad profesional, y, por ende, dotado de la presunción de imparcialidad e independencia inherente a los integrantes del Poder Judicial, el árbitro es un sujeto privado plenamente incardinado en la sociedad civil y, por tanto, con infinidad de relaciones personales y profesionales de toda índole, generadoras de intereses, que requieren ser consideradas con toda cautela a la hora de encomendarle el enjuiciamiento de la controversia suscitada entre las partes. Porque, no se olvide nunca, el laudo tiene la misma eficacia que la sentencia judicial, de modo que la confianza que se deposita en el árbitro debe ser, al menos, la que se deposita en el juez, pese a que, *prima facie*, del primero no se presume la imparcialidad e independencia que se presume del segundo. Esa diferencia de presunción *prima facie* debe ser, por tanto, suplida mediante la introducción de mecanismos que garanticen la transparencia en la designación de árbitros y la prevención de conflictos de intereses. Solo así se generará la confianza necesaria en los usuarios del arbitraje, sin la cual esa institución no se podría sostener.

Hemos de volver a recordar los orígenes romanísticos del arbitraje, lo que significa que se nutre de los rasgos definitorios de la cultura romana, entre los que se encuentra la siempre difícil búsqueda de la esquiua justicia, que conlleva la eliminación de privilegios. Así, el maestro de maestros, GARCIA GARRIDO²²⁸, nos recuerda que “Una costumbre tradicional prohibía a los que aspirasen a desempeñar cargos públicos el ejercicio del comercio o industria o recibiese una *merces* o compensación por un trabajo. Se criticaba los magistrados que tuvieran un padre *mercenarius* o lo hubieras sido antes. En general se prohibía todo especulación comercial a los senadores. Una ley les prohibía participar en los concursos de Obras Públicas. Idéntica prohibición tenía los decuriones en las provincias. La prohibición se extendía también a los préstamos con intereses, que se limitaba en disposiciones imperiales a los que excediesen del 4%. Una ley Claudia del año 218 a. C. prohibía a los senadores ejercer el comercio marítimo con naves que transportasen más de trescientas ánforas. Se consideraba que las que no excediesen de este límite podían dedicarse al transporte de las mercancías de las fincas de los senadores. La ley se aprobó a propuesta de un tribuno de la plebe contra el Senado de acuerdo con el senador C. Flaminio. La prohibición se extendió a los hijos de los senadores. También se prohíbe a los gobernadores construir naves en las provincias en las que ejercen su mandato.”

Por lo tanto, el árbitro debe huir de cualquier privilegio. Es por ello que debemos enfatizar la importancia que tiene la deontología del árbitro. La existencia de un código de conducta deontológica de aplicación a los árbitros cubre, sin duda, una faceta importante de su actividad y se halla vinculada con aspectos relativos a la ajeneidad del árbitro o árbitros con la cuestión litigiosa. La deontología arbitral supone sustraer al árbitro de la «complicidad sustantiva» de las partes y aboga por su extrema prudencia.

La «complicidad sustantiva» de la parte es una noción estrictamente subjetiva que supone, de un lado, la existencia misma de la actividad cómplice y, de otro, la «conciencia» de la parte que desea aprovechar la complicidad sustantiva, en la medida en que el árbitro pueda ser objeto de la «influencia sustantiva» de la parte. En tal sentido, la idea esencial es que el árbitro se «representa a sí mismo» tipificando una *professio arbitris* sustentada en la honestidad de su conducta.

Como señala FERNANDEZ DE BUJAN, A.²²⁹, a quien copiamos literalmente, “Cuestiones distintas atinentes a las excusas del arbitraje se hayan previstas, de forma casuística, y satisfactoriamente resueltas en los textos romanos. Así en D. 4.8.15²³⁰: «Si bien el magistrado obligará al árbitro a dictar sentencia, sin embargo, en ocasiones, deberá tener en cuenta sus razones para excusarlo del

²²⁸ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *El Comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano*. Dykinson Madrid. 2001. página 21

²²⁹ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Bases romanísticas*.....Op. Cit.

²³⁰ Parece razonable afirmar, con MARTINI, *Il problema de la «causae cognitio» pretoria*, Milano, 1960, págs. 156 y sigs., que cualquier otra causa de excusa podría ser tomada en consideración por el magistrado, previa *causae cognitio*.

arbitraje, previa cognición de causa, así por ejemplo, si hubiese sido difamado por los litigantes, o si hubiese una enemistad manifiesta entre él y los litigantes, o con alguno de ellos, o por razón de edad, de una enfermedad sobrevenida, de la necesaria atención a los propios negocios como causa de dispensa, de un viaje urgente o del ejercicio de las funciones propias de un cargo público. 16. O si le acontece cualquier otro impedimento surgido con posterioridad a la aceptación del arbitraje. No obstante, en casos de enfermedad u otros semejantes, el magistrado está obligado a prorrogar el arbitraje».

- Parece que si la enfermedad del juez, lo que cabría extender al árbitro, era pasajera, se producía un aplazamiento del procedimiento, mientras que si tenía visos de prolongarse en el tiempo, se consideraba un motivo de excusa y exigía el nombramiento de un sustituto²³¹. Así en D 50.5.13.pr. D. 2.11.2.3 y D. 5.1.46.

- D. 4.8.9.4: «Dice Juliano que si los litigantes han difamado al árbitro, el pretor no debe excusarle sin más, sino previa cognición de causa».

- D. 4.8.32.14: «Cuando un árbitro resultase ser públicamente enemigo de un litigante por causas diversas y es interpelado mediante pruebas para que no dicte sentencia, y no obstante hubiese persistido en dictar sentencia sin que nadie le apremie, el emperador Antonino Caracalla mediante rescripto estableció que, aunque no cabía apelar la sentencia arbitral, sí era posible oponer la excepción de dolo malo frente a la petición de pena».

Se prevé, por tanto, en las fuentes romanas la recusación del árbitro por los comprometidos en aquellos casos en los que la corrupción del árbitro o la enemistad sobrevenida con alguno de los litigantes, le incapacite para continuar desempeñando su función y dictar sentencia. La enemistad pública entre árbitro y litigantes se configura pues como un motivo de abstención y de recusación.

- Se considera asimismo causa de abstención y excusa arbitral que uno de los litigantes plantee la controversia, pendiente de resolución arbitral, ante un juez ordinario o ante otro árbitro. Así en D. 4.8.9.5, 4.8.10 y 4.8.11.pr.: «Si los litigantes desprecian la autoridad del árbitro acudiendo a un juicio ordinario o a otro árbitro y, con posterioridad, vuelven a plantear la cuestión al árbitro originario, el pretor no debe obligar a este a juzgar a quienes le hicieron la injuria de despreciarlo y acudir a otro».

- Constituye también causa de excusa que el árbitro tenga pendiente un juicio propio que le impida ocuparse del arbitraje, así en D. 4.8.16.1: «El árbitro debe ser excusado del compromiso por razón de un juicio propio que tenga pendiente, ya sea público o privado, siempre que no pueda prorrogarse el plazo del compromiso, dado que si puede ¿por qué no va a obligar a que se prorrogue siendo posible?».

²³¹ Vid. BUHIGUES OLIVER, GABRIEL: *La solución amistosa de los conflictos en Derecho romano: el arbiter ex compromisso*. Montecorvo, 1990. págs. 118 y sigs.

- Se prevé asimismo en los textos la recusación del juez y la prohibición de que el juez asuma el arbitraje de un asunto que está conociendo como juez, así en D. 4.8.9.2: «Prohíbe la Ley Julia que el que es juez asuma el arbitraje de un asunto que está juzgando como juez, o que autorice que se contraiga tal arbitraje, y si, no obstante, el árbitro así elegido hubiese dictado sentencia, no se debe dar acción para reclamar la pena por incumplimiento», así como la prohibición de que el árbitro asuma el arbitraje sobre un asunto propio, así en D. 4.8.51: «Si alguien hubiese sido nombrado árbitro de un negocio propio, no puede dictar sentencia, porque se mandaría o se prohibiría hacer algo a sí mismo, lo que no cabe».

Volviendo a épocas modernas, decir que la propia LAB sancionaba la obligación del árbitro de declarar sus posibles relaciones con las partes o con la controversia lo que implica que el árbitro debe dar a conocer cualquier circunstancia que pueda determinar su recusación. Sin embargo, la deontología como compendio de deberes afecta a determinados códigos o pautas de conducta profesionales que se podrían sintetizar en «actúa según conciencia y ciencia», va más allá del simple tenor literal de la LAB y, ahora, de la NLAB, quien en su artículo 17 señala que *“Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.”*

En su segundo apartado continua señalando que *“La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. En cualquier momento del arbitraje, cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.”*

El concepto «ciencia» implica un ejercicio efectivo de la actividad arbitral según las reglas «técnicas» aplicables en cada caso al procedimiento arbitral. En cambio, la «conciencia» supone un deber ético de muy diverso contenido. En la LAB ese determinado código o pauta de conducta se concretaba en la fidelidad -lealtad con que debe actuar el árbitro. La convergencia de la «conciencia y ciencia» en el cumplimiento fiel del encargo del árbitro puede ser tipificado de muy diversas maneras. Así, se puede aludir a causas éticas y técnicas que sustentan la elección del árbitro, a la independencia e imparcialidad del árbitro, a la probidad e integridad moral o, en fin, aludir a un régimen de incompatibilidades. Para neutralizar la «indiferencia» técnica y ética del árbitro hacia tales causas se puede argüir la posibilidad de la recusación. Pero como tal, la recusación no debe ser un instrumento de aplicación automática, sobre todo si se tiene en cuenta la incidencia del árbitro escabino y la problemática que plantea la información personal del árbitro.

Es obvio que la deontología del árbitro en la LAB y en la NLAB no le habilita para actuar libérrimamente según «su fidelidad» al encargo asumido. Como decíamos, existen violaciones que se pueden tipificar como dolosas o gravemente culposas, o consecuencia de la mala fe y la temeridad, en las que el contenido deontológico de la «fidelidad del encargo» quiebra. Pero la conclusión a la que se ha de llegar es que no es bueno atenazar la deontología del árbitro con fórmulas rígidas de exigencia de responsabilidad, si se tiene en cuenta la consustancial relación que une al árbitro con las partes y la cuestión litigiosa.

Es por todo ello por lo que la NLAB, siguiendo a la Ley Modelo UNCITRAL, consagra como uno de los principios fundamentales del procedimiento arbitral la independencia e imparcialidad de los árbitros. La NLAB, también siguiendo en este punto a la Ley Modelo UNCITRAL, establece, como garantía de ese principio de independencia e imparcialidad de los árbitros, el deber de revelación por parte de estos de cualquier situación susceptible de generar un conflicto de intereses, señalando en su artículo 17.2 que: *«La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.»*

El deber de revelación por parte de los árbitros se articula como el principal instrumento legislativo de prevención de conflictos de intereses en el seno de un arbitraje, habida cuenta de la práctica imposibilidad para una parte de conocer todas las posibles relaciones que puedan existir entre su contraparte y un árbitro. Esto resulta aún más claro en el ámbito del arbitraje internacional, donde una parte puede designar como árbitro a alguien de su misma nacionalidad y sobre quien el conocimiento de la contraparte puede ser muy limitado.

Además, y como veremos más adelante, existe una gran cantidad de supuestos dudosos (pues en aquellos en que el conflicto es evidente el árbitro debería, más que revelarlo, abstenerse de participar en el procedimiento) en los que, para garantizar la transparencia del procedimiento, debe asegurarse su conocimiento por todas las partes con el fin de que sean ellas quienes decidan si lo consideran o no un obstáculo suficiente a la participación del árbitro en el procedimiento.

Teniendo en cuenta que, al fijar las cuestiones que el árbitro debe revelar, la NLAB hace referencia a aquellas *«circunstancias que puedan dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad e independencia»*, estableciendo un criterio subjetivo ajeno al árbitro para valorar la concurrencia, o no, de dudas justificadas sobre su imparcialidad, se plantea la pregunta: ¿hasta dónde cabe entender que llega el deber del árbitro de revelar, como dice la Ley, todas las circunstancias que puedan dar lugar a esas dudas? O dicho de otro modo, ¿dónde debe pensarse que acabaría en la práctica esa obligación del árbitro?

Sin embargo, como señala ALONSO²³² y nosotros compartimos, la respuesta, sin embargo, y pese a su relevancia, no está clara. Aunque una primera aproximación al concepto de «*dudas razonables*» resulte sencilla, en la práctica son muchas las zonas grises en las que resulta complicado conocer los límites del deber de revelación. Un principio bastante aceptado es el que exige a los árbitros la revelación de todas aquellas circunstancias que puedan generar en cualquiera de las partes una duda razonable sobre su imparcialidad o independencia.

En cualquier caso, esto no resuelve el problema de qué debe entenderse por duda «*justificada*» o «*razonable*». Ahora bien, la ausencia de una lista cerrada de supuestos, como se hacía en la LAB refiriéndose a las causas de recusación de jueces y magistrados²³³, debe considerarse como un acierto²³⁴. En efecto, cualquier definición general de cuándo una parte puede ver razonablemente minada su confianza en la independencia e imparcialidad del árbitro, fijando qué debe éste revelar, plantearía el mismo problema, dada la amplitud que sería necesaria para incluir todos los supuestos posibles. Por otro lado, cualquier intento de definir o enumerar las circunstancias incluidas en el deber de revelación de los árbitros tendría un valor limitado como regla para todo arbitraje. Siempre habrá situaciones recogidas, o no, en la lista que den lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, no en base a criterios objetivos contenidos en una definición, sino atendido exclusivamente el contexto en el que se produzcan y en las que la única solución válida será la que resulte del razonable juicio del árbitro. Por mucho que fuese el empeño de hacer objetivo el análisis de todas esas circunstancias, no pocas veces habría que reconocer la necesaria importancia de prestar atención, caso por caso, al principio de la buena fe²³⁵.

Es el árbitro quien, para cada supuesto, debe decidir si procede revelarlo, afirmando que entiende que tales circunstancias no afectan a su imparcialidad e independencia o, incluso, si considera que el posible conflicto de intereses que surja del mismo es de suficiente entidad, presentar a las partes su abstención.

Es aconsejable que los árbitros asuman su obligación teniendo en cuenta que en algunos casos la apariencia de imparcialidad e independencia del árbitro puede ser tan importante como la realidad misma de estas cualidades.

En una situación en la que la apreciación de si se producen o no dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro depende no solo del

²³² Cfr. ALONSO, JOSE MARIA: *Comentarios a la Ley 60/2003 de Arbitraje*, Madrid. 2011. Editorial Aranzadi. Pags 213 y ss

²³³ Art. 12.3 Ley 36/1998, de 16 de diciembre, de Arbitraje, en relación con el art. 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

²³⁴ En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje afirma que « [s]e elimina el reenvío a los motivos de recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general».

²³⁵ Debe señalarse, en este sentido, la referencia y crítica que se hará más adelante a las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional.

juicio de este, sino también de la consideración subjetiva de las partes, la mejor alternativa quizá consista en revelar todo lo que directamente crea que debe revelar y además lo que dude si debe revelar. Por poca que sea la relevancia que tenga una determinada circunstancia a los ojos del árbitro, la decisión de ponerla en conocimiento de las partes será muchas veces la más acertada, no tanto por la circunstancia en sí (que una vez expuesta por el árbitro es bien posible que no dé lugar a ninguna objeción), sino por las dudas que podría despertar en una de aquellas, que más tarde tuviese conocimiento de esa circunstancia, el hecho de que el árbitro hubiese decidido en su momento no revelarla. Cabe añadir que esta «*revelación en la duda*» es hoy en día una regla generalmente aceptada en el ámbito del arbitraje. En este sentido, por ejemplo, se expresan la declaración de independencia e imparcialidad que el árbitro debe suscribir en los arbitrajes ante la CCI²³⁶ y el Código Ético elaborado por la *American Arbitration Association*²³⁷.

El árbitro debe valorar las consecuencias que, sobre la consideración de su independencia e imparcialidad, podría tener el no revelar determinadas circunstancias si estas fueran, con posterioridad, descubiertas por alguna de las partes. En definitiva, si su silencio podría llegar a ser merecedor de un comprensible reproche. Deberá, además, ser consciente de que la revelación de cualquier circunstancia potencialmente conflictiva debe hacerse en cuanto tenga conocimiento de ella y que cualquiera de las partes tiene la facultad de pedir al árbitro, en cualquier momento del arbitraje, la aclaración de sus relaciones con alguna de ellas²³⁸.

Teniendo en cuenta que, en última instancia, el concepto de «*dudas justificadas*» será interpretado por los jueces y tribunales al tratar solicitudes de anulación del laudo cuando el árbitro no haya revelado oportunamente circunstancias relevantes, resulta aconsejable que sean los propios árbitros quienes asuman cuidadosamente, y antes que nadie, su función de analizar ese significado.

Como destaca ALONSO²³⁹ y nosotros compartimos, el principal problema al que se enfrenta el árbitro al aceptar su designación es el de determinar qué situaciones revelar y cuáles no. Resulta, en estos casos, necesario encontrar un equilibrio entre aquellos supuestos de los que las partes deben ser informadas por poder dar lugar a dudas razonables sobre la imparcialidad e independencia del árbitro y aquellos supuestos que no dan lugar a aquellas dudas y cuya revelación sería excesiva, pudiendo incluso favorecer abusos por alguna de las partes, demorando el arbitraje con recusaciones injustificadas o privando a la contraparte del árbitro que ha elegido.

²³⁶ Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

²³⁷ The Code for Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes. Effective March 1, 2004.

²³⁸ Art. 17.2 *in fine* NLAB.

²³⁹ Cfr. ALONSO, JOSE MARIA: *Comentarios...*Op. cit.

Es en este contexto en el que en el año 2004 se promulgaron las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional²⁴⁰ (las «Directrices») con la intención de fijar un estándar común en el arbitraje internacional con el que resolver conflictos de intereses y, en particular, en qué supuestos debería, o no, un árbitro revelar determinadas situaciones. Las Directrices de la IBA se articulan en dos partes. La primera parte contiene siete principios generales en relación con la imparcialidad, la independencia y el deber de revelación del árbitro. La segunda parte establece una lista no exhaustiva de supuestos clasificados por colores en los que puede encontrarse el árbitro y que configuran su deber de revelación.

Los principios generales recogidos en la primera parte de las Directrices son muy similares a los ya señalados, imponiendo el deber del árbitro de ser imparcial e independiente de las partes y mantenerse así a lo largo del procedimiento, así como la obligación de revelar aquellas situaciones que, desde el punto de vista de las partes, puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

Debe hacerse mención, sin embargo, a dos cuestiones importantes:

En primer lugar, se establece que cualquier duda sobre si se debe revelar o no una situación determinada, ha de resolverse a favor de darla a conocer²⁴¹. Como ya hemos señalado, esta es la opción más razonable en caso de duda, tanto por evitar la desconfianza de una de las partes si lo descubre en un futuro, como porque el árbitro debe revelar aquellas situaciones que puedan generar dudas en las partes, sin considerar si él las considera o no justificadas.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, se afirma que el hecho de que un árbitro revele determinadas circunstancias no puede entenderse como la admisión de la existencia de un conflicto de intereses²⁴², sino justo lo contrario.

En efecto, si al comunicar una situación que considere puede generar dudas en las partes sobre su imparcialidad e independencia, el árbitro considerase que existe un auténtico conflicto de intereses, más que notificarlo a las partes debería no aceptar su designación o renunciar si el conflicto surge con posterioridad. Cuando un árbitro revela determinadas situaciones lo hará normalmente bajo el convencimiento de que las mismas no afectan a su imparcialidad e independencia.

La segunda parte de las Directrices es, sin embargo, la que más comentarios ha generado, al recoger, mediante un sistema de clasificación por colores (rojo, naranja y verde) diversas situaciones que pueden darse en la práctica arbitral.

²⁴⁰ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 22 de mayo de 2004. Las Directrices no son normas jurídicas, sino que únicamente son de aplicación directa cuando las partes acuerdan expresamente que deben regular su procedimiento arbitral. Esto no evita, sin embargo, que puedan utilizarse como un importante instrumento de referencia al tratar conflictos de intereses tanto en el arbitraje internacional como en el doméstico.

²⁴¹ Principio 3. (c) de las Directrices.

²⁴² Principio 3. (b) de las Directrices.

En la categoría roja se distingue entre supuestos irrenunciables y supuestos renunciables. En los supuestos irrenunciables se encuentran aquellas situaciones en las que se entiende que un árbitro se identifica con alguna de las partes, violándose en consecuencia el principio general de que nadie puede ser juez y parte en un mismo procedimiento. En estos casos no hace falta ni siquiera que el árbitro revele tal situación ya que, entienden las Directrices, el árbitro no puede ejercer como tal en el procedimiento y debe renunciar, sin que la aceptación por las partes pueda convalidar la existencia del conflicto de intereses. Los supuestos rojos renunciables son aquellos que pueden presentar dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro y que, en consecuencia, este debe revelar. Sin embargo, a diferencia de los supuestos no renunciables, las partes pueden, de todas formas, aceptar que el árbitro ejerza su función siempre que lo hagan de manera expresa.

En la categoría naranja se encuentran aquellos supuestos que, dependiendo de las circunstancias concretas del caso, pueden dar lugar, a juicio de las partes, a dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro. Si una situación se encuentra en la categoría naranja el árbitro debe informar de ella a las partes, aunque, en este caso, si estas no solicitan su recusación en plazo se entiende que tácitamente han renunciado a oponerse a su designación.

Finalmente, la categoría verde contiene aquellos supuestos que se consideran no problemáticos y que, en consecuencia, no deberían, con carácter general, ser revelados por el árbitro al no ser susceptibles de generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

Las Directrices, en todo caso, dejan claro que las listas roja, naranja y verde tienen solamente un valor relativo, sin que quepa pretenderse su aplicación, sin más, siempre. Habrá que prestar atención, caso por caso, a las circunstancias.

En la práctica, las Directrices han tenido una importante aceptación y se aplican tanto en supuestos de recusación ante tribunales ordinarios en las jurisdicciones más importantes, como en las instituciones arbitrales de mayor influencia. En este sentido, a la luz de los primeros años de vigencia de las Directrices, el Comité de Conflictos de Intereses de la IBA elaboró un informe con el fin de evaluar su utilización en el ámbito del arbitraje internacional²⁴³. Para ello, se analizó si las Directrices habían sido utilizadas, tanto por tribunales ordinarios como por instituciones arbitrales, al resolver cuestiones relativas a conflictos de intereses y al deber de revelación de los árbitros.

En relación con su aplicación en tribunales ordinarios, aunque no son muchas las decisiones disponibles, sí pueden destacarse dos cuestiones. En primer lugar, se ha producido un notable incremento (teniendo en cuenta que en el año 2006 un estudio solo encontró tres decisiones una en el Reino Unido y dos en Estados

²⁴³ The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, the first five years 2004-2009.

Unidos)²⁴⁴, tanto en el número de decisiones que aplican las Directrices (once en total) como en las jurisdicciones en las que estas se dan. En segundo lugar destaca, aunque no sorprenda, que las jurisdicciones en las que más se están aplicando las Directrices (Austria, Bélgica, Inglaterra, Alemania, Holanda, Suecia, Suiza y Estados Unidos) sean, muchas de ellas, las que tradicionalmente se han mostrado más favorables al arbitraje internacional y que en la actualidad forman los principales centros de arbitraje a nivel global. En España su aplicación aún es escasa, mencionándolas, aunque sin aplicarlas directamente, la Sentencia 506/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de junio²⁴⁵.

En cuanto a la aplicación de las Directrices en decisiones emitidas en el seno de instituciones arbitrales, igualmente se recogen las respuestas de las instituciones arbitrales más importantes a nivel internacional. Destaca en este caso la CCI, en la que se elaboró un informe que señalaba cómo al menos un artículo de las Directrices fue tenido en cuenta en 106 de 187 casos analizados, recogiendo además una extensa lista de supuestos que se habían tenido en cuenta pero que no se incluyen en las Directrices²⁴⁶. De especial importancia resulta también la experiencia en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo que, según afirma el informe de la IBA, suele tomar como referencia las Directrices, otorgando así mayor seguridad y transparencia a sus decisiones sobre conflictos de intereses.

En definitiva, en el ámbito del arbitraje internacional, tal y como afirma una sentencia del Tribunal Supremo de la Federación Suiza *«es cierto que las Directrices no tienen fuerza de ley. Sin embargo, sí suponen una útil herramienta que contribuye a una mayor armonización en los estándares a aplicar en relación con los conflictos de intereses en arbitraje internacional. Como tal, esta herramienta debería cobrar relevancia en las decisiones de tribunales ordinarios e instituciones que administren procedimientos arbitrales»*²⁴⁷.

La aceptación de las Directrices en el ámbito internacional se encuentra fuera de toda duda. Sin embargo, su aplicación plantea aún algunos interrogantes. Por un lado, resulta cuestionable la existencia de una lista de supuestos no renunciables ya que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, si las partes, conociendo la existencia de las situaciones incluidas en la lista, deciden igualmente designar a una persona determinada como árbitro, limitar sus

²⁴⁴ The IBA Conflicts Guidelines - Who's Using Them and How? Judith Gill. Vol. 1 Dispute Resolution Inter-national, 58 (2007).

²⁴⁵ JUR\2011\347818.

²⁴⁶ References to the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration when deciding on Arbitrator Independence in ICC Cases. Simon Greenberg y José Ricardo Feris. ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 20, No 2. 2009.

²⁴⁷ Tribunal Supremo de la Federación Suiza, Caso 4A_506/2007, para 3.3.2.2: *« Ces lignes directrices n'ont certes pas valeur de loi; elles n'en constituent pas moins un instrument de travail précieux, susceptible de contribuer à l'harmonisation et à l'unification des standards appliqués dans le domaine de l'arbitrage international pour le règlement des conflits d'intérêts, lequel instrument ne devrait pas manquer d'avoir une influence sur la pratique des institutions*

elecciones y su consentimiento debidamente informado no parece justificado. Por otro lado, como ya antes fue apuntado, debe evitarse el riesgo de aplicar sin más las distintas listas, sin analizar las circunstancias específicas de cada caso, fundamentalmente si se decide no revelar situaciones contenidas en la categoría verde que respecto a un supuesto concreto sí podrían generar dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia de uno de los árbitros. En cualquier caso, pese a la existencia de situaciones no resueltas por las Directrices, debe afirmarse que el balance general de su introducción es positivo, ayudando a dar seguridad y uniformidad en una cuestión tan complicada como la gestión de los posibles conflictos de intereses²⁴⁸.

Al estudiar las consecuencias del incumplimiento del deber de revelación, cabe distinguir entre aquellas que afectan al árbitro que ha incumplido su deber y las que se refieren al propio procedimiento arbitral y, en particular, cómo afecta tal incumplimiento a la validez del laudo.

La consecuencia fundamental del incumplimiento del deber de revelación por el árbitro, una vez se descubre la existencia de la situación que debió haber comunicado, será, seguramente, la solicitud de recusación por la parte que se considere perjudicada por el conflicto de intereses. En este sentido, además, el hecho de no haber revelado la existencia de una situación que potencialmente daría lugar a un conflicto, aunque en realidad el árbitro sea completamente imparcial e independiente, puede cualificar la situación, de manera que una relación que, de haberse revelado a tiempo, no plantearía dudas se ve expuesta a un mayor nivel de sospecha.

Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 506/2011, respecto a la no comunicación por el presidente del tribunal arbitral de la existencia de determinadas relaciones con el despacho profesional que llevaba la defensa de una de las partes y pese a considerar que la actuación del árbitro fue perfectamente imparcial, sin ni siquiera reprocharle la no comunicación, habida cuenta la dificultad que para el árbitro plantea decidir qué revelar, afirma que:

«si bien tal omisión de manifestación voluntaria no es por sí misma causa de recusación, no por ello deja de ser un hecho que por otro lado resulta del previo desarrollo del proceso, el que a las partes no se les hizo saber tales circunstancias, lo cual incrementa el sustento de la duda que en la recusante puede surgir sobre la imparcialidad y objetividad del árbitro cuando sus relaciones con la parte y con el despacho defensor de la contraria son puestas de manifiesto a causa de su iniciativa e indagación sobre ellas».

²⁴⁸ Tal y como señala la introducción a las Directrices, estas no suponen más que el comienzo en el desarrollo de una práctica uniforme sobre la gestión de conflictos de intereses. Es por esta razón por la que se ha iniciado ya el procedimiento de revisión de las mismas, con el fin de evaluar su aplicación en la práctica y cómo puede mejorarse. Así, en la actualidad, el subcomité de conflictos de intereses de la IBA trabaja en una nueva edición de las Directrices con la intención de presentar la nueva redacción en el año 2014, cumplidos diez años desde su publicación original.

En efecto, como enfatiza ALONSO y nosotros compartimos, un elemento fundamental del procedimiento arbitral es la confianza que las partes depositan en él, de manera que los árbitros no solo deben cumplir con el requisito esencial de la imparcialidad e independencia, sino que también deben aparecer frente a las partes como imparciales e independientes. Así lo afirma la citada sentencia al disponer que **«Conviene recordar que en esta cuestión no se trata de determinar si, efectivamente, el árbitro no es imparcial o independiente, si no (sic) de analizar hasta qué punto sus relaciones con las partes o sus defensores permiten sembrar en la otra parte la fundada duda sobre tales atributos»**.

Esta afirmación nos lleva a la importante conclusión de la aplicabilidad del conocido aforismo de que no basta con ser honesto, también hay que parecerlo, es decir, que se valora esa apariencia previa de imparcialidad e independencia, que cuando no se produce es insalvable por medio de una conducta imparcial e independiente en el arbitraje. Usando un ejemplo extremo, si el árbitro único fuera un compañero de despacho del letrado de una de las partes, salvo que la otra parte lo conociera y aceptara, sería irrelevante que su actuación arbitral fuera impecable, imparcial e independiente, no influyéndole en absoluto su relación profesional con el Letrado de una de las partes. Su relación con el Letrado le tacharía por completo y el hecho fuera conocido tras dictarse el laudo, este podría ser anulado sin problemas por esa causa. Es decir, prima la verdad formal sobre la verdad material.

Cabe además señalar que el árbitro, al revelar la existencia de situaciones potencialmente conflictivas, está salvaguardando no solo el procedimiento, sino también su propio nombramiento dado que, una vez puestas aquellas en conocimiento de las partes, si estas no formulan la recusación en el plazo que corresponda (15 días salvo que las partes hayan acordado otra cosa, art. 18.2 NLAB), se entiende que han renunciado tácitamente a las facultades de impugnación que les otorga la ley, salvando en consecuencia el posible conflicto de interés, conforme al art. 6 NLAB, a cuyo tenor *«Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denuncia dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley»*.

La primera consecuencia que, sobre el procedimiento arbitral, tiene la no revelación de situaciones potencialmente conflictivas se plantea en relación con la recusación del árbitro en el momento en que dichas situaciones se descubren. Así, en cuanto se plantea la recusación, el procedimiento se paraliza con el fin de resolver aquella. Si además está ya avanzado el procedimiento arbitral, la recusación puede conducir a un considerable desajuste que podría haberse evitado con la oportuna revelación. Además, la falta de revelación puede llegar a cualificar la causa de recusación al potenciar las dudas que puedan surgir en

relación con la misma. En términos de responsabilidad del árbitro, esta será exigible en supuestos de mala fe, temeridad o dolo²⁴⁹.

La otra vertiente del incumplimiento del deber de revelación, en relación con sus efectos sobre el procedimiento arbitral, es la cuestión de si el mero incumplimiento del deber de revelación es suficiente para obtener la anulación del laudo.

En este sentido, son dos las vías de anulación del laudo que podrían invocarse: i) que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes²⁵⁰ o ii) que el laudo es contrario al orden público²⁵¹. En el primer supuesto, además, hay que tener en cuenta que cuando las partes se someten a un arbitraje regido por un reglamento arbitral determinado se entiende que el mismo forma parte del propio convenio²⁵². La mayoría de los reglamentos de arbitraje contienen previsiones expresas sobre el deber de revelación de los árbitros²⁵³.

En cualquiera de las dos alternativas la pregunta fundamental es la misma con independencia de si el árbitro se ha mantenido, o no, imparcial durante el procedimiento, ¿es suficiente para anular el laudo el hecho de que aquel no haya revelado determinadas situaciones potencialmente conflictivas?

En principio, y sujeto a un análisis para cada caso concreto, la respuesta debe ser negativa. El deber de revelación es, efectivamente, un elemento fundamental para garantizar la transparencia en la designación de los árbitros y la confianza de las partes en el procedimiento. Sin embargo, no hay que olvidar que se trata de un deber instrumental, dirigido a que las partes tengan un conocimiento suficiente de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas fundadas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros, y que solo en supuestos en los que las circunstancias no reveladas generen tales dudas es cuando puede cuestionarse la validez del arbitraje. El principio fundamental del arbitraje es la imparcialidad e independencia de los árbitros, siendo el deber de revelación solamente una, aunque esencial, herramienta del mismo.

En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia 221/2008, de 5 de mayo²⁵⁴, al entender que, pese a que el presidente del tribunal arbitral incumplió su deber de comunicar a las partes la integración de su despacho con el de los letrados que representaban a una de las partes, esto no afectó su independencia ni imparcialidad puesto que tales hechos ocurrieron después de adoptado el laudo, aunque se firmara en fecha posterior. Así, la

²⁴⁹ Art. 21.1 NLAB.

²⁵⁰ Art. 41.1.d) NLAB.

²⁵¹ Art. 41.1.f) NLAB.

²⁵² Art. 4.b) NLAB.

²⁵³ Art. 11.2 Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid; art. 11 Reglamento UNCITRAL; art. 11.2 Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París; art. 5.3 Reglamento de la London Court of International Arbitration.

²⁵⁴ JUR\2008\177811.

Sentencia afirma que «Con relación a la relevancia de estos hechos, y si los mismos debían ser comunicados por el árbitro afectado por esta situación a la Secretaría de la Corte como a las partes, a pesar de la confidencialidad que debe reconocerse a dichas negociaciones, teniendo en cuenta que **los árbitros no solo deben ser realmente independientes de las partes, sino también debe (sic) mantener esa independencia formal o externa, a fin de evitar toda duda sobre esa independencia o imparcialidad,** tal hecho, (...) tiene suficiente relevancia a los efectos de que debía ser comunicado a las partes en el cumplimiento de este deber que establece tanto el artículo 7 del Reglamento CCI, como el artículo 17 de la Ley de Arbitraje, (...).»

Ahora bien debe examinarse si el incumplimiento de dicha obligación debe tener como consecuencia la nulidad del laudo dictado sobre la base al artículo 41.1.d, de la Ley de Arbitraje, al entender que el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo de las partes, en el presente caso al Reglamento de Arbitraje de la CCI, al no haberse notificado ese hecho relevante por el árbitro. Con relación a esta cuestión debe partirse también de que no toda infracción del procedimiento arbitral puede o debe llevar a la nulidad del procedimiento arbitral, ha de tratarse de una infracción esencial, que tenga una incidencia importante en la tramitación del procedimiento, en la medida que afecte bien a normas esenciales del procedimiento arbitral, o bien afecte a los principios básicos de la institución arbitral.

Partiendo del presupuesto de que el deber de ser y mantenerse independiente e imparcial de las partes de los árbitros, es un presupuesto básico de todo procedimiento arbitral, es necesario determinar si el incumplimiento de ese deber de información, de los hechos acaecidos con posterioridad al nombramiento del árbitro presidente del colegio arbitral en el presente caso ha de ser configurado como esencial o trascendente sobre la regularidad del procedimiento arbitral.

“Partiendo de lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, en la medida en que tal hecho no afectó a la imparcialidad del árbitro, en la medida que la decisión del tribunal arbitral se había adoptado con anterioridad a ocurrir tales hechos, como es que el inicio de las negociaciones tuvo lugar con posterioridad al momento de remitirse el borrador del laudo a la Secretaría de la Corte que tuvo lugar el día 10 de marzo de 2006, con anterioridad a la fecha en que se iniciaron dichas negociaciones, limitándose la corte a una revisión formal del laudo, ha de llevar a la conclusión que **el hecho de no haberse revelado el dato a las partes, no tiene trascendencia ni importancia suficiente para determinar la nulidad del laudo, en cuanto que la decisión y redacción del laudo por los árbitros se había llevado a cabo con anterioridad al momento en que se iniciaron las conversaciones entre ambos despachos de abogados, aunque formalmente el laudo no se firmara y notificara a las partes hasta después de haberse iniciado las mismas (...).**”

Ahora bien, y como ya hemos señalado, el hecho de que una situación concreta no haya sido revelada, aunque por sí solo no sea suficiente para anular el laudo, puede ser determinante para entender que aquella genera dudas justificadas

sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, poniendo en riesgo la validez del laudo. Aquellas dudas, de haberse revelado oportunamente la situación controvertida, podían, sencillamente, no haber surgido.

La Sentencia n. 44/2015 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 26 de Mayo de 2015, es muy clarificadora en lo que respecta a esta materia, como se desprende de la lectura de su fundamento tercero:

“En el procedimiento de designación de árbitros, como en la designación misma, se ha de observar, de un lado, un mandato legal, y, de otro lado, una prohibición: el mandato viene impuesto por el art. 15.2 LAB cuando establece que en el procedimiento para la designación de árbitros no se puede vulnerar el principio de igualdad; la interdicción aparece en el art. 17.1 LAB cuando, tras afirmar que " todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial ", añade: " En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial "

La exigencia del art. 17.1 LAB debe entenderse referida, en todo caso, tanto al momento presente como al momento futuro. De un lado, la Ley quiere destacar que, en el momento de la designación como árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y las partes que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia. De otro lado, la prohibición no puede dejar de proyectarse pro futuro, de tal modo que las partes no se relacionen extraprocesalmente con el árbitro mientras se desarrolla el procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo. Tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia. Estamos, en efecto, ante una verdadera prohibición: la Ley prohíbe tales relaciones, y si éstas existieran en el momento de la designación podrían ser alegadas como motivo de recusación y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro.

En total coherencia con esa prohibición la Ley establece una obligación correlativa: la obligación de la persona propuesta como árbitro y también del árbitro, a partir de su nombramiento, de " revelar todas las circunstancias que puedan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia " (art. 17.2 LAB); más aún: el precepto precisa con mayor detalle el alcance de esa obligación para el caso de que el árbitro ya haya sido designado: entonces su deber consiste " en revelar a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida ". En suma: el árbitro deberá proporcionar la información que pueda suscitar dudas sobre su imparcialidad o independencia con carácter previo a su aceptación, en la medida en que el art. 17.2 LAB expresa claramente que esa obligación recae sobre 'la persona propuesta para ser árbitro'. Pero ese deber se mantiene a lo largo de todo el proceso de arbitraje, de manera que el árbitro ya nombrado está obligado a

revelar "sin demora" las circunstancias sobrevenidas -o anteriores pero no comunicadas- que pudieran afectar a su imparcialidad e independencia.

Sobre el alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros pueden tenerse en cuenta, de un modo puramente indicativo, las causas de abstención previstas en el art. 219 LOPJ para Jueces y Magistrados. No obstante, dada la cláusula abierta del art. 17.3 LAB, **la Sala deja constancia de las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 22 de mayo de 2004, por su precisión en la diferenciación de situaciones, y en la determinación de su incidencia sobre el deber de revelación del árbitro y sobre las consecuencias de la infracción de tal deber, aunque ello no presuponga, claro está, la aceptación de tales consecuencias por la Sala, que habrán ser ponderadas en cada caso.**

En este sentido, a título puramente ejemplificativo, la IBA señala distintas situaciones de parcialidad del árbitro, que en todo caso deben ser comunicadas, pero que se califican, unas de irrenunciables y otras que, por el contrario, si comunicadas, pese a su importancia, podrían ser dispensadas por las partes, siendo las primeras las que se denominan "**Listado Rojo Irrenunciable**", y en concreto son, que: 1.1. **Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una persona jurídica parte en el arbitraje.** 1.2. **El árbitro es un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje.** 1.3. **El árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro.** 1.4. **El árbitro asesora con regularidad a la parte que lo designó o a su filial y el árbitro o su bufete de abogados percibe por esta actividad ingresos significativos.**

Por la demandante se alega que el Sr. Cases no reveló todas las circunstancias concurrentes en el momento de su designación, en concreto, que en el momento de llevar a cabo su declaración de independencia, que había sido designado, en otro arbitraje que se tramitaba en la misma Corte, también por el BBVA, en un procedimiento que intervenía una empresa socia de la aquí demandante -CADBE-, arbitraje que tenía idéntico contenido; así como, que durante la tramitación del arbitraje no informó de que la Corte, mediante resolución de fecha 19 de septiembre de 2013, no había confirmado la designación del Sr. Cases en el procedimiento arbitral donde intervino CADBE, circunstancias que, según la demandante, hacen dudar de la falta de imparcialidad del árbitro.

Como esta Sala ya ha señalado, por todas, en su Sentencia nº 56/2013, de 9 de julio (ROJ S TSJ M 8245/2013), **"la verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse "in casu", tal y como enseña, entre otras, la STC 236/97 , comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad**

democrática, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicios no concluyentes, incapaces de destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse de los órganos decisorios, ya sean éstos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral o que participen de esa naturaleza".

*En primer término, debemos poner de relieve, que lo alegado por la demandante no puede encuadrarse dentro de las causas de abstención legalmente previstas, ni se trata de una situación que deba ser calificada según las Directrices del IBA, como irrenunciable, **sin que el deber de comunicación de determinadas circunstancias por el árbitro, aunque deseable, suponga siempre una infracción que acarree la falta de imparcialidad del árbitro, conforme a las citadas directrices.***

Como hemos dicho, para resolver la cuestión planteada es necesario valorar las circunstancias del caso concreto. Y, en este supuesto, lo cierto es que la designación del Sr. Cases por el BBVA -en los arbitrajes 2445 y 2446- fue simultánea, y que en fecha 17 de septiembre de 2013, el árbitro informó a VIUCON que había sido designado de forma simultánea por BBVA en el procedimiento 2246, lo que tuvo lugar contemporáneamente a su inscripción como árbitro en la Cámara de comercio e Industria de Madrid, comunicando a VIUCON que nunca antes había intervenido como árbitro propuesto BBVA en procedimientos arbitrales, así se desprende de la documentación aportada por la demandante (doc.3 y 5), y por la Corte de Arbitraje de Madrid (Anexo I), sin que pudiera informar en ese momento a VIUCON de que la Corte no había confirmado su nombramiento en el arbitraje 2446, pues ello tiene lugar dos días después, cuando la Corte dicta resolución al respecto el 19 de septiembre, siendo totalmente intrascendente cualquier comunicación posterior del árbitro en el procedimiento 2445 sobre este último extremo, pues no se produjo ninguna intervención del mismo en el arbitraje 2446, -solo su nombramiento y la no aceptación del mismo por la Corte-, por lo que no era necesario la comunicación a VIUCON de esa circunstancia, pues ya no concurría el posible supuesto de sospecha de pérdida de su imparcialidad por su relación con la controversia al intervenir en el mismo o similar asunto simultáneamente.

No obstante lo anterior, debemos tener en cuenta que el artículo 6 de la Ley de Arbitraje dispone que " Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley."

Por su parte, el TC en sentencia de 9 de octubre de 2014 -entre otras muchas-, ha declarado que " La recusación formulada cumple todos los requisitos procesales exigibles salvo el de su temporaneidad, por las razones que seguidamente se exponen. Al respecto, hemos afirmado en el ya citado ATC 180/2013, de 17 de septiembre, FJ 2.f) EDJ 2013/174340, que -tal y como establece el primer párrafo

del art. 223.1 LOPJ EDL 1985/8754, -la recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite'. Tan inequívoco aserto establece una causa de inadmisión a limine, cuya razón legal está inspirada en evitar que la posibilidad de recusación de cualquier Juez llegue a convertirse en una suerte de amenaza o presión para el juzgador, erigiéndose en un instrumento que la parte pudiera interesar a su conveniencia, sine die, amparado en la indeterminación -o difícil probanza- del momento de la citada toma de conocimiento-. Con posterioridad hemos insistido en la importancia de este requisito, en los AATC 237/2013, de 21 de octubre, FJ 2 EDJ 2013/196020; 238/2013, de 21 de octubre, FJ 3 EDJ 2013/250271; 256/2013, de 6 de noviembre, FJ Único EDJ 2013/251167; y 54/2014, de 25 de febrero, FJ 4 EDJ 2014/86257, todos ellos dictados en relación, también, a la recusación de Magistrados constitucionales. En aplicación de esta doctrina, se ha apreciado la extemporaneidad de las pretensiones de recusación planteadas contra Magistrados constitucionales, en un momento posterior a aquel primero en que pudo ponerse de manifiesto la causa alegada ante este Tribunal (art. 223 LOPJ EDL 1985/8754): así, los AATC 383/2006, de 2 de noviembre, FJ 4 EDJ 2006/278311 ; 109/2009, de 31 de marzo, FJ Único EDJ 2009/82090 ; 256/2013, de 6 de noviembre, FJ Único EDJ 2013/251167 y 54/2014, de 25 de febrero , FJ 2 EDJ 2014/86257."

Como consecuencia de lo anterior, **la parte demandante debería haber planteado al Tribunal Arbitral la citada cuestión, denunciando la infracción de la norma que ahora se alega -art. 17.2 LAB-**. En relación a ello, por VIUCON se alega que no tuvo conocimiento del citado extremo, afirmación de la que discrepamos, puesto que la documental aportada con la demanda, en concreto de los documentos 3 y 5, anteriormente analizados, así como de la contestación del oficio remitido por este Tribunal a la Corte de Arbitraje de Madrid (Anexo I), se desprende que el Sr. Cases informó a VIUCON -tras la solicitud de aclaración presentada por la misma- que había sido designado como árbitro por el BBVA en el procedimiento 2246, y que no había intervenido nunca antes como árbitro propuesto por el BBVA en otro procedimiento arbitral. Incluso, tal conocimiento, se deduce del documento 8 aportado por la demandante, por el que CADBE solicita a la Corte la abstención del Sr. Cases en el procedimiento arbitral 2446 y que no confirme su nombramiento, en el que se explica, en el punto 2 de la alegación única, que "Hace escasas fechas esta representación ha tenido conocimiento de que el Sr. Cases Nabau ha aceptado intervenir como árbitro a propuesta de BBVA en otro procedimiento arbitral, análogo al que ha sido instado por CADBE, que además también se sustancia ante esa Corte Arbitral de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid. En ese caso la demandante es la entidad VIUCON S.L. mientras que la entidad demandada es, como aquí sucede, la mercantil BBVA. Existen intereses concomitantes entre mi principal y la indicada sociedad en otra mercantil en la que participan, denominada IMCE 87, S.A., intereses y participación que determinaron la contratación conjunta con BBVA de los derivados, que, en ambos casos, resultan objeto de impugnación y sumisión a arbitraje...". Del citado escrito, se puede deducir que sólo VIUCON pudo comunicar a CADBE la citada coincidencia en el nombramiento.

Por lo anterior, al no plantear la demandante cuestión alguna al respecto, sobre la falta de imparcialidad o independencia del Sr. Cases, por infracción de sus deberes de información, hay que entender que VIUCON renunció tácitamente con ello a las facultades de impugnación, por lo que debe ser desestimada la demanda, tanto por carecer de fundamento la falta de independencia e imparcialidad del árbitro planteada como hemos analizado, como por la extemporaneidad de la pretensión que se formula.”

La Sentencia n. 25/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 25 de Junio de 2014, en su fundamento de derecho tercero, clarifica el momento en el que las partes deben solicitar las consecuencia de un conflicto de intereses de un árbitro, así como matiza la diferencia entre los árbitros y la institución arbitral permanente de la que forman parte, a estos efectos:

*“Alega la parte actora infracción del orden público respecto al cual hemos de recordar que la jurisprudencia ha establecido reiteradamente que **el concepto de orden público en nuestro ordenamiento jurídico puede ser referido: a) al orden público material, como estrictamente limitado a la garantía del orden público en sentido material que vendría constituido por aquellos principios políticos, económicos, morales y sociales que conforman el marco jurídico identificador de un estado o un país en cada momento histórico o, dicho de otro modo, aquellos principios o normas que configuran la organización general de la comunidad y que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada; b) al orden público procesal, constituido por el conjunto de principios y normas que regulan los derechos fundamentales de las partes en el proceso, entre los que destacan el derecho a la defensa, el derecho a ser oído y los que configuran el proceso: justicia rogada, congruencia y proscripción de la indefensión, normas que son de aplicación al arbitraje, aunque en su inicial configuración vengan referidos a los procesos ante los tribunales de justicia.***

La demanda se refiere a la infracción del orden público por vulneración del principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9 de la Constitución , aunque no señala la forma en que tal infracción haya podido ser ocasionada, y por generar indefensión (artículo 24 CE), sin especificar tampoco el acto o actos que la hayan producido, aunque todo ello parece referirlo, fundamentalmente, con cita del artículo 17 de la Ley de Arbitraje , a las normas procedimentales para la formación del Colegio Arbitral. Así pues, habrá que centrar su motivo de impugnación en el orden público procesal al que antes se ha aludido, que el artículo 24 de la Ley de Arbitraje concreta en los principios de igualdad, audiencia y contradicción, y en su artículo 17 referido a la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Y concretada la posible infracción por la parte impugnante en defectos en la designación del árbitro propuesto en su momento por la Cámara de Comercio de Teruel, habrá que acudir a las normas reguladoras del arbitraje de consumo, que fue el propuesto específicamente por el actor, y a las

reglas que rigen las causas de recusación de los árbitros en el artículo 17 de la Ley de Arbitraje , expresamente citado en la demanda, y en el artículo 18 que regula el procedimiento de recusación.

Así pues, se trata de atender a dicha regulación, que es cuestión de legalidad ordinaria, y no a cualquier concepto difuso de orden público alegado de manera meramente formal.

El actor presentó con la demanda su solicitud de arbitraje (documento 1) en formulario normalizado dirigida a la Junta Arbitral de Consumo de Aragón en el que consta la regulación del Sistema Arbitral de Consumo mediante Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero.

Su artículo 20 se refiere a los órganos arbitrales colegiados integrados por tres árbitros elegidos cada uno de ellos entre los propuestos por la Administración, las asociaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales o profesionales.

El artículo 22 regula la abstención y recusación de los árbitros, pudiendo las partes (apartado 2) recusarles en el plazo de diez días desde la fecha en que les sea notificada su designación y, en el caso de no prosperar, podrá la parte que la instó (apartado 6) hacer valer la recusación al impugnar el laudo. Similar regulación se contiene en los artículos 17 y 18 de la Ley de Arbitraje con un plazo ligeramente más amplio (15 días) para la presentación de la recusación y con igual previsión de poder hacer valer la recusación al impugnar el laudo, en el caso de que no prosperase la recusación planteada.

Como documento nº 3 acompañado a la demanda consta la comunicación del Servicio Provincial de Sanidad, Bienestar Social y Familia de Teruel fechada el 25 de septiembre de 2013 en el que se notifica al reclamante la composición del Colegio Arbitral, uno de cuyos árbitros es D. José María como vocal designado por la organización empresarial, con especial indicación de que se comunica a efectos de abstención, recusación u oposición a la designación.

La parte no presentó en su momento la recusación y no cabe hacerlo ahora pues la previsión para ello es que se hubiese planteado ante el órgano arbitral y no hubiese prosperado. *En su demanda justifica el reclamante su decisión de hacerlo ahora, con la impugnación del laudo, en que cuando éste le fue notificado consideró que se encontraba defectuosamente fundamentado, lo que le llevó a investigar las posibles vinculaciones de los miembros del Colegio Arbitral entre la Cámara de Comercio y la Caja Rural de Teruel.*

En definitiva, viene el reclamante a mostrar su disconformidad con el contenido de fondo del laudo y lo hace en un momento y por una vía inadecuados, el de la infracción del procedimiento de designación de los árbitros, que tiene su cauce específico debidamente regulado, que es el señalado, y específicamente prevé el artículo 17.2 de la Ley de Arbitraje alegado por el demandante la posibilidad de que en cualquier momento del arbitraje puedan solicitar las partes a los árbitros la aclaración

de sus relaciones con alguna de las otras partes. No habiéndolo hecho así el procedimiento que se dice infringido no permite hacerlo.

Por otra parte, los motivos de abstención y recusación se deben referir a las personas de los árbitros y no a las organizaciones por las que vienen designados, pues en tal caso hubiera debido acreditarse no solo la genérica vinculación de la Cámara de Comercio con la Caja Rural de Teruel sino que la misma hubiera sido determinante en la elección de un árbitro concreto afectando a su independencia e imparcialidad.

Todo ello lleva a la conclusión de que en la designación del árbitro de referencia no se ha producido infracción del procedimiento legalmente previsto, sin que quepa plantearlo en el momento de la impugnación del laudo, y no se estima que se haya producido infracción del orden público ni de los preceptos constitucionales alegados.”

En conclusión, el futuro desarrollo del arbitraje requiere la confianza de quienes, en definitiva, lo eligen como un medio alternativo para la resolución de sus controversias. Solo asegurando que las partes resulten satisfechas, no solo con el resultado del procedimiento, sino también con que su caso ha sido oído y resuelto de manera justa, podrá el arbitraje prosperar. Esta satisfacción se obtiene asegurando la transparencia del procedimiento de elección de los árbitros, de manera que las partes estén seguras de que el asunto será resuelto exclusivamente con base en las circunstancias del mismo, con independencia de factores subjetivos relativos a las partes o al tribunal.

Como destaca ALONSO²⁵⁵ y nosotros compartimos, las Directrices de la IBA son un buen primer paso para intentar otorgar seguridad jurídica en un campo que genera tantas dudas. Sin embargo, en su aplicación deben tenerse en cuenta los riesgos señalados, con el fin de conseguir el correcto equilibrio entre la necesaria imparcialidad de los árbitros, el derecho a las partes a designar un árbitro de su elección y la naturaleza esencialmente voluntaria del arbitraje.

Asimismo, como señala GONZALEZ SORIA²⁵⁶, con su acervo de más de 40 años de experiencia arbitral internacional, nos encontramos con el problema añadido de que en el ámbito jurídico español se produce el error común de malinterpretar las manifestaciones aclaratorias del árbitro –que se basa en su convicción de que no subyace un conflicto de intereses- con precisamente un conflicto de intereses, que conduce indefectiblemente a la recusación del árbitro. Por lo tanto, esa bisoñez en los juristas menos avezados en materia arbitral, que instan la recusación indebidamente, coarta la libertad de comunicación de los árbitros de cuestiones que las partes debieran conocer pero que no suponen una causa de exclusión para ser árbitro. Desgraciadamente este *death spiral* lleva a que los árbitros limiten su *disclosure* de estas circunstancias, alimentando esa falta de comunicación las posibilidades de una posterior impugnación del laudo si éste no fuere favorable a los intereses de una de las partes.

²⁵⁵ Cfr. ALONSO, JOSE MARIA: *Comentarios....Op. cit*

²⁵⁶ Cfr. GONZALEZ SORIA, JULIO: *Reflexiones.....Op cit*

En cuanto a si el incumplimiento del deber de revelación efectivamente deviene en la exigibilidad de una reparación, dependerá del grado de intencionalidad; de que el reclamante sea capaz de probar el daño, su cuantía y la relación de causalidad con los mismos del citado incumplimiento.

En este supuesto, debemos entender como negligencia grave no revelar una circunstancia que objetivamente pueda proyectar sombras de duda sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, por creer el árbitro que ello no era necesario o preceptivo. Y como dolo, la ocultación de la citada circunstancia, al pensar que de revelarla sobrevendría su recusación. En este segundo caso, habría incumplido igualmente la obligación de rehusar al nombramiento, que como hemos visto puede generar responsabilidades. Sin embargo, no tiene sentido acumularlas, porque son las dos caras de una misma moneda. La importancia de que nos encontremos con dolo o negligencia grave en la actuación del árbitro se verá en la cuantificación que el Juez de Primera Instancia que resuelva la reclamación contra el árbitro haga de la indemnización, pues podrá decidir atemperar la misma cuando concurra negligencia grave.

De este modo, si el árbitro incumple el deber de revelación y el procedimiento finaliza con un laudo que es favorable a las pretensiones de una parte, y el citado laudo es anulado a causa de la falta de independencia aparente del árbitro, existe claramente un nexo causal entre la conducta negligente o dolosa del árbitro y el daño producido por la anulación del laudo, que es cuantificable en los costes del arbitraje que finalmente es fallido. Por lo tanto, esa parte podrá reclamar al árbitro en esos términos.

Asimismo, si el procedimiento arbitral termina antes de la emisión del laudo o del laudo que se emita –posteriormente anulado por el motivo mencionado- no se infieren derechos económicos cuantificables para la parte reclamante, la única cuantía por la que podría reclamar al árbitro sería por los costes del procedimiento arbitral, ya que en ningún caso es admisible sostener como base de una reclamación contra un árbitro el lucro cesante de una supuesta resolución favorable a sus intereses si hubiera sido otro el árbitro, máxime cuando tras la anulación le quedan expeditas la vía arbitral o la estática.

3.1.4. Examinar la viabilidad del arbitraje a tenor del convenio arbitral

Esta obligación compete tanto al árbitro como al órgano jurisdiccional al que una de las partes quiera hacer conocer de la *res litis*, por lo que podría llegar a producirse la desaconsejable circunstancia de que un mismo convenio arbitral fuera interpretado de forma divergente por los árbitros y por la jurisdicción estática, con toda la combinatoria de situaciones desafortunadas que ello podría provocar (denegación del proceso civil y del procedimiento arbitral, concurrencia simultánea de ambos, et...)

Esto es así porque la parte que lo desee, ante la recepción de la demanda de la actora instando la iniciación de un proceso jurisdiccional civil, puede alegar la

excepción de arbitraje, que el órgano jurisdiccional deberá entrar a resolver, analizando el convenio arbitral y la voluntad de las partes con respecto a resolver sus diferencias por medio del arbitraje.

En ese análisis el órgano jurisdiccional, al igual que le sucede al árbitro, debe fijarse tanto en el propio convenio arbitral y en los elementos que permitan entenderlo, como en los actos procesales de las partes que puedan suponer una renuncia al arbitraje y por tanto un mutuo desistimiento del convenio arbitral, producido por el incumplimiento del mismo por ambas partes. Por ello, en los siguientes epígrafes vamos a analizar las distintas circunstancias relacionadas con el citado análisis.

3.1.4.1. Posible desistimiento del convenio arbitral

Se produce la renuncia al arbitraje por este motivo cuando, a pesar de existir un convenio arbitral válido y en vigor, una de las partes acude a la jurisdicción estática y la otra, en lugar de oponer la excepción de arbitraje, realiza actos procesales que dan a entender que renuncia igualmente al arbitraje.

Esta circunstancia ya estaba contemplada en el Derecho Romano, tal y como explica FERNANDEZ DE BUJAN, A.²⁵⁷, a quien citamos literalmente:

“Cabe, al respecto, el planteamiento de dos cuestiones diferentes en Derecho romano:

1. ¿Si una de las partes, con anterioridad a que sea dictada la sentencia arbitral, acude a la jurisdicción ordinaria, puede la otra parte oponer la *exceptio pacti* y paralizar la acción, en atención al compromiso de someter la controversia a arbitraje?

Los textos parecen reflejar en este punto una evolución favorable al reforzamiento del pacto compromisorio, dado que si bien en la época clásica no parece que del mismo se derivase una *exceptio pacti compromissi* que sirviese para paralizar el inicio de un procedimiento judicial sobre la misma cuestión, a partir de la época postclásica, y en la época justiniana, del pacto de compromiso surgiría una excepción, *exceptio pacti* o *exceptio pacti conventi* que cumpliría la función de la actual declinatoria, y paralizaría el conocimiento de la cuestión ante los Tribunales.

Si el *compromissum* no es, en la época clásica, un pacto en sentido técnico, no resultaría, por ende, protegido por el edicto de *pactis*, ni generaría una *exceptio pacti compromissi*, como así parece deducirse de los textos clásicos y conforme a la opinión mayoritaria de la doctrina²⁵⁸, por lo que si uno de los comprometidos

²⁵⁷ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN A.: *Bases romanísticas*.....Op. Cit.

²⁵⁸ Para un sector doctrinal el *compromissum* es ya, en la época clásica, un pacto tutelado por el edicto de *pactis* (no todas las convenciones son pactos en sentido técnico, tutelados por el edicto de *pactis*) del que deriva una *exceptio pacti compromissi*. Por el contrario, para otro grupo de autores, en esta etapa, el *compromissum* es un mero acuerdo o convención al que no cabe reconocer la naturaleza de pacto, en sentido técnico y, en consecuencia, no resulta encuadrable y tutelado en el *edictum de pactis*. Para la Pira, *Compromissum*, cit., págs. 201 y sigs., el compromiso no es un pacto protegido por el edicto de *pactis*, sino un negocio formal constituido por estipulaciones penales, al

entabla una acción ordinaria sobre el objeto del compromiso, no cabría enervarla mediante una *exceptio*, y solo cabría plantear, en el caso de que la convención de arbitraje se hubiese reforzado mediante estipulaciones, la acción derivada de las recíprocas estipulaciones puras o *in faciendo*, para exigir la reparación de daños e intereses correspondiente, o la acción derivada de las estipulaciones penales, en el que caso de que estas se hubiesen formalizado, para exigir el pago de la pena prevista.

En definitiva, si un asunto se somete a arbitraje y antes de iniciarse el procedimiento arbitral o sin haberse este resuelto mediante sentencia, se inicia un proceso sobre el fondo de la cuestión por alguna de las partes, la parte que incoa el procedimiento deberá pagar la pena, o la indemnización por daños e intereses, prevista en las estipulaciones, por el incumplimiento del acuerdo de someter la controversia a arbitraje, y el magistrado procederá a iniciar el conocimiento del asunto.

A la consideración del *compromissum* como una convención no tutelada por el edicto de *pactis*, de la que no derivaría una *exceptio pacti compromissi* capaz de paralizar el conocimiento de la cuestión ante los Tribunales, aluden los siguientes textos, respecto de los que no parecen existir dudas consistentes de interpolación: D. 4.8.30: «Si alguno lleva a juicio el asunto sobre el que se ha hecho el compromiso... Deberá imponérsele la pena prevista, y continuará el pleito por sus trámites ante el juez», D. 4.8.9.5: «Opina Juliano que si los litigantes acuden a juicio ordinario o a otro árbitro, despreciando la autoridad del árbitro al que se ha encargado el conocimiento del compromiso, y con posterioridad acuden de nuevo al mismo árbitro, el pretor no deberá obligarle a juzgar a quienes le hicieron la injuria de despreciarlo y acudir a otro». D. 4.8.2: «Se admite que del compromiso no se deriva una *exceptio*, sino una petición de la pena acordada».

2. ¿Dictada la sentencia arbitral, puede cualquiera de las partes, la que se sienta perjudicada por la sentencia o incluso aquella parte a cuyo favor presuntamente ha sido dictada la sentencia, acudir a la jurisdicción ordinaria y replantear de nuevo el asunto? Los textos parecen claros al respecto. Así, en D. 4.8.21.1, Ulpiano: «Si el árbitro hubiese sentenciado en el sentido de que Ticio nada debe a Seyo..., y sin embargo este hubiese reclamado "ante un juez", se entiende que ha actuado contra la sentencia del árbitro, y así respondieron Ofilio y Trebacio». Parece pues, conforme al texto señalado, que cabría iniciar un proceso ordinario, no obstante la decisión arbitral sobre el mismo asunto. *Consultatio veteris iurisconsulti*: 9.17: «Contra la sentencia del árbitro, solo cabe reclamar la pena derivada del compromiso, no lo que deriva del pacto convenido».

margen de la *conventio* entre las partes, las cuales servirían de protección y garantía a los comprometidos. Por el contrario, TALABMANCA, *Ricerche in tema de compromissum*, Milano, 1958, págs. 39 y sigs., distingue entre la *conventio* entre las partes, que no sería, sin embargo, un pacto del que se derive una *exceptio*, y las estipulaciones *in faciendo* o penales, que reflejarían el contenido del pacto y lo dotarían de eficacia. Para otros autores, el *compromissum* sería un pacto con estipulaciones accesorias, pero independiente en cuanto tal respecto a estas.

La opción que se da, por otra parte, en D. 4.8.11.3, a quienes han realizado un pacto de compromiso revestido de estipulación penal, de acudir a la *exceptio pacti* o a la acción derivada de la *stipulatio poenae* no parece aplicable al compromiso, en la medida en que la *conventio compromisoria* no tiene la consideración de un pacto en sentido técnico, del que se derive una *exceptio pacti*, como así se señala en los textos en los que se alude con carácter específico al compromiso, así en D. 4.8.2 y Consultatio 9.17 (vid. En el sentido expresado en nota 68 de Valiño, y en contra este autor), y a que en el mencionado texto se hace referencia a un específico pacto de no pedir, *pactum de non petendo*, entre los compromitentes, del cual si se deriva una excepción: «En ocasiones, como escribe Pomponio, el compromiso se hará mediante nudo pacto, así si ambas partes fueran deudores, y pactaran que el que no cumpla la sentencia del árbitro, no pueda reclamar judicialmente lo que se le debe»²⁵⁹.

En la época postclásica se habría introducido la *exceptio veluti pacti* en el pacto de compromiso, así en C. J. 2.55.5.pr.: «...dictada la resolución arbitral, no solo nacerá para el reo la excepción a semejanza de la derivada de pacto, sino también por nuestra voluntad la acción por el hecho a favor del actor... *Non solum reo exceptionem veluti pacti generari, sed etiam actori ex nostro numine in factum actionem...*». Una vez dictada la resolución arbitral cabrá, por tanto, oponer la excepción derivada del compromiso frente a cualquier pretensión de replantear la cuestión ante un órgano judicial, en la línea de la actual declinatoria. A la excepción como de pacto se refiere ya a finales de la época clásica Ulpiano, recogido en D. 4.8.13.1: «...si el compromiso arbitral es solo sobre los asuntos controvertidos de uno de los estipulantes, no hay razón para dudar que valga el compromiso... Si demanda el estipulante puede decirse que el compromiso es pleno, porque el demandado está ya seguro mediante una excepción como de pacto...»²⁶⁰.

La LAB fue especialmente problemática en la interpretación de lo que debiera entenderse como una adecuada manifestación de la excepción de arbitraje en los juicios de menor, debiendo el Tribunal Supremo entrar a resolver y sentar jurisprudencia al respecto, interpretando el artículo 11 LAB, que señalaba “1. *El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque inmediatamente a la oportuna excepción. 2. Las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o*

²⁵⁹ Acerca de la no clasicidad de la *exceptio veluti pacti*, excepción como de pacto, en el compromiso mencionada por Ulpiano en D. 4.8.13.1, vid. Valiño, «Del arbitraje», en *Els «Furs de Valencia»...*, cit., nota 72, y la bibliografía allí citada.

²⁶⁰ En opinión de ROTONDI, un nuovo esempio di innovazioni pregiustinianee: «l'*exceptio veluti pacti ex compromisso*», en *Scritti Giuridici*, I, Pavia, 1922, págs. 296 y sigs., el régimen de la *exceptio veluti pacti* no es propio de la época clásica, sino que se trata de una construcción doctrinal de la época bizantina, conocida en la práctica del Derecho prejustiniano solo en Oriente, para ser con posterioridad asumida y fijada por Justiniano.

demandados realicen después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción.”

La NLAB, por el contrario, ha resuelto claramente este aspecto, siguiendo la línea del Tribunal Supremo, y en su artículo 11 señala:

“1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda²⁶¹.

2. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.

3. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.”

Por lo tanto, como leemos en la Exposición de Motivos, *“La Ley mantiene los llamados efectos positivo y negativo del convenio arbitral. Respecto de este último, se mantiene la regla de que debe ser hecho valer por las partes y específicamente por el demandado a través de la declinatoria. Además, se precisa que la pendencia de un proceso judicial en el que se haya interpuesto declinatoria no impide que el procedimiento arbitral se inicie o prosiga; de modo que la incoación de un proceso judicial no puede ser sin más utilizada con la finalidad de bloquear o dificultar el arbitraje. Y se aclara que la solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone en modo alguno renuncia tácita al arbitraje; aunque tampoco hace actuar sin más el efecto negativo del convenio arbitral. Con ello se despeja cualquier duda que pudiere subsistir acerca de la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado. Esta posibilidad es indudable a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero es importante que se recoja también en la legislación de arbitraje. Además, da cobertura a una eventual solicitud de medidas cautelares ante un tribunal extranjero respecto de un arbitraje regido por la ley española.”*

Hemos de señalar que la redacción del citado artículo 11 NLAB hubiera sido incluso técnicamente más completa si hubiera prosperado la ENMIENDA NUM. 6 de GPMX así como la ENMIENDA NUM. 31 Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) y la ENMIENDA NUM. 80 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU), que

²⁶¹ Este párrafo, en su redacción de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tenía el siguiente tenor literal: “El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda en las pretensiones que se tramiten por el procedimiento del juicio ordinario, o en los diez primeros días posteriores a la citación para vista, para las que se tramiten por el procedimiento del juicio verbal.” Posteriormente fue modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, quien le dio su redacción actual.

propuso añadir un nuevo párrafo con un texto del siguiente tenor: *«En el caso de que el arbitraje esté previsto para una pluralidad de partes la renuncia de una de ellas a la aplicación del convenio arbitral no afectará a las partes restantes.»*, lo que hubiera permitido *“incluir la renuncia en el caso de relaciones multipartes, de forma que para el caso de que una de ellas renuncie a la aplicación del convenio arbitral no afecte a las partes restantes.”*, pues *«En el caso de que el arbitraje esté previsto dentro de una relación multipartes, la renuncia de una de ellas a la aplicación del convenio arbitral no afectará a las demás partes.»*, ya que *“se incorpora una regla común que independiza las decisiones de las distintas partes que se cohonestan en un proceso arbitral, mejorando la técnica jurídica del texto”*, dando respuesta a la *“Necesidad de prever el supuesto.”*

Lo mismo podría decirse de la ENMIENDA NUM. 81 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU), que pretendió modificar el apartado 2 del artículo 11, con el fin de *“Flexibilizar la radicalidad del precepto y acomodarlo al artículo 64 de la LEC”*, proponiendo la siguiente redacción: *«2.La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales, salvo por decisión del Tribunal arbitral. La suspensión del procedimiento arbitral producida por la alegación previa de la declinatoria no obstará a que el Tribunal arbitral ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancias de parte legítima, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba, así como de medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para los promotores, salvo que las partes presentasen caución bastante para responder de los daños y perjuicios que deriven de la tramitación de una declinatoria desprovista de fundamento.»*

No obstante la no modificación del texto del artículo 11 NLAB, entendemos que la redacción definitiva debe ser entendida con la suficiente amplitud como para dar cabida a lo expuesto en ambas enmiendas, sin que su rechazo en ningún caso debe ser visto como un rechazo a su contenido sino simplemente a la representación formal del mismo. Ello significa que defendamos lógicamente la independencia de las renunciaciones en las relaciones multilaterales, así como la capacidad del Colegio Arbitral (impropiamente denominado Tribunal Arbitral en la enmienda) de no iniciar las actuaciones arbitrales durante la litispendencia de la excepción de arbitraje, con el fin de evitar posibles decisiones divergentes entre la jurisdicción estática y la arbitral.

De hecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había ido modelando la excepción de arbitraje, en directa relación con los criterios que deben inspirar la revisión del convenio arbitral. Así, la Sentencia Tribunal Supremo núm. 1000/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 30 octubre, dice que *“La pretensión casacional de la parte recurrente, que no es la que ha mantenido al inicio de este proceso, es que en el auto recurrido no debiera haberse hecho una remisión de la cuestión debatida al cauce del arbitraje.*

Esta pretensión no puede tener acogida después de un examen lógico de la cláusula 15 del contrato que ligaba a las partes de este proceso la cual decía: “Decimoquinta.- CLABUSULAB COMPROMISORIA. Los reunidos al amparo de lo preceptuado en la Ley de Arbitraje de Derecho Privado nº 36/1988, de 5 de

diciembre de 1988, desde ahora se comprometen a instituir arbitraje de derecho para resolver cuantas cuestiones puedan surgir en relación con este documento y su contenido, efectos o interpretaciones, y a pasar por el laudo que emitan como árbitros uno o tres Abogados, designados de común acuerdo, en caso de tres, uno por cada parte y el tercero por designación judicial".

Pues bien la actividad hermenéutica debe atenerse al campo de la literalidad, dado el rango preferencial y prioritario establecido en el artículo 1281-1 del Código Civil (LEG 1889, 27), ya que, además, dicha literalidad en el presente caso, no plantea duda sobre la voluntad de los contratantes.

Sin que, por ello, pueda tenerse en cuenta como cláusula desvirtuadora de la anterior, la que aparece plasmada en el apartado segundo de la cláusula decimoséptima, que dice: "La diferencias que puedan surgir en la interpretación o la ejecución del presente contrato, o de sus anejos, sin perjuicio de lo establecido en la cláusula decimoquinta serán sometidos por las partes a los Juzgados y Tribunales de Madrid, con renuncia expresa a cualquier otro fuero que pudiera corresponder".

Ya que el término "sin perjuicio de lo establecido" da preeminencia indudable a la ya mencionada cláusula arbitral establecida en el referido contrato.

Por último y para mayor reforzamiento de lo anterior hay que decir que la interpretación efectuada sobre el contrato de 16 de noviembre de 1993, está dentro de los cauces de racionalidad por lo que no puede ser atacada casacionalmente -Doctrina pacífica y consolidada emanada de numerosas sentencias de esta Sala-."

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 355/1998 (Sala de lo Civil), de 18 abril, de la que fue ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ, señala que "...El artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número 1.º fue modificado por Ley 34/1984, de 6 agosto (RCL 1984\2040; RCL 1985\39 y ApNDL 4257) y, a su vez, la Ley 36/1988, de 5 diciembre, de Arbitraje, añadió el número 8.º: **la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje**; tal excepción se enumera como dilatoria; en proceso de menor cuantía se puede formular como perentoria y resolverse en la sentencia tal como dispone el artículo 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la parte demandada puede formularla en su contestación a la demanda, y, tras ella, contestar en cuanto al fondo sin que ello signifique sumisión (que es atinente más a la competencia territorial, que a la jurisdicción ordinal o arbitral) **o aceptación de la jurisdicción ordinaria**".

La sentencia del Tribunal Supremo núm. 771/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 26 julio recoge igualmente la línea jurisprudencial de interpretación de la excepción de arbitraje, al señala que:..., "(1) por vulneración del artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje (RCL 1988, 2430), puesto que, según censura, la sentencia de la Audiencia no ha considerado que don Benedicto, además de comparecer en este juicio y oponer la excepción de arbitraje, ha realizado otras actividades procesales de trascendencia, como contestar a la demanda y formular reconvencción, de manera que ha renunciado implícitamente al arbitraje- se desestima porque **no puede mantenerse una interpretación rígida de la**

renuncia tácita al arbitraje, que provocaría la imposibilidad práctica de su invocación y apreciación, salvo en los supuestos del juicio ordinario de mayor cuantía, pues si se mantiene que la contestación a la demanda supone una actuación procesal distinta a la de proponer en forma la excepción, ésta no podría invocarse sin incurrir en renuncia tácita y sumisión al órgano jurisdiccional civil ordinario, como tampoco cabe admitir la posición relativa a que su invocabilidad debía hacerse en la contestación de la demanda como único motivo de oposición a la misma, pues cualquier otra alegación, tanto procesal como relativa al fondo del litigio, habría de entenderse como renuncia tácita al arbitraje y voluntad de sometimiento a la jurisdicción ordinaria, y ello porque en este caso, y al ser la contestación de la demanda el momento procesal oportuno para oponerla, la falta de contestación en relación con el fondo podría dar lugar, en definitiva, a que se dictase, al final del proceso, sentencia desestimatoria de la excepción y resolutoria del fondo, sin haber dado al demandado la oportunidad de defenderse, lo que produciría grave indefensión.”

En esta misma línea, la Sentencia Tribunal Supremo núm. 688/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 3 julio, de la que fue ponente O' CALLAGHAN MUÑOZ, nos dice que “*Tal como dicen las sentencias de 13 de octubre de 1993(RJ 1993, 7514) y 6 de febrero de 2003(RJ 2003, 850) , la cláusula de sumisión expresa consentida por la asegurada es oponible a la aseguradora que, conforme al artículo 780 del Código de Comercio(LEG 1885, 21) se subroga en su lugar en virtud del pago. Y, asimismo, las de 23 de julio de 2001(RJ 2001, 7526) y la misma de 6 de febrero de 2003(RJ 2003, 850) añaden: «el denominado arbitraje internacional bien puede decirse que ha conocido el éxito debido a su necesidad, en razón a que el comercio internacional exige una seguridad y rapidez en las transacciones, así como la urgente solución de los conflictos mediante simples y a la par eficaces técnicas, eludiendo la complicación y la lentitud de las jurisdicciones estatales»;* y que “*El artículo 11 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre(RCL 1988, 2430y RCL 1989, 1783) , de arbitraje, impide a los órganos jurisdiccionales conocer de la cuestión sometida a arbitraje. “*

Continua la citada sentencia exponiendo sin género de dudas el momento y forma de exponer la excepción de sumisión a arbitraje, al indicar que “*La codemandada en la instancia y parte recurrente en casación, aseguradora de tipo mutual, OCEAN, en el momento de personarse en el proceso, aun en segunda instancia, propuso la excepción de sumisión a arbitraje (artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje[RCL 1988, 2430y RCL 1989, 1783]) y, como dice la sentencia antes citada de 6 de febrero de 2003(RJ 2003, 850) , «la jurisprudencia de esta Sala sobre el momento procesal oportuno para proponer la excepción de sumisión a arbitraje en el juicio de menor cuantía, fundada en una interpretación rígida de la expresión "cualquier actividad procesal" del artículo 11 de la Ley de Arbitraje de 1988 y traducida en que no se entendía propuesta adecuadamente si el demandado, además, se oponía a la demanda en el fondo (SSTS 2-7-92[RJ 1992, 6039] , 16-3-96[RJ 1996, 2183] , 10-12-96[RJ 1996, 8844] , 29-9-97[RJ 1997, 6824] , 13-5-98 SIC y 29-6-98[RJ 1998, 5021]) , empezó a evolucionar hacia una mayor flexibilidad a partir de la sentencia de*

18 de abril de 1998 (recurso nº 455/94[RJ 1998, 2984]) para, ya en el año 1999, acabar consolidándose la doctrina de que, dada la amplitud del art. 687 LECiv de 1881(LEG 1881, 1) , nada impedía al demandado proponer dicha excepción y, en el mismo escrito, contestar a la demanda en el fondo para el caso de que aquélla no fuera estimada (SSTS 1-6-99[RJ 1999, 4284] , 11-12-99[RJ 1999, 9018] , 15-12-00[RJ 2000, 9335] , 14-6-01[RJ 2001, 4338] , 8-11-01[RJ 2001, 9289] , 18-3-02[RJ 2002, 2847] y 20-6-02[RJ 2002, 5256])».

Esa misma afirmación la encontramos en la Sentencia Tribunal Supremo núm. 64/2003 (Sala de lo Civil), de 6 febrero, de la que fue ponente MARIN CASTAN, que señala que **“...La jurisprudencia de esta Sala sobre el momento procesal oportuno para proponer la excepción de sumisión a arbitraje en el juicio de menor cuantía, fundada en una interpretación rígida de la expresión «cualquier actividad procesal» del artículo 11 de la Ley de Arbitraje de 1988 y traducida en que no se entendía propuesta adecuadamente si el demandado, además, se oponía a la demanda en el fondo (SSTS 2-7-1992 [RJ 1992, 6039], 16-3-1996 [RJ 1996, 2183], 10-12-1996 [RJ 1996, 8844], 29-9-1997 [RJ 1997, 6824], 13-5-1998, 29-6-1998 [RJ 1998, 5021]), empezó a evolucionar hacia una mayor flexibilidad a partir de la sentencia de 18 de abril de 1998 (recurso núm. 455/1994 [RJ 1998, 2984]) para, ya en el año 1999, acabar consolidándose la doctrina de que, dada la amplitud del art. 687 LECiv/1881 (LEG 1881, 1), nada impedía al demandado proponer dicha excepción y, en el mismo escrito, contestar a la demanda en el fondo para el caso de que aquélla no fuera estimada (SSTS 1-6-1999 [RJ 1999, 4284], 11-12-1999 [RJ 1999, 9018], 15-12-2000 [RJ 2000, 9335], 14-6-2001 [RJ 2001, 4338], 8-11-2001 [RJ 2001, 9289], 18-3-2002 [RJ 2002, 2847] y 20-6-2002 [RJ 2002, 5256]).²⁶²”**

También en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 245/2002 (Sala de lo Civil), de 18 marzo, que dice que **“...Argumenta el recurrente que se ha producido renuncia de arbitraje desde el momento en que la entidad demandada se personó en el pleito y contestó, oponiendo la excepción de sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje (artículo 533.8º de la Ley Procesal Civil) y que autorizaba la cláusula decimoprimeras de la relación de compraventa convenida por las partes y, a su vez, aportó alegaciones de fondo, solicitando la desestimación en este**

²⁶² Como ejemplo de la anterior posición doctrinal podemos citar Como ejemplo de renuncia al arbitraje por esta causa que aquí comentamos, podemos citar la Sentencia Tribunal Supremo núm. 966/1998 (Sala de lo Civil), de 27 octubre, que señala que **“.....Como en el proceso a que este recurso se refiere, el demandado señor S. O., después de personado en el juicio, no se limitó a proponer en forma la oportuna excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (8.ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sino que, al contestar a la demanda, adujo también la excepción de inadecuación de procedimiento y, sobre todo, se opuso a la demanda en cuanto al fondo de la misma, haciendo todas las alegaciones que tuvo por conveniente, ha de entenderse forzosamente, por precepto imperativo del transcrito artículo 11.2 de la citada Ley arbitral, que ambas partes renunciaron al arbitraje: la entidad actora al interponer la demanda, y el demandado al no limitarse, después de personado en el juicio, a proponer en forma la oportuna excepción, sino realizar las demás actividades procesales que anteriormente han sido dichas, por lo que, al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, es evidente que ha infringido el citado artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje, lo que ha de comportar, como al principio se dijo, la estimación de este motivo primero, con lo que deviene innecesario el examen del segundo.”**

sentido de la demanda, lo que representa por sí sumisión tácita a la jurisdicción ordinaria.

Pretende así la recurrente que la excepción de referencia necesariamente hubo de plantearse previamente para alcanzar una solución judicial igualmente previa, lo que contradice abiertamente el artículo 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que autoriza a formular la excepción como perentoria y resolverse en la sentencia. Por ello la parte demandada puede formular la excepción en su escrito de contestar a la demanda y, tras este alegato, contestar a la cuestión de fondo, sin que por ello signifique sumisión, que juega más propiamente en las cuestiones de competencia territorial, ni tampoco renuncia que prevé el artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje, desde el momento en que la excepción ha sido propuesta e incluso se integró en el suplico de la contestación.

La tesis del recurrente atenta a la tutela judicial efectiva y produciría indefensión en la parte demandada si sólo estuviera limitada a excepcionar y no contestar el fondo litigioso, pues de no prosperar la excepción su situación instauraría un efectivo y grave desamparo, análogo al declarado rebelde, que resulta atentatoria a la libertad del proceso y sus principios de dualidad y contradicción. No procede equiparar sumisión tácita (art. 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a renuncia a arbitraje (artículo 11.2 de la Ley Arbitral).

Así lo ha entendido la jurisprudencia reciente de esta Sala en sentencias de 18 de abril de 1998 (RJ 1998, 2984), 1 de junio de 1999 (RJ 1999, 4284) y 10 de julio de 2001 (RJ 2001, 5003). Dice la doctrina jurisprudencial cuando la parte demandada propone la excepción, y para el caso de no resultar acogida contesta «ad cautelam» a la demanda, realiza una actividad procesal correcta. No es el caso de la sentencia de 16 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2183), referente a no haber hecho el demandado la más mínima alusión a la excepción, ni el contemplado en la sentencia de 10 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8844), que se refiere a no haberse integrado en el suplico del escrito de contestación la estimación de la excepción de arbitraje, lo que incrementó en el escrito de resumen de pruebas al omitir en su suplico cualquier referencia a la excepción de referencia.»

Igualmente en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 724/2001 (Sala de lo Civil), de 13 julio, que señala que “...En el motivo tercero se denuncia infracción del art. 11, apartado segundo, de la Ley 36/1988 («las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderán que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción» -en la actualidad este precepto ha sido redactado de nuevo por la disposición final de la Ley 1/2000, de 7 de enero (RCL 2000, 34 y 962), de Enjuiciamiento Civil, que sustituye «excepción» por «la declinatoria»-) en relación con el art. 7 del Código Civil (se alude al párrafo primero con arreglo al que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»). En el cuerpo del motivo se argumenta con base en la contestación dada por la

contraparte al requerimiento notarial («con carácter general: que no pueden acceder a lo solicitado por el requirente por las razones que, en su momento, si fuese preciso, se expondrán»), de la que se deduce por la parte recurrente, no ya una mera pasividad, sino una negativa al procedimiento arbitral, por lo que -se afirma en el motivo- el autor de la negativa no puede exigir lo que el mismo ha negado, siendo su proceder (se refiere al planteamiento de la excepción de incompetencia del núm. 8º del art. 533 LECiv/1881) atentatorio al principio de los actos propios y por tanto a la buena fe, tanto procesal como extraprosesal. El motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria de los anteriores.

Con carácter previo debe indicarse (porque también a ello se vuelve a aludir en el motivo) que, como se dijo a propósito del motivo anterior, **no es aplicable ya la doctrina relativa al desenvolvimiento de alguna actividad encaminada a la formalización judicial del arbitraje, y asimismo es de significar que tampoco se da una base fáctica adecuada para poder apreciar una hipotética renuncia, expresa o tácita, al arbitraje por la parte demandada que pudiera determinar la aplicación de lo establecido en el art. 11 de la Ley 36/1988.** Por otro lado, evidentemente, el contenido de la respuesta es ambiguo, pero esta Sala entiende, ratificando el criterio de la resolución recurrida, que no cabe deducir de él una negativa clara a someterse al arbitraje, y en todo caso -y esta apreciación constituye la principal «ratio decidendi»- no cabe deducir de tal respuesta una exclusión del compromiso arbitral, por lo que la parte aquí recurrente, ante dicha conducta, debió proceder conforme establece la Ley de Arbitraje y concretamente su art. 38.”

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1042/1999 (Sala de lo Civil), de 11 diciembre, de la que fue ponente O´CALLAGHAN MUÑOZ, señala al respeto que “...reiterando la doctrina que ha mantenido esta Sala en las Sentencias de 18 de abril de 1998 (RJ 1998\2984) y 1 de junio de 1999 (RJ 1999\4284), la parte demandada puede alegar la excepción de sumisión a arbitraje y tras ello, por si no es estimada, contestar a la demanda, sin que ello caiga en la previsión del artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje que dispone que se entiende que renuncia al arbitraje pactado el demandado que realice, después de personado en el juicio, «cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción» y en este caso la parte demandada se persona, propone la excepción de sumisión a arbitraje y, tras ello (no antes), contesta a la demanda; conviene repetir las palabras que se expresan en las dos sentencias mencionadas: **El artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número 1º fue modificado por Ley 34/1984, de 6 de agosto (RCL 1984\2040; RCL 1985\39 y ApNDL 4257) y, a su vez, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, añadió el número 8º: la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje; tal excepción se enumera como dilatoria; en proceso de menor cuantía se puede formular como perentoria y resolverse en la sentencia tal como dispone el artículo 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la parte demandada puede formularla en su contestación a la demanda y, tras ella, contestar en cuanto al fondo sin que ello signifique sumisión (que es atinente más a la competencia territorial, que a la jurisdicción ordinaria o arbitral) o aceptación de la jurisdicción ordinaria. Al efecto debe recordarse, como cabe comprobar, examinando el**

extenso contenido de la comparecencia previa que en los autos de primera instancia la referida excepción se mantuvo en todo momento, cumpliéndose así con las exigencias del artículo 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como señala algún comentario doctrinal **«si sólo se permitiese al demandado oponer la excepción entendiéndose que renuncia al arbitraje si contesta a la demanda, se produciría una situación que dificultaría en la práctica hacer valer el convenio arbitral, dado que invocar la excepción únicamente podría situar al demandado en riesgo de indefensión si fuere desestimada, al carecer ya de vía para contestar a la demanda. Con base en lo anterior, y atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de la indefensión, se considera que si resulta clara la voluntad del demandado de no renunciar al arbitraje, es lícito que, tras formular la excepción de arbitraje, pueda oponerse, subsidiariamente, al fondo del asunto contestando a la demanda, sin que ello suponga una renuncia tácita al arbitraje.»**

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 490/1999 (Sala de lo Civil), de 1 junio, de la que también fue ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ, dice al respecto que **“...Alega que la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (art. 533.8º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no puede prosperar por cuanto la parte demandada, tras alegarla, contestó a la demanda, lo que implica la renuncia al arbitraje, según el art. 11.2 de la Ley de Arbitraje que dice: «En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta la demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma oportuna excepción». Pero no es el caso presente: la parte demandada, recurrida en casación, formuló esta excepción y, tras ello, «ad cautelam», por si no era estimada (como efectivamente ocurrió en primera instancia) contestó la demanda, lo que es distinto a personarse y realizar una actividad procesal. Esta es la doctrina de esta Sala que se expuso en la Sentencia de 18 de abril de 1998 (RJ 1998\2984) y que ahora se reitera y que dijo literalmente: **El artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número 1º fue modificado por Ley 34/1984, de 6 de agosto (RCL 1984\2040; RCL 1985\39 y ApNDL 14257) y, a su vez, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, añadió el número 8º: la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje; tal excepción se enumera como dilatoria; en proceso de menor cuantía se puede formular como perentoria y resolverse en la sentencia tal como dispone el artículo 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la parte demandada puede formularla en su contestación a la demanda y, tras ella, contestar en cuanto al fondo sin que ello signifique sumisión (que es atinente más a la competencia territorial, que a la jurisdicción ordinaria o arbitral) o aceptación de la jurisdicción ordinaria.****

Como señala FERNANDEZ-BALLESTEROS²⁶³, que el artículo 11.1 NLAB, como ya hizo la LEC (art 39 LEC) haya decidido que la exclusión de la jurisdicción se realice a través de la declinatoria, debe servir para dejar claro que el Legislador no

²⁶³ Cfr. FERNANDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ANGEL: *Comentarios.....Op. cit*

crea que la sumisión a arbitraje sea una excepción; y, sobre todo, que el Legislador no desea que tenga el tratamiento propio de una excepción. Tanto la LEC como la NLAB quieren evitar que la declinatoria de arbitraje pueda sustanciarse con el fondo del asunto y resolverse en la sentencia definitiva. De este modo:

a) Si el demandado decide invocar el convenio arbitral, debe hacerlo al principio del proceso, en el momento en que comparezca o inmediatamente después de comparecido, puesto que si el demandado conserva el derecho a renunciar expresa o tácitamente al arbitraje contestando a la demanda, debe exigírsele que lo haga *a limine*, pues en caso contrario la actividad procesal realizada devendría inútil e ineficaz.

b) Invocado el convenio arbitral, la cuestión debe ser resuelta con carácter previo, pues la eficacia del convenio arbitral no sólo excluye la decisión de la controversia por los Tribunales ordinarios, sino que también excluye la actividad procesal misma. Si una de las metas del arbitraje es obtener una decisión rápida y menos costosa, parece evidente que es preciso evitar la propia actividad procesal, aunque ésta termine con una sentencia absolutoria de la instancia.

c) La única finalidad de la declinatoria es obtener el sobreseimiento del proceso en el que se interpone y quedarse ahí (65 2 LEC). El efecto negativo o excluyente del convenio arbitral sólo asegura que será sobreseído el proceso jurisdiccional iniciado sobre materia sometida a arbitraje, pero no permite —en ese momento— “obligar” al actor a acudir al arbitraje pactado. Incluso obtenido el sobreseimiento del proceso, nada obliga al demandado a acudir al arbitraje. Hacerlo o no queda a su albedrío y, si decide obligar al actor a acudir al arbitraje (arts. 38 ss. LAB) lo hace en completa desconexión del proceso inicialmente incoado.

Existe numerosa jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que se inclinan por estimar la declinatoria de jurisdicción al haberse sometido las partes al Arbitraje, con la exclusión de contratos de adhesión sometidos a la legislación consumerista y a tal efecto, podemos citar la de Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en Autos de 14 de diciembre de 2010 y de 5 y 20 de mayo de 2011; la de la Audiencia Provincial de Cáceres, en Auto de 26 de septiembre de 2011, la de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en Auto de 12 de febrero de 2010; la de la Audiencia Provincial de Murcia, en Auto de 15 de marzo de 2011; la de la Audiencia Provincial de Castellón en Auto de 25 de marzo de 2011; la de la Audiencia Provincial de Barcelona en Auto de 30 de junio de 2011; la de la Audiencia Provincial de Lleida en Auto de 4 de marzo de 2011; la de la Audiencia Provincial de Oviedo en Autos de 15 abril, 18 mayo y 20 de junio de 2011; la de la Audiencia Provincial de Gijón en Auto de 2 de junio de 2011; la de la Audiencia Provincial de León en Auto 23 de febrero de 2011; la de la Audiencia Provincial de Valencia en Autos de 14 de marzo y 25 de mayo de 2011; y la de la Audiencia Provincial de Burgos en Auto de 7 de junio de 2011.

Quiere ello decir que resulta pacífica la interpretación de que la declinatoria de sumisión a arbitraje, por lo que a los efectos que nos interesan de determinar la responsabilidad de los árbitros en relación al desistimiento mutuo, resulta evidente

que si una de las partes ha iniciado un proceso jurisdiccional y la otra parte no se ha limitado a interponer en plazo y forma la correspondiente declinatoria de sumisión a arbitraje sino que ha realizado cualquier otra actuación procesal, el árbitro debe considerar extinguida la voluntad de las partes de someter la decisión de su *litis* al árbitro, por lo que debe cesar en el procedimiento arbitral. Hacer lo contrario, es decir, continuar con el arbitraje a petición de la parte que no ha interpuesto la declinatoria, existiendo un procedimiento judicial en el que ambas partes estén personadas, podría ser calificado de negligencia grave o incluso de dolo, ya que conducirá indefectiblemente a un laudo viciado, incurso en una de las causas tasadas de anulación.

Un caso más complejo es el que se produce de la aplicación literal del artículo 11.2 NLAB, que señala que la declinatoria no impide la iniciación de un arbitraje sobre el mismo objeto, lo que significa la existencia de un proceso judicial ya iniciado. De este modo, aun teniendo objeto idéntico, entre un proceso jurisdiccional y uno arbitral no hay litispendencia, y no es infrecuente que una actor inicie un arbitraje porque entiende que existe un convenio arbitral válido y, al mismo tiempo, el demandado acuda a los jueces ordinarios planteando la misma cuestión²⁶⁴. Como señala FERNANDEZ-BALLESTEROS y nosotros compartimos, se producen así dos procesos simultáneamente pendientes cuya existencia es indeseable (aunque sólo sea porque pueden acabar con dos resoluciones — sentencia y laudo— total o parcialmente contradictorias) pero que la LEC nada hace por evitar. A falta de previsión legal habrá que entender con el Tribunal Constitucional que la litispendencia no es posible, porque no concurren los requisitos de los que depende²⁶⁵ y porque exige que el litigio penda ante dos jueces civiles. En algún Auto del Tribunal Supremo se viene a aceptar un concepto más amplio de litispendencia, que atiende a lo que es su finalidad esencial: evitar, cualquiera que sea la causa, que se produzcan dos sentencias sobre un mismo objeto (ATS 20 Jun 2000; RAJ 4656), pero no es ni mucho menos una corriente jurisprudencial indiscutible.

La solución no es fácil: ni el juez puede ordenar al árbitro que deje de conocer (al menos mientras penda el proceso arbitral, el árbitro es juez de su propia

²⁶⁴ En todo o en parte, enunciado de forma positiva o negativa, pidiendo una condena o sólo la declaración de que un derecho no existe o no es como dice el Actor; alegando la ineficacia del convenio arbitral o limitándose a ignorar su existencia

²⁶⁵ Para que la excepción de litispendencia excluya un segundo proceso es necesario que el proceso anterior pendiente y el que ahora se incoa sean idénticos (421 1). O, como suele decir el TS para la apreciación de la litispendencia debe cumplirse las identidades de partes, de objeto, y de causa de pedir" (STS 17-3-1997; RJ 1940). Desde luego, vigente la Nueva LEC, debe entenderse que la simple conexión no basta: la excepción de litispendencia exige, por definición, identidad de procesos (421 1). Sigue siendo, en este punto, válida la jurisprudencia del TS que, como regla general, entendía que la excepción de litispendencia exige la más perfecta identidad entre los dos procesos (identidad en cuanto a los sujetos, a la petición y a la causa de pedir). (STS 7 Nov. 1992; RAJ 9097).

“competencia”²⁶⁶ y de cualquier otra excepción cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia – ex artículo 22 NLAB) ni el juez puede ordenar al árbitro que se abstenga de dictar un laudo. La única posibilidad de que así ocurriera, como sugiere FERNANDEZ-BALLESTEROS²⁶⁷ y nosotros compartimos, sería pidiendo al Juez civil que acordara, como medida cautelar en el proceso incoado, requerir al árbitro para que dejara de conocer o, al menos, para que suspendiera el arbitraje hasta que el Juez decidiera sobre la declinatoria propuesta. Los arts. 721 y ss. permiten esa posibilidad (parecida a las conocidas —y no muy apreciadas— *anti-suit injunctions*), al menos para el arbitraje interno. Desde luego, nada puede hacerse en tanto uno u otro no hayan resuelto sobre la validez del convenio arbitral²⁶⁸. Pero tampoco está previsto qué debe hacer el Juez que entiende ineficaz el convenio arbitral y desestima la declinatoria en relación con el arbitraje que está sustanciándose. En buena técnica la posibilidad de incoar o proseguir un proceso arbitral existiendo un proceso jurisdiccional no tiene nada que ver con la declinatoria, sino con la litispendencia (400.2; 401 y concordantes LEC) entre un proceso jurisdiccional y otro arbitral, que es cuestión que ni la LEC ni la NLAB resuelven.

Desde el punto de vista de la responsabilidad del árbitro, en el caso de que la parte demandada haya iniciado un procedimiento judicial y la parte demandante haya presentado la declinatoria de sumisión a arbitraje, el árbitro puede plantearse los siguientes escenarios:

- a. Declarar la validez del convenio arbitral y, por ende, de su competencia, y continuar el procedimiento hasta la emisión del laudo, con independencia del fin que tenga la declinatoria.
- b. Suspender, con el acuerdo de las partes, el procedimiento arbitral, hasta que se resuelva la declinatoria, continuando el procedimiento en el caso de que sea admitida.
- c. Continuar con el procedimiento arbitral, al haber admitido su competencia, y si antes de la emisión del laudo recae la decisión sobre la declinatoria rechazando la misma, estudiar la fundamentación de la misma y volver a revisar la propia competencia.

En ninguno de los tres escenarios anteriores parece fácil encontrar un supuesto en los que se pueda apreciar dolo o grave negligencia en la actuación del árbitro, salvo el caso en el que el convenio arbitral fuera manifiestamente nulo y se pudiera apreciar de forma incotrovertida tal nulidad, y el árbitro hubiera decidido

²⁶⁶ Que no es tal competencia, sino derecho a seguir o terminar el arbitraje si entiende que el convenio arbitral es ineficaz o que la controversia que se le ha sometido no está incluida en el convenio arbitral.

²⁶⁷ Cfr. FERNANDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ANGEL: *Comentarios.....Op. cit*

²⁶⁸ El problema puede resolverse si el árbitro decide que el convenio arbitral es ineficaz (frente a su resolución no cabe recurso); pero no si la eficacia o ineficacia del convenio arbitral la declara el Juez. En el primer caso, porque si entiende eficaz el convenio y estima la declinatoria la decisión no es firme hasta que resuelva la Audiencia provincial –ahora el Tribunal Superior de Justicia-.

ignorarlos, declarando su competencia para continuar con el procedimiento arbitral y ello condujera posteriormente a la anulación del laudo, produciéndose daños para las partes que hubieran podido evitarse con la conducta especialmente diligente que se le exige al árbitro. Sin embargo, es importante enfatizar que el hecho de que en la acción de impugnación el Tribunal Superior de Justicia competente estime la anulación por invalidez del convenio arbitral no presupone *per se* la responsabilidad del árbitro, ya que se trata de una materia de contenido jurídico, susceptible de controversia en muchos casos. Ni siquiera se derivarían esos efectos de responsabilidad directa si antes de laudarse se desestimara la declinatoria, puesto que no olvidemos que ese Auto es susceptible de reposición y después de Alzada, lo que demoraría previsiblemente el proceso más allá del ámbito previsto para laudarse, cabiendo la posibilidad de que la Audiencia Provincial modifique la decisión desestimatoria del juez *a quo*.

Dentro de este esquema conceptual es importante recordar que no existe la litispendencia arbitral y judicial, tal y como explica la Sentencia nº 4/2013 del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha (Albacete), Sala de lo Civil y Penal, de 10 de Octubre de 2013, por lo que el árbitro no puede “suspender de oficio” el procedimiento arbitral por el hecho de que haya un procedimiento ante la jurisdicción estática en curso, salvo que ambas partes concordemente se lo indiquen:

“Considera la parte que el procedimiento iniciado sobre la nulidad del contrato de resolución de la aparcería tiene efectos prejudiciales sobre el arbitraje, pues podría concluir con una indemnización sin causa y contradictoria con el resultado del segundo procedimiento.

El Árbitro rechazó la suspensión del procedimiento arbitral por prejudicialidad civil al estimar endeble los argumentos en los que la demandante funda la pretensión de nulidad del contrato; la falta de petición de medidas cautelares en el procedimiento seguido ante la jurisdicción ordinaria de suspensión del arbitraje; la falta de regulación de la suspensión del procedimiento arbitral en tal supuesto por la LAB; y, la falta de firmeza de la resolución que desestima la declinatoria.

.....Admitida a trámite la demanda, por la FUNDACION CARRAL se interpuso declinatoria por entender que la cuestión planteada estaba sometida a arbitraje; que resultó desestimada por Auto del Juzgado de 4 de Febrero de 2013, que ha sido apelado y admitido el recurso para ante la AP de Toledo. Desde la presentación de la demanda y su admisión a trámite, el demandante dirigió escritos al Árbitro interesando la suspensión del procedimiento, por entender que concurre prejudicialidad civil; que resultó rechazada por el Árbitro, que acabó dictando el Laudo cuya nulidad pretende la parte en el que expresamente deja fuera de la resolución la cuestión de la nulidad del contrato de 2011 por considerar que no ha sido traída al procedimiento arbitral, por quedar excluida del contenido del convenio arbitral (Razonamiento 5º.1)

2.2.- Con carácter previo debe señalarse que el supuesto contemplado en autos no se encuentra regulado en la Ley de Arbitraje; pues el art.11 de la misma se refiere a la eficacia excluyente de la jurisdicción ordinaria para conocer de las

controversias sometidas a arbitraje, que cabe atribuir al convenio arbitral, previendo en tal caso la llamada declinación de arbitraje. El apartado 2º refiere que la declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales. Y el 3º posibilita que las partes acudan a los tribunales interesando la adopción de medidas cautelares. Es decir, **en un supuesto no ya de prejudicialidad -cuestión no resuelta por la LEC ni por la LAB- sino de litispendencia, el legislador lejos de acordar la suspensión del proceso arbitral establece su continuación. Ante ello, y a falta de previsión legal debe entenderse con el Tribunal Constitucional que no existe litispendencia porque no concurren los requisitos de los que depende y porque exige que el litigio penda ante dos jueces civiles.**

Parece que la circunstancia de la Ley de Arbitraje parta de la posibilidad de que ambos procesos se sustancien al mismo tiempo puede abonar la impresión de que, para la Nueva Ley de Arbitraje, no existe litispendencia entre un proceso jurisdiccional y otro arbitral sobre el mismo objeto.

2.3.- En el parecer de la Sala no cabe acoger la causa de nulidad esgrimida por el demandante, precisamente porque **no viene contemplada la suspensión del proceso arbitral por prejudicialidad, a diferencia de lo previsto entre dos procedimientos ante la jurisdicción ordinaria;** resultando clarificador que en el supuesto de litispendencia se impone la continuación del arbitraje, debiendo aplicar idéntica solución, y que el art 43 LEC refiera el supuesto a la pendencia de procesos ante el mismo o diferente tribunal civil. El Tribunal Supremo, en Sentencia núm. 121/2011, de 25 febrero (Rec. núm. 1234/2006) se pronuncia en los siguientes términos sobre la proximidad de ambos conceptos: «la doctrina jurisprudencial desarrollada bajo el sistema de la LEC 1881 vino admitiendo la aplicación de la litispendencia, aunque no concurriera la triple identidad propia de la cosa juzgada (SSTS 25 de julio de 2003 , 31 de mayo de 2005 , 22 de marzo de 2006), de la que la excepción de litispendencia es una institución preventiva o cautelar. Es la denominada litispendencia impropia o por conexión, que en realidad integra un supuesto de prejudicialidad civil. A ella se refieren las SSTS de 17 de febrero de 2000, 9 de marzo de 2000, 12 de noviembre de 2001, 28 de febrero de 2002, 30 de noviembre de 2004, 1 de junio de 2005, 20 de diciembre de 2005 y 22 de marzo de 2006, en las que se declara que tiene lugar cuando un pleito interfiere o prejuzga el resultado de otro, con la posibilidad de dos fallos contradictorios.

Otra solución diferente implicaría desconocer la naturaleza de la propia institución del arbitraje; pues la prejudicialidad civil (a diferencia de la penal) no puede producir efecto suspensivo alguno ni tan solo en la ejecución del laudo, dado que desde la teoría general del Derecho, en estos supuestos, precisamente por su carácter meramente prejudicial, la decisión del árbitro no causa cosa juzgada y no integra el fondo de la controversia sometida a su conocimiento. Precisamente el Árbitro, dejando fuera del laudo la validez definitiva del propio contrato en el que consta el convenio arbitral, motiva la denegación de la suspensión en que de los argumentos de la demanda de nulidad no se deduce necesariamente el éxito de las tesis vertidas en la misma. Quede

claro con ello que, una posible nulidad del contrato de resolución de la aparcería conllevaría, entre sus efectos, la obligación de restitución de lo recíprocamente entregado (art.1303 Cc), las cosas con sus frutos y el precio con sus intereses; quedando así a salvo los intereses de una y otra parte.”

3.1.4.2. Caducidad del convenio arbitral

La caducidad del convenio se produce cuando las partes han fijado un plazo o término para la vigencia del compromiso, transcurrido el cual queda sin efecto y el artículo 23.1 LAB preveía expresamente la caducidad del convenio como posible causa de oposición al arbitraje, debiéndose plantear en las alegaciones iniciales. En el caso de que fuera desestimada por los árbitros, sobre la base del artículo 23.2 LAB, podía impugnarse al solicitarse la anulación judicial del laudo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1947 recogió un caso en el que el compromiso estaba sometido a un término, transcurrido el cual quedaba caducado. El recurso, no obstante, se articuló alegando la extemporaneidad del laudo²⁶⁹. En la misma se dice “...*que aunque existieran términos hábiles en la Legislación notarial -que no existen-, para otorgar a las actas rango equivalente a las escrituras, y con valor, por tanto, para la expresión de declaraciones de voluntad constitutivas de negocios contractuales, el laudo originario del recurso sería igualmente nulo y casable: Primero, porque el acuerdo necesario para la prórroga no puede obtenerse a través de unas actas de requerimiento, instadas por los componedores, y dirigidas a los comprometidos, sin vínculo directo entre éstos, por virtud del cual pueden, con la debida exactitud determinarse las circunstancias en que las declaraciones -de voluntad nacen y se desarrollan hasta convertirse en un contrato perfecto; y, segundo, porque la propuesta de los componedores fue limitada en el tiempo, advirtiendo a los comprometidos que, como el plazo para pronunciar su sentencia finaba el 30 de abril de 1940 era precisa su determinación antes de dicha fecha; y cómo, a pesar de tal advertencia, el señor F .P .no aceptó hasta el 7 de mayo siguiente ante un Notario de Madrid, y en momento en que la oferta estaba caducada y extinguido el término del compromiso, es obvio que el laudo se había dictado extemporáneamente; máxime si no se olvida que la copia del acta se remitió a Barcelona, para su incorporación en el protocolo del Notario requirente, sin cumplirse el requisito de la legalización inexcusable conforme a la legislación notarial para que pudiera surtir, en dicho territorio, los debidos efectos.»*

La NLAB, en su artículo 22.1, mantiene el mismo tenor de la LAB y señala que “los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia...” En su Exposición de Motivos, la NLAB nos dice que “Además, bajo el término genérico de competencia han de entenderse incluidas no sólo las cuestiones que estrictamente son tales, sino cualesquiera cuestiones que puedan obstar a un

²⁶⁹ En ese momento no había un motivo específico para denunciar la nulidad del convenio

pronunciamiento de fondo sobre la controversia (salvo las relativas a las personas de los árbitros, que tienen su tratamiento propio). “

Y en su apartado 2 del artículo 22 la NLAB continúa señalando que “las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas.....Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.” La justificación para ello la encontramos en la Exposición de Motivos de la NLAB, que nos dice que “La Ley establece la carga de que las cuestiones relativas a la competencia de los árbitros sean planteadas a limine.....La regla de la alegación previa de las cuestiones atinentes a la competencia de los árbitros tiene una razonable modulación en los casos en que la alegación tardía está, a juicio de los árbitros, justificada, en la medida en que la parte no pudo realizar esa alegación con anterioridad y que su actitud durante el procedimiento no puede ser interpretada como una aceptación de la competencia de los árbitros.”

Como novedad operativa, directamente vinculada con el principio de economía procesal, la NLAB, en su artículo 22.3, introduce la siguiente redacción: *“Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral.” Como leemos en la Exposición de Motivos de la NLAB, “Queda a la apreciación de los árbitros la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo. La Ley parte de la base de que los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas. “*

Esta aportación legislativa es muy importante desde el punto de vista de posibles responsabilidades del árbitro, puesto que si bien el mismo es libre de decidir si trata la caducidad del convenio como una cuestión previa o por el contrario resuelve la misma, tras finalizar el procedimiento arbitral, en el laudo, al árbitro se le exige buena fe y la mejor de las diligencias para optar por la alternativa que *prima facie* resulte menos gravosa para las partes litigantes, en el bien entendido de que en este caso lo que el árbitro asume es un mero compromiso de buena voluntad y de razonabilidad en su decisión procedimental, pero en ningún caso una obligación de acertar con la alternativa que finalmente hubiera podido revelarse como la preferible para los intereses de las partes y del propio arbitraje.

Es importante reseñar que la redacción definitiva del artículo 22.3 NLAB no resultó pacífica. Así, la ENMIENDA NUM. 91 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) propuso modificar el apartado 3, con la siguiente redacción, que básicamente difiere en el hecho de que una cuestión

previa de competencia desestimada y recurrida debe paralizar el procedimiento arbitral hasta su resolución por la Audiencia Provincial:

«3.La decisión de los árbitros podrán impugnarla mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en que se haya adoptado o, independientemente, una vez resuelta la cuestión previa. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción autónoma de anulación suspenderá el procedimiento arbitral. La suspensión del procedimiento arbitral producida por la impugnación de unas cuestiones resueltas con carácter previo no obstará a que el Tribunal arbitral ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancia de parte legítima, cualesquiera de aseguramiento de prueba, así como de medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirle perjuicios irreparables para los promotores, salvo que las partes presentasen caución bastante para responder de los daños y perjuicios que derivaran de la tramitación de una cuestión previa desprovista de fundamento.» El fundamento de esta enmienda se encuentra en la necesidad de “Compatibilizar la necesidad de evitar gastos y actuaciones que puedan resultar inútiles con la de impedir la causación de perjuicios originados por la conducta del recurrente.”, en palabras del citado grupo político. “

Como señalábamos, la LAB (art. 23.2) nada disponía expresamente sobre el momento en que los árbitros habían de decidir las excepciones en su caso planteadas, bien tratándolas como cuestión de previo pronunciamiento o bien dejando su resolución para el laudo final. Pero, aunque no imponía el previo pronunciamiento, sí admitía implícitamente su posibilidad, al disponer que “la decisión arbitral desestimatoria sobre estas cuestiones podrá impugnarse, en su caso, al solicitarse la anulación judicial del laudo” (enunciado que comprende la hipótesis de una resolución específica anterior al propio laudo definitivo).²⁷⁰

Como señala CADARSO PALAU²⁷¹, la NLAB, siguiendo una vez más la huella de la Ley Modelo UNCITRAL, aborda expresamente la cuestión, atribuyendo el apartado 3 de este artículo a los árbitros la posibilidad de decidir las excepciones “con carácter previo o con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto”²⁷². En palabras de la Exposición de Motivos “queda a la apreciación de los árbitros la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia [rectius: todas las que se contemplan en el propio artículo 22] sean

²⁷⁰ Si bien para alguna opinión lo más apropiada sería “que el árbitro resolviera ipso facto sin esperar a que termine el procedimiento” (CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M.: *Los principios procesales*), en la práctica el asunto quedaba entregado a lo que dispusiesen las partes, los reglamentos de las instituciones arbitrales o los propios árbitros (CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., *ibíd.*, MASCARELL NAVARRO, *Comentario breve*).

²⁷¹ Cfr. CADARSO PALAU, JUAN: *Comentarios a la Ley 60/2003 de Arbitraje*. Madrid. 2011. Editorial Aranzadi. Pags 337 y ss.

²⁷² Esta opción sólo será posible cuando la decisión sobre las excepciones sea desestimatoria, pues en caso contrario, propiamente, en el fondo no se puede entrar, de modo que la decisión se producirá, no con la de las cuestiones de fondo, sino cuando habría correspondido abordar la resolución de éstas.

resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo”, lo que se coordina, además, con la posibilidad -que el art. 37.1 establece y la Exposición de Motivos recuerda aquí- “*de que los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver las cuestiones procesales o de fondo; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas*”.

A estos efectos, y salvo lo que en particular se dispone sobre la no suspensión del procedimiento, la NLAB no atiende al eventual contenido, estimatorio o desestimatorio, de la resolución que se dicte que debe adoptar la forma de laudo, como instituye el apartado 3 que se comenta al disponer que “*la decisión de los árbitros [sin precisión alguna sobre su contenido: luego lo mismo estimatoria que desestimatoria] sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en que se haya adoptado*”.

Y en ese punto, el relativo al recurso, se ha producido un importante cambio respecto de la LAB, pues en ésta (art. 23.1) la resolución arbitral estimatoria de las excepciones dejaba directamente “*expedito el acceso a los órganos jurisdiccionales para la solución de la cuestión litigiosa sin que quepa recurso contra la decisión arbitral*”.²⁷³ Ahora esa resolución es impugnabile (y únicamente impugnabile) mediante la acción de anulación, lo que desde luego representa un tratamiento más favorable de cara a la conservación del arbitraje (a cuyos cauces vuelve el asunto en caso de prosperar la anulación), pero suscita alguna cuestión adicional. Podría pensarse, *prima facie*, que la impugnación del laudo estimatorio de alguna de las excepciones de referencia tendrá escaso sentido, puesto que la revisión de las mismas difícilmente puede encajar en los motivos tasados del artículo 41. Pero en semejante objeción hay cierto espejismo: el de suponer que, para un laudo debiera haber un control de fondo que, al margen de las cuestiones de orden público, no cabe ni para el laudo definitivo que pudiera dictarse sobre el fondo del asunto. Es cierto que difícilmente tendrán aplicación las causas relativas a inexistencia o invalidez del convenio, incongruencia “*extra petita*”, pues por hipótesis se trata aquí de la resolución de excepciones-²⁷⁴, y a resolución sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje- del artículo 41. Pero ninguna dificultad habría en la aplicación de los motivos relativos a vicios de procedimiento sin que quepa respecto de un laudo que resuelva el fondo de la controversia una censura material distinta de la que limitadamente autoriza el mencionado artículo.

Como señala CADARSO PALAU²⁷⁵ y nosotros compartimos, dictado laudo estimatorio de la excepción que impide la continuación del arbitraje, la situación procesal se oscurece en cierta manera en tanto se ejercite y esté pendiente la acción de anulación de aquél. No parece, desde luego, que el acceso a la jurisdicción para dirimir la cuestión de fondo pueda quedar bloqueado por virtud de

²⁷³ En opinión de ORTIZ NAVACERRADA, S.: «La Ley 36/1998...» esa irrecorribilidad resultaba poco coherente con los propósitos de potenciación del arbitraje que animaban la disciplina de aquella Ley, “al permitir su eliminación por la sola decisión de los árbitros”.

²⁷⁴ Aunque no hay que destacar que el laudo se funde en una excepción diversa de la propuesta. Cuestión distinta en que se trate de la apreciación de oficio de la incompetencia objetiva.

²⁷⁵ Cfr. CADARSO PALAU, JUAN: *Comentarios...* Op. cit. Pags 337 y ss.

una declinatoria, pues hay laudo declarando (pronunciamiento insusceptible de ejecución que pudiera ser suspendida) la improcedencia del arbitraje. Pero, careciendo ese laudo de firmeza en tanto se sustancia la acción de anulación, no parece descartable que nos encontremos ante una cuestión prejudicial que, al amparo del artículo 43 LEC, pudiera suspender la tramitación del proceso jurisdiccional mientras aquella acción se resuelve.

Finalmente, para el caso de que la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el inciso final del apartado 3 del artículo que comentamos dispone que el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral.²⁷⁶

Desde la óptica de la responsabilidad de los árbitros, nuestra sugerencia sería resolver siempre las excepciones con carácter previo en aquellos casos en los que *prima facie* el árbitro aprecie un *fumus boni iuris* en la excepción solicitada que pudiere hacer que llegara a ser aceptada, en lugar de esperar a recogerlas en el laudo, porque de apreciarse alguna de las excepciones que supusieran la frustración del arbitraje, resultaría más gravoso por las partes, tanto en tiempo como en costes, que hubiera continuado el procedimiento arbitral y se hubiera emitido el laudo, habiendo pasado por la fase de pruebas y de conclusiones. No obstante, no hacerlo así en ningún caso puede suponerle una responsabilidad al árbitro en el caso de que finalmente aceptara la excepción en su laudo, puesto que la NLAB le autoriza a hacerlo.

Por el contrario, cuando *prima facie* las excepciones se antojan improcedentes, resulta más adecuado que el árbitro espere a resolverlas en el laudo final, como parte del mismo, ya que de esa manera se asegura el árbitro una mayor coordinación y consistencia interna del laudo, con sus argumentaciones alimentando de forma fluida y cohesionada todas las decisiones vertidas en el mismo.

3.1.4.3 Nulidad del convenio arbitral

El convenio arbitral, como todo contrato, ha de cumplir los requisitos generales previstos en el C.C. y los específicos de la LAB, que se reproducen matizadamente en la NLAB²⁷⁷. Si no se cumpliera alguno de estos requisitos en relación con las partes, con el objeto, con la forma o con el tiempo, pudiere el laudo anularse al amparo del artículo 45.1 LAB – ahora, en virtud del artículo 41.1

²⁷⁶ No prosperó una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán (CiU) (enmienda nº 83, BOCG, VII Legislatura, Serie A, núm. 173-9, 10 noviembre 2003, pg. 55), que proponía la suspensión del procedimiento durante la sustanciación de la acción autónoma de anulación, sin perjuicio de que el tribunal arbitral pudiera entre tanto adoptar medidas cautelares y de aseguramiento de prueba. Se aducía “la necesidad de evitar gastos y actuaciones que puedan resultar inútiles” así como la de “impedir la causación de perjuicios originados por la conducta del recurrente.

²⁷⁷ En su Exposición de Motivos señala específicamente: “El Título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta Ley. En líneas generales, la Ley trata de perfeccionar la legislación anterior, precisando algunos puntos que se habían revelado problemáticos.”

NLAB -, como ha sido recogido por la jurisprudencia, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1930, que señala que “*pues el Tribunal “a quo” no incurre en el error de afirmar y sostener que el compromiso no sea un contrato invalidable por iguales causas que las demás obligaciones, ni que no quede inexistente por falta de consentimiento, objeto y causa, ni que deje de ser anulable por error, violencia o dolo; sino que por el contrario, **en la sentencia recurrida se estima con notorio acierto que el compromiso es impugnabile por inexistencia o por nulidad**; reconociendo también la Sala sentenciada ora que así lo proclama el artículo 829 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al disponer que **los compromisos producen todas las consecuencias legales de las demás obligaciones y podrán invalidarse por las mismas causas que éstas**”; y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1974, que señala:*

*“CONSIDERANDO: Que alegados en el recurso diversos motivos que tratan de la nulidad absoluta o inexistencia de las cláusulas contractuales, es de rigor comenzar el estudio del mismo, con las aseveraciones siguientes: A) Las causas en que puede formularse, tal petición, son las siguientes: Primera. La falta de un requisito esencial, para que pueda haber contrato, contemplada en el artículo 1.261 del C. Civ. que, enumera el consentimiento, objeto y causa de los contratos; y Segunda. Las que resultan del artículo 1.255, en que, **se concede a los contratantes, la libertad de establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, en cuyo caso hay «prohibición» y se puede ir contra los mismos, solicitando su nulidad.**”*

Debemos igualmente traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 75/1996 (Sala Primera), de 30 abril, que señala que “*Desde esta perspectiva, la demanda ha de ser estimada. En efecto, la sentencia del Pleno de este Tribunal 174/1995 (RTC 1995\174) ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 38.2, párrafo primero de la LOTT. En ella, el Tribunal Constitucional se enfrentó al problema planteado, coincidente con el que aquí hemos de responder, acerca de «si resulta conforme a la Constitución, concretamente con sus arts. 24.1 y 117.3 CE, un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia» (fundamento jurídico 3.º). Ante ello, se declaró que «**la autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace el párrafo primero del art. 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella**». (fundamento jurídico 3.º). Y esto,*

que está dicho preferentemente desde la perspectiva del demandante, **es igualmente aplicable al demandado**, en cuanto que, salvo que así lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, vulnerándose de otra manera su derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta conclusión no se desvirtúa, por otra parte, por la posibilidad de un ulterior recurso de nulidad frente al Laudo, previsto en el art. 45 de la Ley de Arbitraje, que la parte intentó y fue desestimado por la sentencia recurrida, pues, como también declaró la referida STC 174/1995, ese control excluye las cuestiones de fondo, ya que «al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 [RTC 1988\43] y sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE» (fundamento jurídico 3.º).

Resulta, por tanto, que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, en cuanto se le ha sometido a un procedimiento arbitral del que se derivó la exclusión del conocimiento del fondo del asunto por parte de los Tribunales ordinarios, sin que haya prestado previamente su consentimiento para ello.”

En conclusión, un convenio arbitral que no hay sido fruto de la voluntad coincidente de las partes de someter la *res litis* a arbitraje es nulo, aún cuando venga impuesto por una norma positiva, como igualmente vemos que afirma taxativamente la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 174/1995 (Pleno), de 23 noviembre, que señala que “*En definitiva, el precepto de la LOTT cuya constitucionalidad se cuestiona viene a establecer un arbitraje obligatorio, con el correspondiente efecto de excluir la vía judicial, salvo que las partes contratantes hagan explícita su voluntad en contrario. Si no existe pacto en contrario, el convenio arbitral nace ex lege, y puede invocarse, llegado el caso, como excepción, tal y como prevén expresamente el artículo 11 de la Ley de Arbitraje, su disposición adicional tercera.1, y el artículo 533 de la LECiv, al que, precisamente, la Ley de Arbitraje añadió como nueva excepción la de la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (apartado 8).....3. El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales, es decir, como señala el ATC 701/1988, «por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial». Esta actividad prestacional en que consiste el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, permite al legislador, como hemos declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero también hemos dicho que esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, «imponiendo para su ejercicio -como declaramos en la STC 185/1987 (RTC 1987\185)- obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté*

en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito». Del precepto cuestionado no puede decirse, ciertamente que imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva, pues responde, como destacan el Fiscal General y el Abogado del Estado, **a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía; pero al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al derecho de todas las personas «a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos»**..... No se opone a esta conclusión el posible control final por los órganos judiciales, a que aluden el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal con referencia al recurso de nulidad del laudo previsto en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje. La objeción tendría consistencia si dicho control judicial no estuviera limitado -como lo está- a su aspecto meramente externo y no de fondo sobre la cuestión sometida al arbitraje; pero al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado artículo 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 y sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE.”

Con una defectuosa técnica legal, el artículo 8 LAB disponía que: «La nulidad de un contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio»²⁷⁸. La Exposición de Motivos ponía de relieve que una de las novedades del Título II había sido introducir «la consagración legislativa del principio de separabilidad del convenio arbitral accesorio de un negocio jurídico principal»²⁷⁹. Sin embargo, una cosa es que el contrato principal y el accesorio pudieran estar sometidos a requisitos distintos, e incluso que la ley aplicable al fondo del asunto pudiera ser diferente a la ley reguladora del convenio arbitral y, consecuentemente, el contrato principal pudiera ser válido y nulo el convenio y, otra, que declarado nulo el contrato fundamentador del arbitraje pudiera mantenerse la eficacia del convenio. En otras palabras, la nulidad del contrato

²⁷⁸ Vid. ALBALADEJO, MANUEL: *El artículo 8 de la nueva Ley de Arbitraje*. Actualidad Civil, núm. 5 de 1990, págs. 69 y ss.

²⁷⁹ Vid. GETE-ALONSO y CALERA, en «*La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje (acotaciones sobre la configuración del contrato)*», en *La Ley*, 1990, tomo 2, págs. 1038-1039, recuerda que el convenio arbitral puede clasificarse dentro de la categoría de los negocios de segundo grado que, necesariamente, toman como objeto, en todo o en parte, una situación a la que se refieren. En este sentido es un negocio dependiente y no inicial, lo que expresa, de una forma un tanto incorrecta, el artículo 8 LAB.

En el mismo sentido, BLAS ORBÁN, «*Particularidades del convenio arbitral en el comercio marítimo*», *Tapia*, año X, núm. 55, diciembre 1990, pág. 29. 33

principal hace inoperante o inútil el convenio arbitral que sea aplicable exclusivamente a un contrato nulo.

Hay que reseñar que el artículo 22.1 NLAB señala que “...A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.” En su exposición de motivos leemos que “El artículo 22 establece la regla, capital para el arbitraje, de que los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia. Es la regla que la doctrina ha bautizado con la expresión alemana *Kompetenz-Kompetenz* y que la Ley de 1988 ya consagraba en términos menos precisos.

Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral.”

Por lo tanto, todo lo expuesto anteriormente en relación con el artículo 8 LAB es plenamente aplicable al artículo 22.1 NLAB, que continua consagrando, aún con más rotundidad, el principio de separabilidad del convenio arbitral frente al contrato principal.

Por último, antes de entrar en las posibles causas que puedan dar lugar a la nulidad del convenio, conviene advertir que, cuando ello sea posible y la naturaleza del vicio así lo permita, el defecto condicionante de tal nulidad deberá alegarse en el procedimiento arbitral²⁸⁰, tal y como hemos explicado con anterioridad en relación con la caducidad del convenio arbitral para que pueda usarse como motivo en la acción de impugnación, y que damos aquí por reproducido. Así lo reconoció la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1930, que consideró la inactividad de la parte como contraria al principio de que nadie puede ir en contra de sus propios actos²⁸¹:

²⁸⁰ Vid. PRIETO-CASTRO, LEONARDO: *Tratado de Derecho Procesal Civil (Proceso declarativo. Proceso de ejecución)*; 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 1985, dos tomos., págs. 588-589. Opinaba respecto de la nulidad del compromiso comprendida en el artículo 1.733.1 L.E.C. que no se puede comprender que si se reputa nulo el compromiso, la parte que se propone recurrir llegue hasta el final, para después interponer el recurso de nulidad, ni que los árbitros no hubiesen advertido la nulidad. En este caso, lo procedente parece que debería ser que ese compromitente se abstuviese de actuar (?), a no ser que la nulidad fuese descubierta al final. En todo caso, y aunque la Ley de arbitrajes no lo prevea, el compromitente ha de formular alguna clase de protesta previa. El paréntesis es nuestro.

²⁸¹ En cambio, la S. de 14 de marzo de 1974 (1] (R.A. 3.218), habida cuenta la naturaleza del motivó causante de la nulidad, no admitía la excepción de ir contra los actos propios: «En contratos de esta clase, son características esenciales: primera: Se puede accionar contra los mismos, a las propias partes que los suscribieron, sin que pueda oponerse la excepción de ir contra los propios actos, puesto que ir contra alguno de los motivos que vician el acto, supone el cumplimiento de un deber, que, debe ser bien acogido, cualquiera que haya sido la pretérita actuación, de quien postule la nulidad; segunda: la aplicación del conocido principio de derecho de "quod nullum est, nullum producit effectum", pone al contrato fuera de las reglas reguladoras de la prescripción y la

«la alegada nulidad del laudo a que el presente recurso se refiere, basada en la inexistencia del compromiso, tiene, para ser alegada con éxito que ejercitarse con oportunidad procesal, no siendo procedente pedir esa nulidad después de aceptar consecuencias del compromiso, de otorgar las partes por esta jurisdicción a los amigables componedores, de esperar a que se dicte el laudo, sin solicitar la nulidad del compromiso en que se apoya, reconociendo la existencia del mismo al interponer contra él el recurso de casación que autoriza el número tercero del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y una vez desestimado el recurso, alegar la inexistencia de tal fallo porque no hay compromiso; pues al proceder así el recurrente, se aprecia también con rectitud por la Sala sentenciadora, que se infringe por éste el principio general de derecho, de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, ya que los realizados por el recurrente dan por resultado el reconocimiento por parte del mismo de la existencia de un laudo, que según los artículos 1.821 en relación con el 1.816, ambos del Código Civil, tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada; a cuyos actos de reconocimiento se opone ahora la acción de nulidad ejercitada, por la que se niega la existencia del compromiso y la validez del laudo; y siendo todo ello cierto, está justamente aplicado por la Sala el citado principio general de derecho, ya que al proceder así el recurrente va contra sus actos anteriores de reconocimiento del laudo, que crearon una eficacia jurídica que el recurrente no puede destruir porque pretenda desconocer sus efectos.»

Este acervo jurisprudencial se recoge con meridiana claridad en la NLAB, cuyo artículo 6, nominado “Renuncia tácita a las facultades de impugnación”, presenta el siguiente tenor literal: “Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de la presente Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley”

3.1.4.3.1 En relación con el objeto

En el Derecho Romano, tal y como indica FERNANDEZ DE BUJAN, A.²⁸², “Se consideran materias, en los textos romanos, no susceptibles de arbitraje: el conocimiento de los delitos públicos, así como de aquellos delitos cuya condena suponga infamia, de las causas relativas a la libertad de las personas y de las actuaciones que sean objeto de persecución mediante acciones populares.

Así en: D. 4.8.32.6: «Escribe Juliano, sin hacer distinción, que si se recurrió a un árbitro por error para que decida sobre algún delito, cuya condena supone infamia, o sobre asunto respecto del que exista acción pública (así sobre adulterios, asesinatos o cosas semejantes), debe impedir el pretor que se dicte sentencia o que se ejecute la ya dictada». D. 4.8.32 7: «Cuando el compromiso recae sobre

caducidad, puesto que lo nulo, no puede producir efecto alguno, sea cualquiera el plazo que se emplee, en pedir su nulidad.»

²⁸² Vid. FERNANDEZ DE BUJAN A.: *Bases romanísticas*.....Op. cit.

una causa relativa a la libertad de una persona, con razón no debe obligarse al árbitro a dictar sentencia, porque la consideración que se debe a la libertad exige que el enjuiciamiento se atribuya a jueces superiores. Lo mismo ha de decirse si la cuestión afecta al nacimiento o no en libertad o a la condición de liberto, y cuando se alega que se debe la libertad por razón de fideicomiso. Lo mismo cabe afirmar respecto de las acciones populares».

Por su parte, según los artículos 1 y 5 LAB, el objeto del convenio lo eran todas las cuestiones litigiosas -o algunas de estas cuestiones surgidas o que puedan surgir-, entre partes, que versarán sobre relaciones jurídicas determinadas, de su libre disposición conforme a Derecho.

El objeto del convenio es, pues, la controversia, como, entre otras, destacó la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1975 [1] (R.A. 1.827), al señala que **“es indudable que la controversia, con expresión de las circunstancias establecidas en el artículo 17 de la Ley de Arbitraje, de 22 diciembre 1953, y con fijación de las cuestiones que se han de resolver por los árbitros, como requisito formal necesario de la escritura de compromiso, tanto en el arbitraje instituido contractualmente, o forzosamente, por resolución judicial, ha de ser tenida muy en cuenta, porque es elemento no sólo delimitado de las facultades que se confieran a los árbitros, sino, además, del objeto del arbitraje.”**

Pueden, pues, someterse a los árbitros todas o algunas de las controversias surgidas de una relación jurídica singular. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1946 (R.A. 255) señala que:

«CONSIDERANDO: Que en la escritura de compromiso otorgada por don Clemente C. y don Miguel p .A. obrando éste como Gerente y en representación de «Carbones de P. o p ., S.L.», con fecha 23 de mayo de 1944, el negocio que se sometía a la amigable composición se determinaba en estos términos: «Resuelvan los amigables componedores cuantas diferencias existan planteadas entre los comprometentes en relación al contrato suscrito por don Clemente C.C. y don Miguel P.A., a 13 de junio de 1942, en relación a la compraventa de las pertenencias y demasía que forman la mina de carbón «Emilia» del término municipal de Figols, decidiendo acerca de su virtualidad y eficacia en la fecha de aquel otorgamiento y de presente, puntualizando con referencia a aquél y demás particulares, los respectivos derechos y obligaciones y estableciendo también la pertinente liquidación en su caso, de cantidades a devengar e intereses correspondientes, y en general atribuyendo a cada parte otorgante los derechos derivados de su respectiva posición frente al contrato y demás títulos con el mismo relacionados», y la mera consideración de los términos empleados revela claramente que **no se llevó a la amigable composición una discrepancia particular y concreta, sino que se buscó la solución a una pluralidad de divergencias, no especificadas pero sí referidas al desenvolvimiento de las relaciones contractuales que existían entre los comprometentes por razón de la compra-venta de la mina «Emilia», abarcándolas todas, puesto que en el período introductorio de la referida cláusula se impetra la resolución de**

cuantas diferencias existan planteadas, en relación al contrato, cuya validez y eficacia, tanto en la fecha de su otorgamiento como en la de la escritura de compromiso se conviene en que han de puntualizar los amigables compondores, marcando de esta suerte y para los períodos sucesivos la diversificación que ha de contener el fallo como desenvolvimiento del período inicial constitutivo del mandato, y que han de referirse, según lo pactado, a puntualizar igualmente los derechos y obligaciones de las partes, a establecer liquidaciones de cantidades a devengar y en una atribución final, con términos de amplitud generalizadora, de sus derechos a las partes comprometentes, derivándolos de su posición ante el contrato y demás títulos relacionados con él, resumen y consecuencia de todo cuanto representaban los pedimentos procedentes.»

Como todo contrato, su nulidad puede ser debida a defectos en relación con el objeto. Según el artículo 1.261 C.C., además del consentimiento de los contratantes, la existencia del contrato requiere un objeto cierto y una causa de la obligación que se establezca²⁸³.

Como señala GUASP²⁸⁴, la causa parece constituir un requisito jurídico distinto del objeto. No obstante, todo objeto jurídico exige su posibilidad, su idoneidad y su causa. La causa no es, sin embargo, una exigencia independiente, sino que es uno de los aspectos en que se traduce la consideración legal en que tiene la ley a un cierto objeto para que pueda constituir materia adecuada de una relación jurídica. Por tanto, en relación al arbitraje, la existencia de una controversia acota el objeto del compromiso en cuanto causa del compromiso mismo, completando las exigencias de su posibilidad e idoneidad.

La NLAB regula en su artículo 2.1 el objeto al señalar que “*son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho*”, explicando en su Exposición de motivos que “*El artículo 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta Ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales.*”²⁸⁵

²⁸³ Vid. GUASP, JAIME: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*. Aguilar, 1945

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ En su apartado 2, el artículo 2 NLAB presenta la novedad de que Respecto de las materias objeto de arbitraje se introduce también la regla, para el arbitraje internacional, de que los Estados y entes dependientes de ellos no puedan hacer valer las prerrogativas de su ordenamiento jurídico. Se pretende con ello que, a estos efectos, el Estado sea tratado exactamente igual que un particular,

Sin embargo, la redacción del artículo 2.1 NLAB no fue en absoluto pacífica, sino que suscitó numerosas enmiendas, todas ellas rechazadas por la mayoría del Partido Popular en ambas Cámaras. Pasamos a continuación a exponer las mismas, puesto que su justificación muestra argumentos doctrinales dignos de ser tomados en consideración en una materia siempre compleja:

Los Senadores de IU (Mixto) propusieron añadir un nuevo apartado 2 (pasando el apartado 2 a 3) con un texto del siguiente tenor: «2. *No podrán ser objeto de arbitraje:*

a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo aspectos derivados de su ejecución. b) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.» La justificación para ello fue que “Resulta necesario completar el texto haciendo mención expresa a aquellas cuestiones, si bien disponibles por las partes pero sobre las que ha recaído sentencia firme, bien en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación de quien no puede hacerlo por sí mismo”.

En esta misma línea la ENMIENDA NUM. 29 Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) proponía añadir un nuevo párrafo con la siguiente redacción: «*No podrán ser objeto de arbitraje: a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición c) Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.»*

Como argumento para ello señalaban que “*Tal y como explicita el informe de la Fiscalía General del Estado y una gran parte de la doctrina, es más acorde con el principio de seguridad jurídica citar y delimitar en el proyecto las materias que no pueden reconducirse a una solución arbitral, y entre ellas las que el artículo 2 de la vigente Ley 36/1998 establece.*”

La ENMIENDA NUM. 40 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) y la ENMIENDA NUM. 56 del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) coinciden plenamente con la anterior, con la diferencia de que propone adicionalmente añadir el siguiente párrafo: “*3. También será válido el arbitraje constituido por disposiciones testamentarias para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.*»

con la siguiente redacción: “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”.

Como justificación en relación a la delimitación de la materia arbitrable señalan que *“Todavía hoy imperan demasiadas interrogantes en este ámbito. Sobre todo en lo que a la relación «arbitrabilidad de la materia versus fueros de competencia judicial internacional exclusivos» se refiere. Así por ejemplo, a la luz de la delimitación genérica que hace este artículo del Proyecto, ¿serían susceptibles de ser sometidas a arbitraje las materias previstas en los fueros de competencia judicial internacional exclusivos que regula el Reglamento 44/2001/CE? O dicho de otro modo, ¿podrían dos personas con residencia habitual en España someter a arbitraje una controversia surgida en torno a un contrato de arrendamiento de un bien inmueble sito en el extranjero, cuando, precisamente, el citado Reglamento comunitario prevé la competencia exclusiva de los tribunales del Estado donde dicho bien está sito? Y, ¿qué ocurriría si ese mismo inmueble estuviere sito en nuestro país? Sea cual fuera la interpretación correcta, lo cierto es que la redacción propuesta en el apartado 1 conlleva un alto grado de inseguridad jurídica, inseguridad que en ningún caso debe mantenerse respecto de las materias que quedan excluidas de la posibilidad de ser sometidas a arbitraje.”* Y, en relación con el párrafo relativo al arbitraje testamentario, señalan que *“es este contexto donde, en nuestra opinión, tiene cabida el actual artículo 10 del Proyecto --«arbitraje testamentario»--, pues en la redacción actual está inserto en un Título -intitulado «Del convenio arbitral y sus efectos»-que no le corresponde.”*

Por su parte, la ENMIENDA NUM. 73 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) proponía la siguiente redacción: *«1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, incluidas las controversias que tengan un contenido o naturaleza patrimonial, conforme a Derecho.»*. La justificación de esta redacción, en la que se incluye expresamente *“incluidas las controversias que tengan un contenido o naturaleza patrimonial”*, se encuentra en que *“El contenido del artículo 2.1 del proyecto reitera el del artículo 1 de la Ley de 1988 actualmente vigente, el cual limita el arbitraje a las materias de libre disposición conforme a Derecho”*.

A su juicio, *“Esta definición del ámbito material de aplicación del arbitraje ha dado lugar en la práctica a numerosas dudas sobre la aplicación de esta forma de resolución de los conflictos en materia de derecho de sociedades, de la competencia, de la propiedad intelectual e industrial, ya que alguna doctrina considera que estas materias están reguladas por derecho imperativo sin que las partes tenga libre disposición, por lo cual no es posible resolver la conflictividad por vía del arbitraje.*

El derecho económico o de carácter patrimonial contiene cada vez más normas de carácter imperativo, por lo que el ámbito de aplicación que se propone en el proyecto supone que prácticamente la totalidad de las controversias de carácter patrimonial no puedan someterse al arbitraje. En la misma línea que el Derecho comparado (Alemania; Austria), es conveniente abrir la vía arbitral como solución a las controversias de carácter económico o patrimonial. Además para salvaguardar el peligro que los árbitros apliquen mal el derecho imperativo, se puede prever de forma expresa como un motivo de anulación del laudo la infracción de las normas de derecho imperativo.”

Subsidiariamente el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) planteó la ENMIENDA NUM. 74, que proponía la siguiente redacción:

«1.Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. No podrán ser objeto de arbitraje: a) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición. b) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos. c) Los arbitrajes laborales.»

Esta enmienda sigue la línea de las anteriores, además de ajustarse al informe de la Fiscalía General del Estado, incorporando como novedad la mención a los arbitraje laborales.

En cuanto al contenido del convenio arbitral, el artículo 9.1 NLAB señala que *“El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”*, reproduciendo en gran medida la redacción del artículo 5.1 LAB.

La Sentencia nº 56/2015 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 13 de Julio de 2015, en su fundamento de derecho tercero, es muy clarificadora de cómo ha interpretado la jurisprudencia el artículo 2.1 NLAB tras los 12 años de vigencia de la nueva Ley Arbitral. En la misma podemos leer:

“La controversia surgida y la disponibilidad de la materia: criterios de enjuiciamiento.

Así delimitado el presente motivo de anulación, la Sala tiene que dejar constancia, ante todo, de los parámetros de enjuiciamiento que juzga conformes a Derecho para analizar si se ha sometido a arbitraje una controversia sobre materia de libre disposición, o no.

*Sabido es que **el Legislador español ha establecido el principio general de que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, no adoptando, por tanto, el llamado " criterio patrimonial", que, en expresión máxima del favor arbitrandum , considera arbitrables las pretensiones que tienen un valor pecuniario para las partes o, en otra formulación, los derechos que representen, al menos para una de ellas, un interés que pueda ser traducido en dinero.** El criterio que acepta el Laudo en este punto podrá ser un desiderátum, pero no se adecua, desde luego, a la previsión que a todas luces adopta el art. 2.1 LAB.*

Esto significa que, aunque a diferencia del art. 2.1 de la Ley de Arbitraje de 1988 , la Ley vigente no identifique materias excluidas del arbitraje, sí obliga a tener en cuenta aquellas normas del ordenamiento que definan qué es o qué no es disponible, o que establezcan los límites de la disponibilidad como pautas que se

hayan de utilizar para discernir, en una materia concreta, si es, por disponible, susceptible de arbitraje. Tales normas son, a título de ejemplo, el art. 6.2 CC, el art. 19.1 LEC o, por analogía, el régimen de la transacción. **Sin pretensión alguna de exhaustividad resultan comúnmente aceptados, como límites a la libre disposición - de la que son expresión señera las posibilidades de renuncia, modificación y transmisión de derechos -, el interés y el orden públicos, así como el perjuicio de terceros; las limitaciones o prohibiciones legales por razón de interés general o en evitación del perjuicio de terceros evidenciarían la indisponibilidad de la materia sobre la que recaigan.**

En este punto, resulta de la mayor trascendencia para el caso reparar en que el legislador no habla solo de materia de libre disposición como susceptible de arbitraje; el art. 2.1 LAB pone el acento en " la controversia sobre materias de libre disposición ...". Como ha puesto de relieve la doctrina, y la Sala comparte, la materia concierne especialmente al ámbito del Derecho en el que se integra la relación jurídica causal a que el arbitraje se refiere...; la controversia es algo más: afecta al conflicto y a la posición de las partes respecto del conflicto, en términos dinámicos...; la controversia es lo que es cuando el conflicto aflora. De ahí que se pueda sostener, con pleno fundamento, que, **cuando el legislador refiere la "arbitrabilidad" a la controversia, está situando el momento decisivo para definir la disponibilidad de las partes en el tiempo del conflicto y de la determinación de las pretensiones, más que en el momento en que se inicia la relación causal y, en su caso, se formaliza, al tiempo de ella, el convenio arbitral.**

Importa también traer a colación, en la línea de lo que preveía el art. 2.1.b) LAB de 1988 -" no podrán ser objeto de arbitraje las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición "- que **no cabe considerar disponible una materia, cuando, sometida a arbitraje la decisión acerca de la misma, las consecuencias de éste se hayan de proyectar necesariamente sobre otra materia, relación jurídica o derechos y obligaciones no disponibles.**

Es necesario, asimismo, tener presente que **cuando una materia identificable, en tanto que susceptible de ser considerada unitaria y autónomamente, afecta al interés general y/o su ordenación está informada por principios de orden público, por estar implicados intereses que trascienden la autonomía de la voluntad de las partes -v.gr., sectores o parcelas de sectores intervenidos por su carácter estratégico; v.gr., ordenación de las condiciones mínimas imprescindibles para la efectividad de libertades básicas de la Unión Europea-, se puede sostener que el efecto relativo de los contratos no puede condicionar o modificar la competencia para ni el proceso de control o garantía de cumplimiento de las normas imperativas que regulan el sector, desplazando el desempeño de funciones públicas de supervisión de la observancia del Estado de Derecho en favor de quienes la voluntad contractual tenga a bien pactar.**

*Esta consideración pone de relieve que la indisponibilidad de la materia puede ser cuestión indisociable de la competencia para preservar lo que el Derecho establezca acerca de la misma. Dicho de otro modo: **la atribución de competencia para resolver una controversia puede, en según qué circunstancias, resultar claramente indiciara de la disponibilidad o no de la materia controvertida.***

*En el bien entendido -hoy comúnmente admitido- de que no cabe identificar, sin distinguos ni matices, materia indisponible con presencia de normas imperativas en su ordenación: **no pocas materias son disponibles, perfectamente susceptibles de arbitraje, pese a que aspectos de su ordenación estén regulados por normas imperativas, lo que no excusa el deber de los árbitros de aplicar dichas normas, so pena de infringir el orden público** -v.gr., por todas, la reciente Sentencia de esta Sala nº 23/2015, de 24 de marzo (ROJ STSJ M 3275/2015).*

*Y al contrario, **tampoco cabe postular, con la generalidad con que a veces se hace, que una materia sustancialmente regida por normas imperativas -y se suele citar el Derecho de la Competencia, tras la tan conocida Sentencia Eco Swiss del TJUE (S. 1.6.1999, asunto C-126/1997)- es arbitrable, siendo la única obligación del Tribunal arbitral aplicar el referido ordenamiento imperativo para no incurrir en la causa de anulación del art. 41.1.f) LAB: que el sometimiento a arbitraje signifique disponer del cauce procesal para la elucidación del Derecho no puede servir de excusa, insistimos, con la generalidad con que a veces se pretende -y como de hecho pretende el Laudo impugnado-, para desechar de un modo total y absoluto que la imperatividad de la normativa reguladora de una materia pueda ser indiciaria de su carácter indisponible, y mucho menos para excluir la necesidad de esa ponderación por el propio Tribunal arbitral o por esta Sala, justificando tal exclusión en el deber del árbitro de aplicar dicha normativa... **Ni la presencia de normas imperativas puede conducir al absurdo de reducir el arbitraje al enjuiciamiento de controversias sobre materias reguladas solo por normas dispositivas; ni cabe desvirtuar la previsión legal del art. 2.1 LAB sobre la base de la aplicación por los árbitros de las reglas imperativas, como si con tal subterfugio cupiera convertir en disponible lo que no lo es.*****

Resulta también muy ilustrativa la Sentencia nº 10/2015 de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, de 16 de Enero de 2015, en relación a los contratos de adhesión y su relación con el ámbito consumerista, que tiene el siguiente tenor literal: **“PRIMERO:** Frente a la Sentencia dictada en 22-7-14, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 17 de Granada en Juicio ordinario 629/13, seguido por demanda de Construcciones Flami S.A., frente a BBVA, S.A., sobre nulidad de contrato SWAP, por vicio del consentimiento y reclamación de cantidad se interpuso por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., recurso de apelación, que ha originado el Rollo 524/14 de esta Sala que resolvemos y que articula en base a los siguientes motivos. a): Previo: Cuestión declinatoria formulada de sometimiento de las partes a arbitraje. b) Infracción de los arts. 1261 y ss. del Cc. c) Caducidad de la acción; Infracción del Art. 1301 Cc. d) Convalidación de

contrato. Actos propios de la actora que extinguen la acción de nulidad. e) No existe nulidad del contrato. f) La cancelación anticipada del contrato. Determinación de la indemnización a la otra parte. g) Subsidiaria petición de devolución de lo pagado por la cancelación.

SEGUNDO: Como cuestión previa, se plantea en la alzada, el sometimiento de las partes a arbitraje que fue desestimado por el Auto de 19-7- 13, al entender el Juzgador "a quo" que no se designó el Colegio arbitral al que se someten las partes, por lo que se está ante una cláusula oscura, de un lado. De otro que falta un marco razonable de libertad en la persona del actor ante la predisposición de condiciones en un contrato de adhesión, con desequilibrio importante de las partes. Y finalmente, que el propio tenor literal de la cláusula redactada en el contrato no incluye las cuestiones que afecten a su virtualidad o eficacia. Procede pues, el examen de estas cuestiones, con carácter previo a entrar a conocer, en su caso, del resto de los motivos planteados.

Al respecto, hemos de partir de una consideración previa: **el legislador ha optado por una potenciación de los medios alternativos de resolución de conflictos, de una forma decidida, de lo que es claro exponente la Ley de arbitraje de 2003, lo que ha supuesto una tendencia a ampliar las materias que pueden ser sometidas a tal modo de resolución extrajudicial. Esta nueva ley, al igual que la anterior, ha optado por acometer la regulación de ésta materia con base en el criterio de la disponibilidad de su objeto y así lo explica en su Exposición de Motivos, cuando dice: " basta con establecer que la arbitrariedad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto, por las partes. En principio, son cuestiones arbitrales disponibles", y la recoge expresamente en el art. 2-1º Ley de arbitraje al señalar que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, por lo que, en principio, el objeto del arbitraje es disponible cuando lo son los intereses y derechos en liza, sin que a ello obste la sujeción o normas de carácter imperativo, pues ello tan sólo supone que estas han de ser aplicadas en la solución del conflicto, sean Juzgados a Tribunales ordinarios, o sean Tribunales arbitrales los que hayan de pronunciarse (SAP de Madrid 255/09 o AAP Toledo 83/07). En lo referente a la nulidad del Convenio arbitral por abusivo, el art. 9-2º de la Ley de arbitraje, se remite a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998, cuyo art. 8-2 º únicamente otorga significación a la abusividad de una cláusula cuando el contrato se ha celebrado con un consumidor, como ha manifestado el Tribunal supremo en Sentencias de 16-12-98. Pero es que, además, como dice la SAP de Madrid 110/09, **calificar de abusiva una cláusula general por el mero hecho de contener un pacto arbitral resulta insostenible y poco congruente con la potenciación que de esta figura se ha perseguido por parte del legislador con la Ley 60/2003, de 3 de diciembre, y con el aval que dicha institución ha recibido en la jurisprudencia constitucional. Y es que, aún cuando es cierto que el carácter abusivo de una cláusula de sumisión puede ser apreciado, incluso de oficio, cuando se encuentra inserta en un contrato de adhesión, en el presente supuesto, la parte actora carece de tal cualidad pues****

como ella misma señala en su demanda, (folio 5) el motivo de la contratación del Swap era la mitigación del costo financiero derivado de una posible subida de interés. De manera que **si una sociedad mercantil actúa en el marco de su actividad empresarial, no sólo cuando lleva a cabo los actos propios de su objeto social, sino también cuando desarrolla otras conductas cuya finalidad es propiciar tales actos (STS 15-12-05, 20-12-07), es claro que ayudar a mejorar su financiación se incluye en aquella actividad empresarial y por ello no puede ser calificado de consumidora, sin que a ello obste el que se la tilde de "minorista", de acuerdo con la normativa MIFID, porque dicha condición se limitaría a calificar el alcance de las obligaciones de información de la entidad financiera para con su cliente inversor no profesional y el consiguiente grado de protección de éste, pero sin atribuirle por esa sola circunstancia la condición de consumidor. Además, tachar de oscura la cláusula, como hace el Auto 19-7-13, porque no señala ante qué árbitro se sometieron las partes, es soslayar el contenido del art. 14 de la Ley de arbitraje, que permite que las partes se sometan al arbitraje de una institución.**

Se dice también que la cláusula en cuestión se concreta faltando un "marco razonable de libertad" en la persona del actor ante la predisposición de condiciones en un contrato de adhesión que ocasiona de seguimiento entre las partes. Ya hemos aludido que calificar de abusiva una cláusula general por el mero hecho de contener un pacto arbitral, resulta insostenible y poco congruente en la potenciación de esta figura en la Ley 60/2003. El T.C ha declarado el arbitraje como un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. Es en palabras de la STC 15/89, un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismo objetivos que con la jurisdicción civil.

Finalmente en cuanto a la extensión de la cláusula, (nos remitimos a la estipulación 6ª del contrato), en la que se dice que **"las partes acordamos que los conflictos o controversias que puedan surgir en relación con este contrato marco, su interpretación cumplimiento y ejecución se someterán a arbitraje de derecho..."**Esta Sala, en supuesto similar dijo a propósito del alcance de la cláusula, en Auto de 23-6-14: **"La doctrina mayoritaria de las A. Provinciales, (por ejemplo, entre otras muchas, AP de Bilbao, de 26-9-11, Tenerife de 6-7 y 6-12-10, 5-3 y 20-5-11, Zaragoza, de 12-2-10, Murcia de 15-3-11, Castellón de 25-3-11, Barcelona, de 30-6-11, Lérida de 4-3-11, Oviedo 15-4, 8-5 y 20-6-11, Gijón 2-6-11, Burgos 7-6-11 ...etc.). Se inclina por la estimación de la declinatoria de jurisdicción al haberse sometido las partes al arbitraje, tal y como consta en la correspondiente cláusula arbitral transcrita.**

De un lado, la STS citada por el actor en su escrito de oposición al recurso de 5-9-06, establece que ha de estarse efectivamente a lo pactado como objeto de arbitraje, esto es, a las cuestiones interpretativas que surgieran, y no se incluyó las referidas al cumplimiento o incumplimiento. **Conforme a los arts. 1 y 5 de la Ley de arbitraje, la sumisión a la decisión del árbitro, ha de entenderse como**

decisiva, excluyente y exclusiva, no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones y para ser tenida por eficaz y vinculante es necesario conste debidamente manifestada la voluntad firme e inequívoca de las partes de someter todas o algunas cuestiones que pudieran plantearse en sus relaciones jurídicas a la decisión arbitral (STS de 18-3-02, 20-6-02, 31-5-03 ... Este Tribunal entiende que de la lectura de la citada cláusula arbitral, dados los generales y amplios términos en que está recogida, no cabe excluir la nulidad del contrato como ajena al pacto arbitral, desde el momento en que el objeto de convenio arbitral cuestionado abarca las relaciones contractuales derivadas del contrato suscrito por las partes y las controversias relativas a la interpretación y ejecución de las obligaciones derivadas del citado pacto. Por lo tanto, cabe concluir que si las partes, en uso de su poder de disposición y al amparo de la autonomía de la voluntad han sometido al pacto arbitral, no solo las cuestiones relativas a la ejecución de las obligaciones contractuales, sino también las que afectan a la interpretación del contrato (todo litigio, discrepancia, cuestión o relación resultante de la ejecución o interpretación del presente contrato), debemos concluir que han sometido a arbitraje todas las cuestiones y controversias relativas al contrato, incluidas las referentes a los distintos grados de ineficacia del mismo, entre las que se incluye, obviamente, la nulidad contractual.

De otro lado, como ya hemos adelantado, siendo la cláusula en cuestión manifestación del poder de disposición de las partes en orden a la exclusión de los Organos Jurisdiccionales del Estado, en una materia de derecho disponible, y que, como dice la SAP de Cáceres, de 11-9-13, ha señalado el STC (Sentencia 136/10) la conexión de esa facultad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de manera que el convenio arbitral "es apto para expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación contractual o no contractual", entendemos que el tema debatido y postulado en la demanda de nulidad por vicio del consentimiento, se encuentra dentro del ámbito del pacto arbitral, atendida la generosidad de los términos que contiene.

También, recientemente, en auto de 7-3-14, para otra cláusula de contenido similar a la aquí analizada, ha declarado que "**no cabe tachar de oscuridad la cláusula, que es genérica, no contiene falsedad o excepción alguna y cumple los parámetros del art. 9 de la Ley de arbitraje. Y de tal generalidad y amplitud, ha de deducirse que se incluye en ella, dados sus términos..., la eficacia o ineficacia del mismo y su existencia o inexistencia...**".

Entendemos, a la vista del contenido de la cláusula, que la doctrina reseñada es plenamente aplicable en el supuesto analizado, y por ello el recurso en éste inicial extremo ha de prosperar, sin que proceda el análisis del resto de los motivos, y todo ello sin efectuar condena en las costas de la alzada (art. 398 L.E.C). Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación"

De este modo, identificados objeto y causa, resulta que los requisitos de ambos coinciden, siendo precisa, bajo pena de nulidad, su existencia, su licitud y su determinación²⁸⁶.

3.1.4.3.1.1. Inexistencia

En relación con el objeto del convenio, son tres los aspectos esenciales que conviene tener en cuenta: En primer término, es presupuesto del arbitraje la existencia de un negocio principal, que puede ser o no un contrato; en segundo, ha de determinarse cuál es la relación jurídica singular de dicho negocio sobre la que ha de recaer el arbitraje y, finalmente, cuáles son los puntos concretos que configuran la controversia sometida a los árbitros²⁸⁷. En apoyo de esta tesis podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1952, que dice que *“...en el segundo motivo y queriendo ampararlas bajo la misma rúbrica de que los amigables componedores han resuelto por el laudo puntos no sometidos a su decisión a que alude el segundo de los conceptos contenidos en la causa 3.a del artículo 1.691 de la Ley procesal civil, plantea el recurrente dos diferentes cuestiones: la primera es que como según su parecer la escritura de Compromiso no contiene expresamente las circunstancias del negocio que se ha sometido a la decisión de los amigables componedores, la escritura se halla afecta de nulidad, y lo que los amigables componedores han resuelto no les había sido sometido, precisamente por haber quedado sin determinar esas circunstancias que habrían de contener los puntos discutibles, pero esta argumentación del recurrente es rechazable en absoluto, en primer lugar, porque basta leer la escritura de Compromiso para Convencerse de que **se hallan en ella perfectamente determinados los negocios de los Compromitentes, sus circunstancias y los puntos concretos -inventario, avalúo, liquidación y adjudicación cuya resolución se encomienda a los componedores, Con lo que carece de base la primera afirmación.**»*

La falta de alguno de esos tres presupuestos son determinantes de la inexistencia del objeto del convenio. No obstante, no debemos pensar que estas premisas son fruto de la moderna regulación del arbitraje sino que ya formaban parte de Derecho Romano, tal y como señala FERNANDEZ DE BUJAN, A.²⁸⁸, a quien citamos literalmente: “En relación con el contenido, cabe señalar que los principales aspectos sobre los que versaba el acuerdo de compromiso o convenio arbitral radicaban, como ya ha sido señalado, en:

a) La determinación del objeto de la controversia sometida a arbitraje,

²⁸⁶ Cfr. GARCÍA RUBIO, MARIA PAZ: *El convenio arbitral en la nueva Ley de Arbitraje*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. V, 1988-1989, págs. 85 y ss.

²⁸⁷ También GETE GETE-ALONSO Y CALERA, MARIA DEL CARMEN: *La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de arbitraje*: (acotaciones sobre la configuración del págs. 1037-1040, distingue estas tres categorías.

²⁸⁸ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, ANTONIO.: *Bases romanísticas del arbitraje actual. Análisis de las concordancias entre el Derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 743, Mayo 2014

b) La elección de árbitro o árbitros.

c) El sometimiento de las partes a la decisión de estos sobre el fondo de la controversia y

d) El tiempo y el lugar en que debe realizarse el arbitraje, que constituían asimismo elementos integrantes del contenido del compromiso.

Podía ser objeto de compromiso una controversia concreta entre partes o todas las existentes entre quienes llegan al acuerdo compromisario. A este último supuesto se refieren los textos como *compromissum plenum*²⁸⁹.

Así en D. 4.8.21.6: «Llámase compromiso pleno al que versa sobre asuntos varios controvertidos, dado que se refiere a todas las controversias, pero si se discute sobre una sola, aunque se haya hecho un compromiso pleno, subsisten, sin embargo, las acciones nacidas de las demás causas...». Del texto mencionado cabe deducir que el árbitro deberá decidir sobre todas las discordancias, presentes o futuras, que se deriven de la originaria situación, jurídica o extrajurídica, objeto de controversia, pero ello no implicará que asuma el arbitraje sobre otras controversias futuras que puedan surgir entre las partes, que deberá ser objeto de acuerdo expreso. Así en D. 4.8.46 se establece que no podían ser objeto de compromiso cuestiones futuras ni sobrevenidas al compromiso realizado: «El árbitro puede juzgar sobre los asuntos, cuentas y controversias existentes al tiempo de realizar el compromiso, pero no de las sobrevenidas en un momento posterior»²⁹⁰.

Cabía, por otra parte, la posibilidad de que al árbitro se le encargase por las partes la decisión de diversas controversias que podían, o no, tener algún elemento común entre sí, en cuyo caso era determinante saber si el compromiso era de que dictase sentencia a la vez sobre todos los asuntos pendientes, o no se requería esta exigencia, así en D. 4.8.21.pr: «qué cabe decir en aquellos casos en los que el árbitro fue nombrado para decidir sobre muchas controversias que no tienen nada de común entre sí y dictó sentencia sobre una y no sobre las otras, decaerá entonces como árbitro?..».

El objeto de la controversia constituye, por tanto, uno de los aspectos esenciales del convenio arbitral. En su concreción, la voluntad de las partes se configura como el único elemento determinante, lo que constituye una diferencia relevante con la mecánica propia del juicio ordinario.

²⁸⁹ Acerca de los varios significados de la expresión *compromissum plenum*, vid. En Buhigues, *La solución amistosa de los conflictos en Derecho romano: el arbiter ex compromisso*, Madrid, 1990, págs. 213 y sigs., y el apartado del capítulo primero rubricado como Terminología en materia de arbitraje.

²⁹⁰ La prohibición relativa al conocimiento de cuestiones futuras en el compromiso constituye, asimismo, otro punto en común respecto de la regulación procesal, así en D. 5.1.3.5: «Así como puede estar pendiente la obligación de un fiador, o puede hacerse la fianza para un momento futuro, no puede, por el contrario, quedar pendiente un juicio, así no puede haber juicio antes de que se deba algo».

Así, en el marco del proceso formulario, la fase ante el magistrado concluía con la redacción de un documento, denominado fórmula, en el que se recogían, bajo la supervisión del magistrado con potestad jurisdiccional, los términos del conflicto planteado, la aceptación por las partes de someter la controversia al conocimiento y decisión de uno o varios jueces privados y la resolución del magistrado mediante la que se le ordena al juez que proceda a juzgar, *iussum iudicandi*, al tiempo que le otorga la potestad de absolver o condenar, *potestas absolvendi aut condemnandi*.

Redactada la fórmula, cabría afirmar que daba comienzo el juicio en sentido técnico, que deberá desarrollarse sobre la base y en los estrictos términos contenidos en el documento, fórmula, elaborado, probablemente, por el magistrado en colaboración con las partes.

Los trámites a desarrollar ante el juez privado, investido de la función pública de juzgar, son básicamente, la exposición y defensa de las posiciones de los litigantes, la práctica de la prueba y la sentencia, y se desarrollan, en líneas generales, tanto en el proceso como en el arbitraje, aunque con mayor o menor incidencia de uno u otro principio, según el medio escogido para la resolución de la controversia, conforme a los principios de oralidad, concentración, audiencia, contradicción, dispositivo, de inmediación y de publicidad.

En el marco del arbitraje, el contenido del convenio que es acordado de forma exclusiva por las partes y se materializa en el denominado *compromissum*, fija los límites objetivos del controversia, de los que no podrá apartarse el árbitro en el conocimiento de la causa y en su sentencia, y en cuyo ámbito, eso sí, gozará de una casi total libertad de actuación, superior a la reconocida al juez investido de potestad juzgadora. Así en D. 4.8.32.15: «Deben saber los que ostentan el cargo de árbitro que deben basarse en todos sus extremos en el mismo compromiso, porque ningún árbitro puede ir más allá de lo previsto en el convenio. Así pues, no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre cualquier asunto, sino respecto del que es objeto del compromiso y hasta donde este alcance».

La necesidad de respetar los límites de la controversia fijados en el convenio arbitral y en la fórmula procesal constituyen, por tanto, un rasgo común a ambas técnicas, arbitraje y proceso, de resolución de conflictos. Sin embargo, mientras la conformación del convenio arbitral tiene naturaleza privada, la elaboración del documento procesal, denominado fórmula, en torno al cual se desarrolla el procedimiento ante el juez, se caracteriza por su impronta estatal.

El texto de un compromiso tipo, así uno fechado en el año 590 d.C.²⁹¹, solía contener los siguientes aspectos:

- Identificación de los litigantes.
- Objeto del compromiso, que en este caso consistía en una controversia acerca de la cantidad de dinero a entregar.

²⁹¹ Vid. BERGER, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden*, neudruck Aalen 1965, Leipzig, 1911, págs. 212 y sigs.

- Sumisión expresa de las partes ante el árbitro elegido.
- Juramento.
- Compromiso de las partes de acatamiento de la sentencia arbitral.
- Sanción a la parte que transgreda la resolución arbitral.
- Ratificación del compromiso²⁹².

3.1.4.3.1.1.1. Por falta total o absoluta del negocio principal sobre el que se funda la «res litis»

Se puede deducir del artículo 9.1 NLAB, que exige que las cuestiones litigiosas surjan de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, que la existencia de un negocio principal sobre el que se funda la *res litigiosa* es un *prius* lógico. Si falta, el convenio no sólo es nulo, sino inexistente, como vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1965 [5] (R.A. 3.436) señala que *“a medio del motivo segundo, encauzado en el número 1.0 del artículo 1.692 de la L.E. Civ., en forma harto confusa, se acusa la infracción de los preceptos legales y de la doctrina de las sentencias de esta Sala que se citan, estando encaminado ese motivo a demostrar la inexistencia del pacto arbitral por extinción del contrato, lo que equivale a negar validez y eficacia a la cláusula compromisoria, afirmando el recurrente que al no estimarlo así el Juzgado, con infracción de Ley, indujo a los árbitros para que en el laudo recurrido se verificasen las mismas violaciones legales, por lo que, en opinión del recurrente y conforme a la síntesis que el mismo hace en el párrafo final del motivo comentado, “tanto el Juzgado, al declarar la formalización del laudo, como el Tribunal arbitral, al dictar la resolución que le fue encomendada, infringen los preceptos tantas veces referidos y la doctrina” de las sentencias que se mencionan.»*

3.1.4.3.1.1.2. Por falta de la relación jurídica singular a la que ha de referirse el arbitraje

El artículo 9.1 NLAB, como antes lo hacía el artículo 5.1. LAB, exige la determinación en el convenio de la relación jurídica singular a la que ha de referirse el arbitraje. Como conclusión, podemos señalar, con DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS²⁹³ que si bien la LAB – y por ende la NLAB- no exige determinar la controversia en el convenio, sí habrá de indicarse la relación jurídica de donde pueda surgir, so pena de nulidad. De hecho, en la NLAB la delimitación de la relación jurídica de la que deriva la controversia es aún

²⁹² Vid. BORDONE, «Barbatius Epaphroditus arbiter puteolanus», en *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 1985, 4, págs. 1919-1925, las precisas referencias contenidas en la tabla pompeyana conservada, al árbitro compromisorio, Barbatius, elegido, en torno al año 55 d.C., por los contendientes, dos conocidos hombres de negocios, de común acuerdo, a la hora y el día de la audiencia, al tiempo fijado al árbitro para dictar sentencia, a los testigos.

²⁹³ Cfr. CHILLÓN MEDINA, JOSE MARIA y MERINO MERCHÁN, JOSE FERNANDO. *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 6. & ed., tomo II, Madrid, 1989

mucho más importante que en la LAB, puesto que de la misma dependerá en gran medida el posible carácter internacional del arbitraje²⁹⁴.

3.1.4.3.1.1.3. *Por inexistencia de la controversia*

Como antes decíamos, el objeto del arbitraje, es decir, aquello sobre lo que versa, y su causa, es decir, su por qué jurídico coinciden. El objeto y la causa del convenio es la controversia²⁹⁵, aquellas cuestiones litigiosas entre partes²⁹⁶. La LAB concretó cuál había de ser el concepto y el contenido de la controversia, como tampoco lo hace la NLAB. De ahí que podamos decir con GUASP²⁹⁷ que ha de tratarse de una *res dubia* y así puede ser un conflicto intersubjetivo (conflictos de opiniones o conflictos de voluntades), una controversia de alcance verdaderamente objetivo (el característico conflicto de intereses) o incluso un conflicto de actividades (por existencia de una pretensión y una resistencia de la persona frente a la cual la pretensión se dirige). Por tanto, una controversia en el sentido más amplio²⁹⁸.

La NLAB, como hemos señalado, permite que las cuestiones litigiosas sean presentes o futuras, a diferencia de lo que preveía el artículo 15.1 de la LAB de 1953, según la cual la validez del compromiso exigía la existencia de una controversia pendiente entre, las partes». Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1980 [3] (R.A. 2.398) señala “*como notas caracterizadoras de esta forma de dirimir conflictos: a) que **estos conflictos "inter partes" no han de ser meramente Potenciales, sino actuales, producidos realmente entre ellas; así lo pone de relieve la Ley de 22 diciembre 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho privado, que en su artículo 2, párrafo 2º, excluye de su ámbito la intervención de terceros no para resolver un conflicto pendiente sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente; y **está idea de pendencia de la controversia se reitera en los artículos 15 párrafo 1º y 17, requisito 3º y 12 de la misma, que exige que al celebrarse el contrato de*****

²⁹⁴ “b) que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; c) que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.”

²⁹⁵ O como señalan CHILLÓN MEDINA Y MERINO MERCHÁN, la controversia es *cur debetur*.

²⁹⁶ LORCA NAVARRETE prefiere utilizar la expresión (cuestión litigiosa) a la que otorga un significado distinto al de controversia o contienda, estimando que la primera tiene un contenido mayor que las segundas. (La razón hay que hallarla en las posibilidades que el término ofrece, en ningún modo desdeñables y que posibilitan aglutinar en el arbitraje todas aquellas hipótesis en las que necesariamente no exista una oposición propiamente dicha (y sí "cuestión litigiosa") y en las que podrían enmarcarse las "cuestiones litigiosas" .propias de la llamada jurisdicción voluntaria y, por ello, muy cercanas a la finalidad que persigue el arbitraje, que por propia naturaleza trata de huir del conflicto básicamente institucionalizado.»

²⁹⁷ GUASP, JAIME: Comentarios.....Op cit...

²⁹⁸ *Ibidem*.

compromiso preexista una controversia “específicamente determinada” existente entre los contratantes”

Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1961 dice que “...el primer motivo se apoya en la infracción del artículo 15 de la Ley de arbitraje de 22 de diciembre de 1953, por no existir controversia pendiente entre las partes, lo que conforme al precepto citado determinaría la nulidad del compromiso. **La existencia de una controversia viene acotada por un momento-inicial y otro final. La controversia no existe si no ha surgido; la controversia no existe si se ha extinguido.**”

Del mayor interés es la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1987, en la que se resume, con toda claridad, lo que acabamos de decir, al señalar que “...el primero de los motivos del recurso de nulidad se ampara en el número primero del artículo mil setecientos treinta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil y atribuye al laudo impugnado la tacha de nulidad, fundándola en **“no existir controversia pendiente entre las partes” abundando en que se otorgó el compromiso “sin existir una verdadera y propia controversia pendiente” y sólo para disolver una comunidad de bienes existente entre todos ellos mediante las operaciones de división de las cosas, bienes y derechos comunes**”. Para este motivo, “no es lo mismo hacer la división de la cosa común mediante árbitros o amigables componedores nombrados a voluntad de los partícipes” a que se refiere el artículo cuatrocientos dos del Código Civil, que dar “solución a un conflicto planteado” que contempla el párrafo primero del artículo segundo de la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado. El recurso invoca junto con este precepto citado últimamente, el artículo quince de la misma Ley a tenor del cual “la validez del compromiso exige la existencia de una controversia pendiente entre las partes” y .si la controversia no existe, bien por no haber nacido, bien por haber quedado extinguida mediante sentencia judicial u otro acto jurídico, el compromiso será nulo”. Debe ser desestimado este primer motivo pues siquiera esta Sala haya distinguido entre el arbitraje propiamente dicho en que la controversia constituye la causa del compromiso y la figura afín del arbitrador a que alude el párrafo segundo del citado artículo segundo, en la cual el tercero a la controversia no arbitra, sino sólo interviene para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente, no es cierto que, en el caso que el recurso trae a la consideración de esta Sala falte el conflicto causa del compromiso.»

Según se desprende de los artículos 1.261, 1.271 y 1.273 C.C., el objeto del contrato ha de estar determinado o, al menos, ser susceptible de determinación. Aplicando al convenio arbitral la teoría general de los contratos, tal y como nos señala la Exposición de Motivos de la NLAB, vemos que ya el artículo 12 de la Ley de Arbitraje de 1953 exigía que la controversia estuviera específicamente determinada.

Este requisito ya se había puesto de manifiesto por la Jurisprudencia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1953 [2,3] (R.A. 2.027), que señala que “la Sala sentenciadora desestima la excepción porque la cláusula 10

*del contrato de 12 de enero de 1942 se refiere sólo a los técnicos, no a extremos que interesen a la parte recurrente, pues la reclamación actual presupone la extinción del que, por la cláusula 14, se sometían las partes expresamente a los Tribunales de Justicia de la capital, acuerdo en manifiesta pugna de integral conocimiento alegado en la excepción, y sin que las apreciaciones alegadas por el recurrente haya conseguido obtener que la interpretación referida no sea la adecuada con arreglo a los artículos 1.281 y 1.284 del Código Civil; pues la repetida cláusula alude a incidencias graves, a situaciones difíciles, frases imprecisas cuando la demanda atiende al fondo del contrato y la cláusula 14 de sometimiento a los Tribunales de Granada denota indudablemente que existían aspectos del contrato de que había de conocer la jurisdicción ordinaria; y los términos de las estipulaciones aludidas tanto en sentido literal como en la intención de los contratantes eran los deducidos por la Sala, **para excluir la competencia de los amigables componedores, en el asunto que sólo podía abarcar objetos expresados determinadamente o que por una deducción necesaria de sus palabras, deban reputarse incluidos en los términos de lo convenido; todo lo cual obliga a desestimar el primer motivo del recurso.**»*

La LAB no exigía que las partes determinen la controversia en el convenio o en acuerdos complementarios, aunque no es el supuesto normal, y en su Exposición de Motivos destacaba que *“con la intención de simplificar el procedimiento arbitral propiamente dicho y en línea con lo establecido en otros ordenamientos, se encomienda a los árbitros, en defecto de acuerdo de las partes, la delimitación de la controversia sometida a arbitraje, lo que permitirá descargar a la Administración de Justicia de alguna de las funciones que actualmente tiene encomendadas en la formalización judicial del arbitraje”*²⁹⁹.

No obstante lo anterior, no aparecía en la LAB ningún precepto en que así se previera. Ahora bien, como no se exige a las partes la determinación de la controversia y el Título dedicado a la Intervención jurisdiccional excluye de la formalización judicial del arbitraje cualquier otra cuestión distinta de la del nombramiento de los árbitros, debe concluirse que serán éstos los encargados de la delimitación de la controversia en defecto de acuerdo de las partes³⁰⁰, tal y como ha sucedido en la práctica.

²⁹⁹ Este es un ejemplo más de lo que DE LA OLIVA SANTOS ha llamado «utilitarismo procesal», en su trabajo *Jueces imparciales, fiscales «investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, PPU, Barcelona, 1988, pág. 20: <...utilitarismo judicial, en virtud del cual las reformas procesales se rigen primordialmente (si no de forma exclusiva) por lo que conviene (rectius: lo que se piensa que conviene) o es útil a los órganos jurisdiccionales teniendo en cuenta su situación (o, más bien, lo que se entiende que es su situación) : sus necesidades, posibilidades, limitaciones y conveniencias».

³⁰⁰ Vid. GULLÓN BALLESTEROS: *Algunos problemas que suscita la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988*, en *La Ley*, 1989, tomo II, pág. 1045; NAVARRO PÉREZ, op. cit., pág. 22, manifiesta que: «si el juez no puede delimitar la controversia y si ningún precepto de la ley de 1988 obliga a las partes del convenio arbitral a hacerlo cuando surja, es evidente que entra en la tarea de los árbitros si ello es menester”.

En la NLAB tampoco aparece ningún precepto específicamente dedicado a ello, aunque la interpretación del artículo 4 nos lleva a esa conclusión, pues señala, al fijar las Reglas de interpretación, que *“Cuando una disposición de la presente Ley:*

a) deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión, excepto en el caso previsto en el artículo 34³⁰¹;

b) se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido;

c) se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvencción, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción, excepto en los casos previstos en el literal a) del artículo 31³⁰² y en el literal a) del apartado 2 del artículo 38³⁰³.

Por lo tanto, queda claro que la NLAB no sólo permite a los árbitros que sean éstos, en defecto de acuerdo de las partes al respeto, los que delimiten la controversia, sino que tal delimitación puede ser deferida a una institución arbitral. En apoyo de esta tesis, decir que la Exposición de Motivos de la NLAB señala que *“El artículo 4 contiene una serie de reglas de interpretación, entre las que tienen especial relevancia las que dotan de contenido a las normas legales dispositivas de esta Ley mediante la remisión, por voluntad de las partes, a la de una institución arbitral o al contenido de un reglamento arbitral. Así, la presente Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral, que, por mor*

³⁰¹ Artículo 34 NLAB. Normas aplicables al fondo de la controversia. 1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas. 3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables.

³⁰² Artículo 31. Falta de comparecencia de las partes. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros, a) el demandante no presente su demanda en plazo, los árbitros darán por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión;

³⁰³ Artículo 38. Terminación de las actuaciones. 2. Los árbitros también ordenarán la terminación de las actuaciones cuando: a) el demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y los árbitros le reconozcan un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio;

de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral. En este sentido, la expresión institución arbitral hace referencia a cualquier entidad, centro u organización de las características previstas que tenga un reglamento de arbitraje y, conforme a él, se dedique a la administración de arbitrajes. Pero se precisa que las partes pueden someterse a un concreto reglamento sin encomendar la administración del arbitraje a una institución, en cuyo caso el reglamento arbitral también integra la voluntad de las partes.”

Esta posibilidad de nuestro Derecho, introducida en 1988 y mantenida en 2003, ha sido criticada por MORENO CATENA³⁰⁴, opinión que no compartimos, quien no entiende cómo es posible que los árbitros puedan aceptar su encargo si previamente no está determinada la cuestión litigiosa sometida a su consideración; “deferir a los propios árbitros la delimitación de la controversia no creo que sea la opción que mejor proteja los intereses de las partes, que tal fijación no deba hacerse forzosamente antes de comenzar el proceso arbitral me parece sencillamente inadmisibile. Y, sin embargo, así es.” Encontramos algunas sentencias del Tribunal Supremo en ese sentido negativo, como la de 6 de diciembre de 1941, que declaró nulo un laudo, entre otras razones, por haber, acordado los amigables componedores los límites de la controversia al no estar fijados en el compromiso, señalando que **“la escritura de compromiso ha de contener, precisamente bajo pena de nulidad, el negocio que se somete al fallo arbitral o de amigable composición con expresión de sus circunstancias y no puede estimarse cumplido tal requisito por el hecho de que en la escritura de compromiso de 29 de mayo de 1940 se diga que los otorgantes han decidido comprometer el asunto en amigables componedores para resolver diferencias surgidas a consecuencia del contrato de suministro de leche celebrado en 31 de marzo de 1935, sin expresar ninguna circunstancia que concrete la misión encomendada a los amigables componedores en cuanto a las cuestiones sobre que había de conocer, por lo que debe estimarse que la mencionada escritura de compromiso adolece de vicio de nulidad de todo lo actuado por los amigables componedores, los cuales deben decidir sobre las cuestiones que les sean sometidas, pero por lo mismo que han de serles sometidas no pueden fijarlas por sí mismos construyendo el problema que han de resolver.”** Igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 1953 [3] (R.A. 2.690) declaró la nulidad del laudo porque los árbitros decidieron puntos no sometidos a su decisión, lo cual fue determinado por una falta absoluta de delimitación de la controversia: **“su fundamento básico para dar lugar al recurso de que se trataba como claramente se expone en el tercero de sus considerandos, fue el estimar que no se había sometido concretamente a los amigables componedores ninguna cuestión, limitándose a decir en la**

³⁰⁴ Cfr. MORENO CATENA, VÍCTOR y otros: *Derecho Procesal Civil*, Parte General, 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

escritura de compromiso los otorgantes: que habían decidido comprometer en amigables componedores el asunto para resolver diferencias surgidas a consecuencia del contrato de suministro que entre ellos existía, sin precisar circunstancia alguna que indicara de un modo preciso las cuestiones que habían de resolver y esa total ausencia de cuestiones determinadas a ellos sometidas, condujo de un modo lógico a declarar que los amigables componedores se habían extralimitado en todo lo que resolvieron puesto que nada se había en debida forma sometido a su decisión, y al declararlo así se dio lugar a la casación por estar comprendida la sentencia de que se trataba en la causa contenida en el indicado inciso segundo del número tercero del artículo 1.691 de la ley de trámites.”

Afortunadamente, en la actualidad la falta de determinación de la controversia por las partes en el convenio no dará lugar a su nulidad, porque ello sería totalmente contrario al principio de conservación del arbitraje, que es un elemento básico que cualquier legislación moderna debe ampara y que nuestra jurisprudencia de los últimos 30 años ha venido a consolidar. No obstante, hemos de hacer una serie de precisiones: Si las partes llevaran a efecto tal delimitación, los árbitros no podrán extralimitarse, de tal forma que si el laudo resolviera cuestiones no sometidas a la consideración de los árbitros podría ser declarado nulo al amparo del motivo 4 del artículo 45 LAB, ahora 41.1.c) NLAB, aunque incluso en ese punto la Jurisprudencia ha admitido una cierta flexibilidad en las facultades de los árbitros

Así, la Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1933 [1] (R.A. 1.732) dice que **“si bien es cierto que no pueden trasponer los amigables componedores el límite fijado por la voluntad de las partes al concretarlos el asunto o materia a decidir, no puede condicionarse su actividad por una demasiado ceñida y parcial interpretación del compromiso”**; la de 9 de abril de 1941 [8] (R.A. 497) dice que **“ya que si el compromiso, como la transacción, comprende no sólo lo determinado expresamente en él, sino también lo que por una inducción necesaria de sus palabras deba reputarse comprendido en el mismo, es notorio que los arbitradores estaban autorizados para tomar los acuerdos a que se alude en estos tres motivos de casación, como consecuencia lógica, unos de la adjudicación de la casa que habitan los recurrentes a los herederos de doña Concepción G.G.; y como medio necesario, los otros, para poner fin a las disidencias que motivaron el compromiso y dejar claramente definidos los derechos y obligaciones de las dos partes contratantes»**³⁰⁵; y la de 16 de marzo de 1987 [fil] (R.A. 1.486), que señala que **“sin que ello quiera decir, como con reiteración tiene declarado esta Sala, que los árbitros deban interpretar restrictivamente el contenido de las cláusulas arbitrales, las que deben apreciarse no, aisladamente sino teniendo en cuenta el conjunto de todas ellas, con sus antecedentes, para explicar la finalidad que llevó a las partes al convenio, pues, si bien los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están constreñidos por una exégesis literalista y restrictiva, apartándose de la misión amistosa que se les confió,**

³⁰⁵ En el mismo sentido, D. De 28 de octubre de 1933 (R.A. 436).

resolviendo no sólo las cuestiones consignadas en el compromiso, sino, también, las que deban reputarse comprendidas en el mismo por una inducción necesaria de sus palabras, o que sean consecuencia lógica u obligada de las que se han planteado -sentencias de 4 y 16 de mayo de 1962 (R.A. 2.129 y 2,361) , 23 de mayo de 1967 (R.A. 2.540) , 9 octubre de 1984 (R.A. 4.767) , 13 de junio de 1985 (R.A. 3.110)-, aun cuando ello, como queda dicho, sin ampliar o completar el contrato de compromiso.”

Asimismo, si las partes no hubieran precisado con claridad los límites del litigio, no podrían impugnar el laudo por la vía de nulidad del convenio arbitral (motivo 1 del art. 45 LAB o 41.1.a) NLAB, sino que debieran alegar la posible extralimitación de los árbitros por el motivo 4 del artículo 45 LAB o 41.1.a) NLAB, como sugiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1953, que señala que **“sin más fijación y de los términos que está redactada esa cláusula es imposible determinar, como ya dejaron entrever los componedores cuáles son esos puntos de diferencia que es exclusivamente sobre lo que había de pronunciarse el laudo, y, por tanto, es lógicamente imposible que este Tribunal pueda ahora declarar si hay o no la extralimitación que acusa el recurso por falta de base inicial precisa para la comparación, pues en realidad no consta en parte alguna de modo fehaciente, cuáles fueron las diferencias entre los contratantes sobre los que versaba el compromiso.”**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1988 [f.3] (R.A. 2.212) desestimó un recurso de nulidad basado en la nulidad del compromiso, por falta de determinación de la controversia, por entender que se vulneraba el principio prohibitivo de ir contra los actos propios: **“Sobre estas bases, de las que es preciso partir habida cuenta la construcción del motivo, es evidente que el mismo no puede prosperar, dado que la escritura de compromiso otorgada se acomoda, cual quedó indicado, a lo prevenido en el artículo 17 de la Ley de Arbitraje y no adolece de la imprecisión y falta de claridad que la motivación denuncia, máxime, si por virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la citada Norma, referida escritura constituye un auténtico contrato cuyo contenido ha sido establecido de común acuerdo por todos los intervinientes, entre los cuales se encontraban ahora recurrentes, razón por la cual fundamentar esta motivación en que adolece de imprecisión el compromiso que se somete al fallo arbitral, constituye un ir contra los propios actos, lo cual ha rechazado esta Sala en tal número de resoluciones que no es preciso individualizar.”**

Finalmente, si los árbitros hubieran sido quienes hubieran delimitado la controversia el laudo no podría impugnarse por el motivo de la nulidad del convenio, quedando en la práctica vacía de contenido la hipotética impugnación por el motivo 4 del artículo 45 LAB o 41.1.c) NLAB.

En conclusión, la indeterminación de la controversia no es una causa de nulidad del convenio y, por tanto, los problemas que se derivan de esta falta de delimitación deberán ser tratados al analizar la incongruencia, que se configura como motivo de anulación del artículo 45.4 LAB y 41.1.c) NLAB.

En lo que hace referencia a la responsabilidad de los árbitros en el caso de que haya indeterminación de la controversia, únicamente se podría llegar a producir la misma si, por negligencia grave o por dolo, no llegaran a determinarla o lo hicieran de forma manifiestamente errónea o sesgada a favor de una de las partes.

3.1.4.3.1.1.3.1. Por no haber surgido la relación jurídica

Aunque la NLAB, como decíamos, admite la formalización de un convenio arbitral sobre la base de controversias potenciales, lo cierto es que para que pueda iniciarse el arbitraje será necesario que la controversia haya surgido, pues de otro modo el contrato carece de objeto y, por tanto, es nulo, como vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1953 [3] (R.A. 3.338), que dice que “*de donde se sigue que al estimar la Sala sentenciadora que los requerimientos hechos a la Entidad hoy recurrente para que nombrara por su parte amigable componedor, que en unión del nombrado por la requirente, y un tercero designado de común acuerdo resolvieran las diferencias que entre ellas existían acerca de si debía suspenderse el contrato de arrendamiento y si habían sido incumplidas varias cláusulas fundamentales del mismo era suficiente para determinar el objeto del litigio*».

La Sentencia de Tribunal Supremo de 4 de junio de 1965 [7] (R.A. 3.436) desestimó el recurso, pese a la alegación del recurrente de no existir controversia, al señalar que “*por las mismas razones, no puede prosperar el motivo tercero (al que ya se ha hecho alusión en el anterior razonamiento) en el que se mantiene la tesis de que "tanto el Juzgado como los señores árbitros no debieron dar lugar ni la formalización del laudo ni al pronunciamiento de, éste, y ello –dice sencillamente porque no existía controversia ni cuestión alguna entre las partes*»³⁰⁶

3.1.4.3.1.1.3.2. Por haberse extinguido la relación jurídica

La controversia puede haber quedado extinguida mediante sentencia judicial, arbitraje, transacción u otro acto jurídico.

3.1.4.3.1.1.3.2.1. Cosa juzgada; cosa arbitrada; cosa transigida

Al primer caso parecía referirse a la LAB, con una pésima técnica jurídico-procesal, en su artículo 2.1 a), que excluía del arbitraje «*las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva*³⁰⁷, salvo los aspectos derivados de su ejecución.” En otras palabras, no pueden someterse a arbitraje aquellas controversias que hayan sido juzgadas. En la NLAB, como veíamos, en

³⁰⁶ Vid., igualmente, S. de 11 de octubre de 1990 (R.A.7.594)

³⁰⁷ Vid. MONTERO AROCA, JUAN: *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, AA.VV., Civitas, 1990. Dice que la referencia a resolución judicial firme y definitiva " demuestra, una vez más, que el legislador no conoce lo que es una resolución definitiva o impugnabile, ni lo que es una resolución firme o inimpugnabile, pues en el contexto de este artículo hubiera bastado con decir firme, siendo la palabra definitiva inútil. Es tan elemental que hasta causa sonrojo tener que recordar que una resolución definitiva es aquella contra la que cabe algún recurso, mientras que contra la firme ya no cabe el recurso).

su artículo 2.1 no se recoge ese detalle sino que simplemente se introduce una fórmula general: “1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho”.

Como las cuestiones sobre las que haya recaído una sentencia judicial firme, según el artículo 2.1, a) LAB eran materias excluidas del arbitraje – y lo siguen siendo en la NLAB en virtud del principio de cosa juzgada consagrado en su artículo 43, teóricamente, podrían dar lugar a la nulidad del laudo si hubiera sido objeto del convenio por el motivo número 4 del artículo 45 (puntos no sometibles) en la LAB y del artículo 41.1.c) en la NLAB. Entendemos, sin embargo, que no son propiamente materias sometibles, sino que al haber recaído sentencia firme se ha extinguido la controversia y, por tanto, el convenio es inexistente y el laudo, por consiguiente, impugnabile por el motivo primero del artículo 45 LAB³⁰⁸, que ahora debe leerse como artículo 41.1.a) de la NLAB. Lo anterior es predicable tanto de la cosa arbitrada como de la transigida.

Así se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1964 al manifestar la improcedencia del recurso de nulidad para declarar la nulidad del compromiso por haber sido resuelta la controversia judicialmente: “*Que el cuarto motivo incide en análogo defecto, pues denuncia la violación del artículo 2º de la Ley de Arbitraje, por someter a la decisión del árbitro, puntos que no pueden ser materia de arbitraje, como son las cuestiones determinantes de procedimientos planteados y resueltos por sentencia firme, tema que igualmente alcanza a la validez del compromiso y que tampoco su discusión tiene cabida en el ámbito de este recurso*»³⁰⁹.

En cambio, no se considera extinguida la controversia cuando contra la sentencia que la dirime quepa aún proponer recurso ordinario o extraordinario. En otras palabras, la litispendencia no supone la extinción de las cuestiones litigiosas³¹⁰

³⁰⁸ GARCIA RUBIO parece inclinarse por este criterio al decir que «no existirá, en cambio, controversia si sobre ella ha recaído resolución judicial firme y definitiva.

³⁰⁹ S. de 20 de marzo de 1990 [f.2] (R.A. 1.712) :« y en este orden de cosas es de advertir ya desde el principio, la inestabilidad de la pretensión anulatoria que el recurrente articula con base en la nulidad del compromiso, ya que, tanto la concurrencia, que se dice, en el árbitro de una causa de inhabilidad, como la derivada de haberle sometido puntos no controvertidos por haber sido ya resueltos por decisión judicial firme, (...) y por lo que se refiere a la objeción hecha de sometimiento, a la decisión arbitral, de algún punto ya resuelto jurisdiccionalmente, los propios otorgantes de la escritura de compromiso hicieron la salvedad, en contemplación de tal evento, de que la suspensión de los procedimientos litigiosos en marcha, a que se comprometieron, había de hacerse "sin perjuicio de que lo actuado hasta la fecha mantenga su plena efectividad" quedando, con ello, a salvo, también este otro particular en que el recurrente intenta apoyarse para enfrentar el laudo al que, en su día, voluntariamente se sometió.

³¹⁰ La posibilidad de someter pleitos pendientes a arbitraje ya se reconoció en Las Partidas (3,4,23, Quantas maneras son de jueces de avenencia, e como deben ser puestos»; en la Novísima Recopilación (11,17,4); en la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830 (art. 252); en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (arts. 770 y 819), y en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (art. 487):

Como señala SERRA DOMINGUEZ³¹¹, el artículo 487 de la L.E.C. (redacción originaria) permitía que toda cuestión entre partes, antes o después de deducido en juicio y cualquiera que sea su estado, puede someterse al juicio arbitral. Aunque un sector de la doctrina ha interpretado dicho precepto en el sentido de que el arbitraje podría formalizarse incluso después de haber recaído sentencia firme, -excluyendo así los efectos de la cosa juzgada-, por nuestra parte entendemos, tanto en el marco de la LAB como de la NLAB, totalmente inadmisibles dichas conclusiones, pues, agotada la función jurisdiccional, desaparece el motivo determinante de la actuación de los árbitros.

Únicamente se permitía, sobre la base del artículo 2.1.a) LAB, someter a arbitraje cuestiones pendientes en la primera, en la segunda instancia o en casación, puesto que la controversia no se ha extinguido, conclusión que defendemos igualmente para la NLAB., puesto que la materia ejecutoria sí puede ser sometida a arbitraje para favorecer el cumplimiento voluntario de las resoluciones judiciales, sin que ello signifique que los árbitros desarrollen actividad ejecutiva de ningún tipo, pues carecen de potestad al respecto.

Si, como dicen el artículo 37 LAB. y el 43 NLAB, el laudo arbitral firme produce “*efectos idénticos a la cosa juzgada*», resulta que tampoco será posible someter a arbitraje, por haberse extinguido, las controversias que hayan sido «arbitradas, como vemos en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1941: “*que la validez de la misma requiera en este aspecto formalidades procesales, da ocasión y lugar a la duda relativa a si el laudo de los amigables componedores constituye sentencia en el propio sentido que determina el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mas a pesar de ello y aunque el procedimiento arbitral y el ordinario difieren notablemente, se ha de reconocer que el laudo, denominado también sentencia por aquella ley adjetiva en sus artículos 833, 834 y 835, entre otros, tiene para las partes, por la virtualidad de los artículos 1.816 y 1.821 del Código Civil y conforme a la reiterada doctrina de esta Sala, fuerza y eficacia iguales a las que asisten a las sentencias ejecutorias recaídas en juicio contradictorio, llevando esto a entender, y así lo tiene dicho también la jurisprudencia repetidamente, que **lo resuelto por los amigables componedores dentro del término y ,de las facultades fijadas para el ejercicio de su jurisdicción por los interesados goza de autoridad de cosa juzgada**»³¹².*

Incluso podría entenderse que la controversia se extinguió por haber sido *transigida*” (art 1.816 C.C.)³¹³, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1931: “.... Que, el Tribunal de instancia igualmente infringió por indebida aplicación el artículo 13 del Real decreto de 21 de diciembre 1925 sobre arrendamientos urbanos, citado en el segundo motivo, porque en el presente caso

³¹¹ Vid. SERRA DOMINGUEZ, MANUEL: *Naturaleza jurídica del arbitraje*. Estudios de Derecho Procesal, 1969.

³¹² Vid., igualmente, S. de 22 de noviembre de 1990 (R.A. 9.016). .86 Según el cual: «la transacción tiene para las partes la autoridad Juzgada...».

³¹³ Según el cual: “la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada...”

*no se trata del cumplimiento de un contrato de arrendamiento, ni de pactos, estipulaciones o condiciones alusivas que en él se hubiesen introducido, sino de una transacción por la que las partes; haciéndose recíprocas concesiones, terminaron mediante la amigable composición la cuestión dudosa que entre ellos existía, novando el contrato de arrendamiento anterior, y como **esa transacción tiene, como quedó dicho, la fuerza y eficacia una sentencia firme la cuestión quedó reducida al cumplimiento de una ejecutoria ya la ley especial por ésta creada, hay que forzosamente estar con preferencia a toda otra legislación**» .*

Hemos querido evitar la utilización de la expresión “cosa juzgada” al referirnos a los efectos, indudablemente semejantes, que producen el laudo y la transacción³¹⁴. La LAB y la NLAB., con una expresión poco feliz, no reconocen directamente al laudo firme los efectos de cosa juzgada (argumento empleado por los jurisdiccionalistas), sino efectos idénticos a la cosa juzgada, es decir, el legislador no ha querido equiparar el laudo a una sentencia judicial en idénticas condiciones.

3.1.4.3.1.1.3.2.2. Otros actos jurídicos

Por último, la extinción de la controversia puede haberse debido a otros actos jurídicos, de los que podemos traer a colación como ejemplo las causas de extinción de las obligaciones contenidas en el artículo 1.156 C.C. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1981 [3] (R.A. 1.143) señala que “*..que los motivos tercero y cuarto, tendentes ambos a la nulidad del laudo el primero de ellos **manteniendo el recurrente que el documento firmado por las partes para liquidar diferencias terminó todas las controversias y, naturalmente no existiendo éstas no tenía validez el laudo según dispone el artículo 15 de la Ley de Arbitraje examen ponderado de los autos y de la escritura; de compromiso para concluir la existencia de muchas e importantes; controversias, por lo que los motivos han de ser desestimados.***»

3.1.4.3.1.2. Ilícitud: Indisponibilidad del objeto

Como ha señalado la doctrina, la exigencia objetiva de licitud se concreta, en el caso del convenio arbitral, en lo que se ha dado en llamar arbitrabilidad de la controversia o idoneidad de la misma para ser objeto de un acuerdo de arbitraje.

³¹⁴ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal..., 1990, tomo II, pág. 426, dice: «33. Pese a la literalidad del artículo 1.816 C.c., consideramos más que dudoso que en un proceso ulterior se puede oponer, con fuerza equivalente a la de la auténtica excepción de cosa juzgada (la cosa transigida), unos pactos transaccionales extrajudiciales. A nuestro entender, es la homologación judicial el elemento que confiere a dichos pactos su especial virtualidad y es en el auto correspondiente donde constará fehacientemente qué proceso o qué procesos se han querido evitar mediante la transacción. Además, sólo la homologación judicial puede convertir en judicialmente indiscutible la transacción misma. Nótese que DE LA OLIVA SANTOS no emplea el término «jurisdiccional), sino «judicial» para referirse a la homologación, lo que nos reafirma en la idea de que la «cosa juzgada» sólo deriva de los pronunciamientos judiciales.

Como decíamos *ut supra*, el artículo 1 LAB permitía la sumisión a arbitraje de materias de libre disposición conforme a derecho, para concretar el artículo 2 las cuestiones que no podían ser objeto de aquél; mientras que la NLAB se limita, en su artículo 2, a señalar que son “*susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho*”, sin precisarlas, con la excepción de los arbitrajes laborales³¹⁵, que en virtud del artículo 1.4 NLAB quedan expresamente excluidos de la NLAB.

Resulta interesante traer aquí a colación las enmiendas las ENMIENDAS NUM. 71 y 72 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU), que propuso la siguiente redacción, con la justificación de mejorar la misma, del artículo 1 de la NLAB: «*1. La presente Ley se aplicará a los arbitrajes si el lugar de estos es el 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.*»; (Nuevo párrafo segundo del apartado 1.) «*Ello no obstante, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, podrán establecer particularidades derivadas de su derecho sustantivo o de las especialidades propias de su organización dentro del marco del régimen jurídico del sistema general de arbitraje que establece esta ley.*»

La justificación para esa redacción del segundo párrafo era que “*Algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Cataluña (artículo 9.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña), tienen competencia exclusiva en materia de normas procesales y de procedimiento administrativo que se deriven de las peculiaridades de su propio derecho sustantivo o de las especialidades de su organización. El arbitraje, como ha declarado de forma reiterada el Tribunal Constitucional, entre otras, la sentencia 15/1989 (FJ 9.b) y 62/1994 (FJ 5), es materia propia de la legislación procesal civil, por lo que es necesario que se reconozca de forma explícita de las Administraciones con un derecho civil propio, como es el caso de Cataluña, para regular las peculiaridades derivadas del propio derecho sustantivo o de las especialidades de su organización.*”

El planteamiento recogido en estas enmiendas, acertadamente rechazadas, abriría la peligrosísima vía, para la seguridad jurídica del arbitraje, íntimamente ligada al éxito de su difusión, de que la materia susceptible de ser arbitrada no fuera igual en todo el territorio español.

Desde un punto de vista doctrinal, la celebración de un convenio que tuviera por objeto materias indisponibles provocaría su nulidad por ilicitud. Si el convenio tuviera por objeto materias susceptibles de arbitraje y, al tiempo, materias o cuestiones excluidas, la impugnación procedería por el número 4 del artículo 45 LAB, y ahora por el artículo 41.1.c) NLAB. El artículo 45.4 LAB y el artículo 41.1.c) afirman que el laudo podrá anularse si los árbitros resuelven sobre puntos que, sometidos a su decisión, no pueden ser objeto de arbitraje. En otras palabras, si las partes someten a arbitraje materias o cuestiones no disponibles, y los árbitros deciden sobre ellas, el laudo será nulo, quedando el régimen jurídico de este

³¹⁵ “4. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley los arbitrajes laborales.”

motivo de anulación reducido al examen de las materias y cuestiones que sí fueran sometidas a arbitraje provocarían la nulidad del laudo.

Ahora bien, es preciso matizar cuatro importantes ideas. La primera de ellas es que este defecto es de tal naturaleza que, incluso si el laudo no fuera impugnado, no producirá efectos por tratarse de un vicio insubsanable³¹⁶. Además, en nuestra opinión, el laudo puede ser declarado nulo de oficio³¹⁷ si, habiendo sido impugnado por las partes, no hubieran invocado este motivo de nulidad.

En segundo lugar, hemos de tener presente que, al igual que sucede en relación con los laudos que resuelven puntos no sometidos, cabe hablar de nulidad parcial, en tanto en cuanto concurren los mismos requisitos, es decir, que se trate de puntos que tengan sustantividad propia y que no aparezcan unidos indisolublemente a otros.

En tercer lugar, hemos de recordar las repercusiones que la existencia de puntos no sometibles puede tener en el convenio arbitral y así hay que distinguir dos situaciones: si el objeto del convenio fuera una materia excluida del arbitraje, el convenio sería nulo (por ilicitud o por inexistencia de la controversia, según los casos), denunciabile al amparo del número 1 del artículo 45 LAB, o por artículo 41.1.a). Si el convenio tuviera por objeto materias susceptibles de arbitraje y, al tiempo, materias o cuestiones excluidas, la impugnación procederá por el número 4 del artículo 45 LAB o por el artículo 41.1.c) NLAB.

En cuarto y último lugar, hay que señalar que la responsabilidad del árbitro no sólo se puede producir por la impugnación del laudo, sino también por haber decidido el árbitro que el convenio versaba sobre materia no arbitrable y haber impedido el desarrollo del procedimiento arbitral.

La LAB modificó el criterio de la Ley de 1953, en cuanto suprimió la referencia a que la materia arbitrable se trate de materias de Derecho privado, para exigir sólo que se trate de materias de la libre disposición de las partes conforme a Derecho. La NLAB mantiene esa misma línea.

Sin embargo, la falta de alusión al Derecho privado ha de ser entendida adecuadamente, pues si bien no es posible establecer una separación absoluta entre el Derecho público y el Derecho privado, tampoco es aceptable la postura de

³¹⁶ Vid. SERRA DOMINGUEZ, MANUEL: *Naturaleza jurídica*.....Op. cit.

³¹⁷ Vid. MARTIN OSTOS, según el cual «pensamos que, oponerse a dicho conocimiento de oficio (lógicamente dependerá del asunto planteado y habrá que distinguir entre los motivos que pertenecen a la libre disposición de las partes y aquellos que afectan a los cimientos del propio sistema jurídico, argumentando que, más tarde, intentar la ejecución, ésta será prácticamente; imposible de practicar. no es admisible dentro de la lógica coherencia de un Estado i; .de Derecho. Una vez más, la libre disponibilidad de las partes a lo largo del proceso civil 'cede ante exigencias de orden jurídico-político fundamentales ».

quienes pretenden identificarlos o niegan toda importancia práctica a su distinción³¹⁸.

Sin ser absolutos, existen rasgos marcados que dan a cada una de estas dos ramas del Derecho una fisonomía propia. En el Derecho privado, basado por lo común en el principio de la autonomía de la voluntad individual, la voluntad de las partes es decisiva para la suerte de las relaciones jurídicas. Por el contrario, en el Derecho público, fundado en principios de orden público, la voluntad individual tiene intervención y eficacia muy restringidas. De lo anterior se derivan las siguientes diferencias: En general, es admisible la renuncia de los derechos reconocidos por el Derecho privado, mientras que no lo es la de los reconocidos por el Derecho público; El Derecho público no puede ser modificado por la voluntad de los particulares, al paso que puede serlo generalmente el Derecho privado, y la restauración del Derecho privado, que haya sido objeto de violación, ha de ser instada por el particular y corresponde a los Tribunales civiles; por el contrario, la defensa de los derechos de carácter público se realiza, por lo común, mediante acciones administrativas o penales.

La LAB y la NLAB han suprimido, acertadamente a nuestro juicio, la referencia al Derecho privado, aunque sea en esta rama del Derecho para cuestiones civiles y mercantiles, donde el arbitraje se desarrolla normalmente, como vemos en la siguiente Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1970 [3] (R.A. 941): *“Que, en el motivo segundo, se postula la nulidad del laudo, en base a lo dispuesto en el número 30 del artículo 1.691 de la Ley procesal, que establece como causa, entre otras, para fundamentar en ella el recurso de casación (ahora de nulidad) cuando la sentencia dictada por los amigables componedores (ahora árbitros de equidad) la de haber resuelto puntos que no fuesen de índole civil, aunque hubieran sido sometidos a su decisión, por las partes, entendiéndolo el recurrente que, las cuestiones planteadas, en este caso, eran de naturaleza mercantil y no civil; no parece que, en el terreno meramente doctrinal, pueda seriamente defenderse la exclusión de tales cuestiones del ámbito del arbitraje, cuando sea cualquiera la opinión que se sustente sobre la independencia y sustantividad del Derecho Mercantil; frente al Civil, es indudable que ambos, integran el Derecho Privado en que se regulan las relaciones jurídicas existentes entre particulares, sean o no comerciantes ya cuyo tenor se establece la posibilidad de acudir al compromiso, para dirimir sus diferencias, de modo extrajudicial y, en el terreno legal, está claro que, las palabras "de índole civil" que emplea el número 30 del artículo 1.691 de la Ley ritaria, no implica la exclusión de las cuestiones mercantiles, puesto que la Ley de 22 diciembre 1953, dice en su exposición de motivos que, la regulación que establece es "a base de una figura única que comprende todos los arbitrajes comunes de Derecho Privado" y que sólo "se dejan fuera de su imperio, todos los arbitrajes que no sean de Derecho Privado" y, en su*

³¹⁸ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. 1.0, Reus, reimpresión de la duodécima edición, revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, Madrid, 1988, pág. 116, a quien seguimos en lo fundamental.

consecuencia, se establece en el artículo 1.0 que "la Ley regula los arbitrajes de Derecho Privado, en sustitución de las normas que a los mismos dedican el C. Civ ., el C. de Com., la L.E. Civ. y disposiciones de igual naturaleza, tanto sobre arbitraje como sobre amigable composición", por lo que **sólo deja fuera de su ámbito, remitiéndolos a sus disposiciones propias, a "los arbitrajes ordenados en prescripciones de Derecho Público, sean internacionales, corporativos, sindicales o de cualquiera otra índole"**, de todo lo que se infiere que, **∴ la Ley especial, rige sólo los arbitrajes de Derecho Privado, pero a todos ellos, sin distinción del matiz civil o mercantil que, revistan las cuestiones que se sometan a decisión** y debiendo entenderse, si , ello se considera necesario, como derogada o modificada y mejor sería decir simplemente que "aclarada" la expresión "de índole civil" que se emplea en el artículo de la Ley procesal, en que se apoya el -motivo, por lo que, el mismo, es inconcuso que carece de todo fundamento y debe ser, como el motivo anterior, desestimado y con ellos , el recurso en su totalidad.»

Es evidente que quedan excluidas las materias penales y administrativas. En materia penal, nos lo ilustra la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1969, que señala que "**la admisión de una querrela criminal para esclarecimiento de una supuesta falsedad de un documento de los presentados para el arbitraje, no altera la naturaleza de las cuestiones a éste sometidas, ni las sustrae a su conocimiento y decisión**, y aunque pueda dar lugar, en su día -si el documento fuese decisivo a la anulación del compromiso, si se acredita que hubo mala fe en su ocultación o retención -art. 13, in fine, de la Ley de Arbitraje Privado-, sin embargo, no constituye causa que pueda autorizar el recurso de nulidad que establece el artículo 30 de dicha Ley, el cual sólo cabe "por los motivos que se establecen en el artículo 1.691, número 3.0, ...de la L.E. Civ ..., cuya enumeración es limitativa»³¹⁹.

En materia administrativa, hemos de traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1966 [1,3, 4, 5] (R.A 3.180), que señala que "el presente recurso de nulidad, se apoya en la causa 3.a del artículo 1.691 de la L.E. Civ., y sostiene que **el laudo impugnado ha decidido sobre una cuestión que no era de índole civil, y sí estrictamente administrativa, por lo cual, a tenor del precepto que invoca, debe ser anulado**.

«CONSIDERANDO: Que **para determinar la verdadera naturaleza de las cuestiones que se sometieron a la decisión del arbitraje, nada mejor que puntualizar cuáles fueron éstas, y para ello basta atenerse a la resolución judicial que las concreta**, en los siguientes términos: " 1.0 Que el arrendamiento de la finca, se refiere a un local destinado a Salón de Fiestas y Jardines de Verano en los que se dan espectáculos denominados variedades; 2.0 Que don Carlos R. -arrendatario-, arrendó dicho local en la creencia de que estaba en condiciones de poder destinarlo a espectáculos con orquesta y baile; 4.0 Que el propietario del local de referencia no consiguió la correspondiente autorización para que el mismo

³¹⁹ Vid. S. de 9 de noviembre de 1953 (R.A. 3.124).

podiera funcionar como local de espectáculos; 5,0 Si al no poder actuar el local arrendado para el fin para el cual se arrendó, debe considerarse rescindido - no el contrato de arrendamiento con devolución del precio satisfecho por el arrendatario; 6,0 Perjuicios que se han irrogado al arrendatario por no haber podido obtener el propietario señor M., la autorización para el funcionamiento del local para el fin a que estaba destinado; y 7.0 Fijación, en su caso, de los perjuicios irrogados a don Carlos R" por los motivos que quedan expuestos" .»

«CDO,: **Que éstas fueron las cuestiones objeto del arbitraje, y el laudo dictado, contemplándolas en su conjunto, las resolvió en el sentido que, en conciencia, creyó procedente, declarando que el arrendador, bien fuese por imperio de lo dispuesto en el artículo 1.554 del C, Civ o bien por haberse así convenido expresa o tácitamente estaba obligado a obtener las correspondientes autorizaciones administrativas para que el local pudiera ser explotado en la misma forma en que venía siéndolo, y que, por haber incumplido esa obligación estimaba resuelto el contrato e imponía al incumplidor la obligación de resarcimiento.**»

«**CONSIDERANDO: Que, por tanto, al resolver el laudo aquellas cuestiones, en la forma que queda expuesto, no resolvió ningún problema de índole administrativa -como podía ser el de determinar cuáles eran las formalidades administrativas que debían cumplirse para obtener la autorización gubernativa precisa para la explotación del local, y el precisar si se habían cumplido en la forma determinada por los Reglamentos sobre Espectáculos, sino que se limitó a examinar y resolver una cuestión meramente civil, consistente en señalar las consecuencias que, para el arrendador, podían derivarse del incumplimiento de la obligación civil, de conseguir la autorización administrativa precisa para que el local pudiera ser explotado en la actividad .para la que se había arrendado**»³²⁰»

Así pues, suprimida la referencia al Derecho privado, se mantiene, en cambio, el requisito de que la materia sometible a arbitraje sea de las que las partes puedan disponer válidamente, como vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1989 [f.6] (R.A. 5.611), que dice que **“la consideración de que pueden ser objeto de compromiso todas aquellas materias de Derecho privado sobre las que las partes puedan disponer válidamente -artículo 14 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 a la que viene sometido el arbitraje que aquí nos ocupa, precepto esencialmente coincidente, por otro lado, con el artículo 10 de la vigente Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988.**»

Se hace, pues, necesario acotar el concepto de disponibilidad. En una primera aproximación, es preciso distinguir la disponibilidad como requisito objetivo de la materia arbitrable, abstractamente considerada, del poder de disposición que sobre dicha materia han de tener las personas concretas que deciden acudir a la institución arbitral, que no es ahora el que debe merecer nuestra atención.

Sin ánimo de exhaustividad, puesto que la NLAB huye de cualquier enumeración cerrada defiriendo a la legislación específica su determinación, podemos ofrecer

³²⁰ Vid. SS. de 20 de junio de 1973 (R.A. 2.576); 10 de diciembre de 1975 .A. 4.363).

una serie de criterios para distinguir las materias o cuestiones disponibles y, por tanto, arbitrables, de las que no lo son.

Así, se ha dicho que el concepto de disponibilidad tiene “como límite general el de las normas de orden público, límite que varía en el tiempo y en el espacio según las necesidades de los países o de las concepciones jurídicas en que se han inspirado los legisladores”³²¹; o que va unido al carácter patrimonial y no personal del objeto de compromiso³²²; o se basa en la idea de la comercialidad del bien³²³, o en el interés privado o público de la materia o cuestión de que se trate³²⁴.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1961 [1] (R.A. 1.855) señala que “*como, según prescribe el artículo 14 de la Ley de Arbitrajes privados, no pueden ser objeto de la expresada jurisdicción paccionada, más cuestiones que las de derecho privado dispositivo, bien se advierte que, de ella quedan excluidas las de derecho necesario, explícitamente sustraídas a la disposición o a la voluntad de las partes sometidas al mismo.*”

Asimismo, concretando más la idea anterior, el Tribunal Supremo ha considerado excluidas del arbitraje todas aquellas materias o cuestiones que deban ventilarse en un proceso especial, como vemos en su sentencia de 7 de julio de 1924 [1,2]: “*Establecido en la L.E.C. un procedimiento especial de carácter sumario para*

³²¹ Vid. CARRERAS LLANSANA, JORGE: Contribución al estudio del arbitraje. Estudios de Derecho Procesal.

³²² Vid. GUASP, JAIME: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*. Aguilar, 1945, pag. 1177: El compromiso exige, pues, en primer término, que verse sobre un objeto del que las partes puedan válidamente disponer. Ahora bien, si se piensa que la categoría de la disponibilidad objetiva, es decir, de la licitud de tráfico jurídico sobre un cierto objeto, suele ser nota distintiva de la índole patrimonial o no patrimonial del mismo, se comprende que la regla fundamental venga formulada en función de dicha patrimonialidad, es decir, consista en principio en la extensión del objeto del compromiso a toda clase de situaciones jurídicas de derecho patrimonial y su exclusión de toda clase de aquellas que carezcan de tal naturaleza».

³²³ Lo que es criticado por DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN en “El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje», en *Anuario de Derecho Civil*, año 1954, página 1166, al decir: «¿Qué quiere decir cuestión disponible? No puede suponer una aplicación del artículo 1.271 del C.c., ni puede ser sinónimo de comercialidad, porque la comercialidad, sobre ser un requisito general de los contratos de innecesaria repetición, hace referencia a las cosas -cosas que están en el comercio-- pero de ningún modo a las cuestiones litigiosas».

³²⁴ DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN sostiene: Una materia -una relación jurídica, una situaciones indisponible cuando está fuera del poder individual, cuando no puede ser modificada ni reglamentada por actos del individuo. Se trata indudablemente de relaciones o situaciones en que el individuo está; en este sentido son relaciones o situaciones privadas, individuales. Los actos del individuo no pueden modificarlas; están únicamente sometidas a la ley. y ello quizá porque se trata de asuntos de interés público que no pueden dejarse al arbitrio privado. Por esta misma razón -su interés público las cuestiones que en su torno puedan plantearse deben someterse a los órganos jurisdiccionales del Estado y no pueden abandonarse a un juicio puramente privado. (...) Indisponibilidad significa esto: exclusión del poder privado por razón del interés público». Este es el sentido de la S. de 10 de abril de 1990 (R.A. 2.711).

el conocimiento de las demandas de desahucio, con exclusión de cualquier otra jurisdicción, y que tiene por finalidad reintegrar al dueño de una finca rápidamente en el ejercicio de sus derechos dominicales, las cuestiones que se susciten sobre cumplimiento de los contratos de arrendamiento que deban ventilarse por los trámites breves del mismo, no pueden someterse a la decisión de amigables componedores porque, tratándose de preceptos de carácter procesal que afectan al interés público en general, no pueden ser sustituidos ni modificados por la voluntad de los particulares.»

«CONSIDERANDO: No se opone a esta doctrina el artículo 487, cuando dice "que toda contestación entre partes se puede someter a amigables componedores", porque esta disposición se refiere a toda clase de juicios declarativos, pero no a los ejecutivos, a los sumarios y sumarísimos, ni a los procedimientos especiales. No es de aplicación en los ejecutivos y procedimientos especiales, por no poder detenerse los embargos cuando procedan; tampoco en el juicio sumario de alimentos provisionales, porque no da espera el derecho a la vida; y en los interdictos y desahucios por precepto categórico de la L.E.C., cuando sienta el principio "de que el conocimiento de estas demandas corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria"³²⁵.

Todos los criterios expuestos tienen un indudable valor interpretativo pero, en nuestra opinión, la idea de la disponibilidad o indisponibilidad de una materia debe ponerse en relación, antes de cualquier otro criterio, con el carácter renunciable o irrenunciable de la misma.

Para precisar más el concepto de disponibilidad, como idoneidad del objeto sometible a arbitraje, hemos de recordar que, en principio, todos los derechos pueden ser renunciados, cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros, tal y como dispone el artículo 6.3 del Código Civil.

Como ha señalado CASTÁN TOBEÑAS³²⁶, "se consideran generalmente como de orden público: las leyes que regulan el estado y capacidad de las personas; las que se refieren a la organización de la propiedad y del crédito territorial, las del Derecho de familia puro y, dentro del de sucesiones, las relativas a las legítimas ya las solemnidades de los testamentos. Pero, en realidad, no es posible llegar en esta materia a fórmulas netas".

La LAB comenzaba estableciendo la condición general de arbitrabilidad para, a renglón seguido, establecer en el artículo 2 las materias o cuestiones que no puedan ser objeto de arbitraje. De este modo, la determinación del objeto del arbitraje se hacía sobre la base de una distinción que opone, por un lado, las materias que deben referirse a sectores del ordenamiento jurídico o, si se quiere, a clases de derechos subjetivos considerados éstos *in genere*, sin atender a situaciones concretas o a personas determinadas y, por otro lado, las cuestiones

³²⁵ CARRERAS LLANSANA y SERRADOMINGUEZ han defendido también este criterio.

³²⁶ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, JOSE: *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. 1.0, Reus, reimpresión de la duodécima edición, revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, Madrid, 1988

que partiendo de la base de que se trata *in genere* de materias incluidas, se refieren a circunstancias especiales, bien de la situación, bien de las personas, con base en las que se realiza la exclusión del arbitraje³²⁷.

Como ha señalado MONTERO AROCA³²⁸, el problema radica en que el intérprete no puede hacer una lista de todas las cuestiones incluidas y excluidas, porque ello le obligaría a repasar todo el Derecho privado, examinando una a una todas las materias imaginables, lo cual, evidentemente, es imposible.

Como índice para determinar las materias indisponibles puede servir el artículo 1.814 C.C., sobre transacción (que era aplicable al compromiso -ex art. 1.821 C.C.-, hoy sin contenido por la disposición derogatoria 3.3 de la LAB.), que impide someter a arbitraje las materias relativas al estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales y alimentos futuros.

Como antes señalábamos, las excepciones que preveía la LAB eran las siguientes:

- a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva
- b) Las materias inseparablemente unidas a otra sobre las que las partes no tengan poder de disposición;
- c) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.
- d) Los arbitrajes laborales³²⁹.

En conclusión, el laudo será nulo si los árbitros deciden puntos no sometidos a arbitraje. La razón de ser o fundamento de este motivo es que los árbitros no pueden hacer lo que a las partes les está vedado y, consecuentemente, aquellos derechos que son irrenunciables³³⁰ y aquellas cuestiones que provocarían el ejercicio de una acción constitutiva necesaria deberán ser hechos valer en el

³²⁷ Cfr. MONTERO AROCA, JUAN: *Comentario.....Op. cit*

³²⁸ *Ibídem*.

³²⁹ Al artículo 2 del Proyecto de Ley de la LAB se presentaron diversas enmiendas que serían rechazadas. Nos interesa, no obstante, destacar la número I, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (P.N. V.), *B.O.C.G.*, núm. 69-5, cit., pág. 18^l, que proponía añadir al final del apartado 4.0 lo siguiente: <I. .y, en general; los establecidos o que se establezcan en normas de Derecho Público para la resolución de las cuestiones derivadas de su aplicación), justificada en una mejora técnica del Proyecto en punto a la delimitación del campo de aplicación y superación de algunas incongruencias del Proyecto. Por su parte, la enmienda núm. 94, presentada por el Sr. Bandrés Molet (Grupo Mixto), *B.O.C.G.*, núm. 69-5, cit., pág. 44, pretendía suprimir el párrafo 4 del artículo 2. Se justificaba en que elaborar una Ley de arbitraje que elimine de su ámbito las cuestiones laborales (entre otras) supone regular sólo un ámbito muy reducido, aunque privilegiado de supuestos, obligando así, una vez más, al ciudadano sencillo a acudir a los Tribunales de Justicia, y con ello, aun procedimiento mucho más largo y por ello más costoso).

³³⁰ Sobre la renunciabilidad de los derechos como fundamento de la disponibilidad, vid. CARRERAS LLANSANA, JORGE: *Contribución.....Op. cit*.

proceso judicial correspondiente. Este es el tenor que se recoge en la sentencia de 27 de enero de 1953 del Tribunal Supremo, que señala que **“entre los asuntos de índole civil a que alude el número 3.0 del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se hallan, indudablemente, comprendidos, según se deduce del -artículo 487 de la misma Ley todos los de derecho privado correspondientes a la esfera de la jurisdicción de los Tribunales civiles»**³³¹.

Como antes señalábamos, la NLAB, en su artículo 2 establece que *“son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho”*, y con la excepción de la expresa prohibición de la materia laboral, remite a esta fórmula general que exige de su concreción en cada momento a tenor del derecho positivo vigente. En la Exposición de motivos de la NLAB, en relación a este planteamiento, leemos que *“El artículo 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta Ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales.”*

Igualmente va un paso más allá la NLAB con respecto a la LAB, puesto que como se señala en la Exposición de Motivos, *“respecto de las materias objeto de arbitraje se introduce también la regla, para el arbitraje internacional, de que los Estados y entes dependientes de ellos no puedan hacer valer las prerrogativas de su ordenamiento jurídico. Se pretende con ello que, a estos efectos, el Estado sea tratado exactamente igual que un particular”*. Tal es el sentido del artículo 2.2, que señala 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”*.

Por lo tanto, la NLAB nos obliga, para determinar la materia indisponible de cara al arbitraje configurado en la misma, a realizar un análisis del derecho español vigente. Esta solución legislativa fue ampliamente contestada, como podemos comprobar en las siguientes enmiendas, que fueron desestimadas en su totalidad.

Los Senadores de IU (Mixto) propusieron añadir un nuevo apartado 2 (pasando el apartado 2 a 3) con un texto del siguiente tenor: *«2. No podrán ser objeto de arbitraje:*

a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo aspectos derivados de su ejecución. b) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de

³³¹ Vid. S. de 1 de julio de 1963 (R.A. 3.698)

quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.» La justificación para ello fue que “Resulta necesario completar el texto haciendo mención expresa a aquellas cuestiones, si bien disponibles por las partes pero sobre las que ha recaído sentencia firme, bien en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación de quien no puede hacerlo por sí mismo”.

En esta misma línea la ENMIENDA NUM. 29 Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) proponía añadir un nuevo párrafo con la siguiente redacción: *«No podrán ser objeto de arbitraje: a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición c) Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.»*

Como argumento para ello señalaban que *“Tal y como explicita el informe de la Fiscalía General del Estado y una gran parte de la doctrina, es más acorde con el principio de seguridad jurídica citar y delimitar en el proyecto las materias que no pueden reconducirse a una solución arbitral, y entre ellas las que el artículo 2 de la vigente Ley 36/1998 establece.”*

La ENMIENDA NUM. 40 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) y la ENMIENDA NUM. 56 del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) coinciden plenamente con la anterior, con la diferencia de que propone adicionalmente añadir el siguiente párrafo: *“3. También será válido el arbitraje constituido por disposiciones testamentarias para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.”*

Como justificación en relación a la delimitación de la materia arbitrable señalan que *“Todavía hoy imperan demasiadas interrogantes en este ámbito. Sobre todo en lo que a la relación «arbitrabilidad de la materia versus fueros de competencia judicial internacional exclusivos» se refiere. Así por ejemplo, a la luz de la delimitación genérica que hace este artículo del Proyecto, ¿serían susceptibles de ser sometidas a arbitraje las materias previstas en los fueros de competencia judicial internacional exclusivos que regula el Reglamento 44/2001/CE? O, dicho de otro modo, ¿podrían dos personas con residencia habitual en España someter a arbitraje una controversia surgida en torno a un contrato de arrendamiento de un bien inmueble sito en el extranjero, cuando, precisamente, el citado Reglamento comunitario prevé la competencia exclusiva de los tribunales del Estado donde dicho bien está sito? Y, ¿qué ocurriría si ese mismo inmueble estuviere sito en nuestro país? Sea cual fuera la interpretación correcta, lo cierto es que la redacción propuesta en el apartado 1 conlleva un alto grado de inseguridad jurídica, inseguridad que en ningún caso debe mantenerse respecto de las materias que quedan excluidas de la posibilidad de ser sometidas a arbitraje.”*

Por su parte, la ENMIENDA NUM. 73 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) proponía la siguiente redacción: «1.Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, incluidas las controversias que tengan un contenido o naturaleza patrimonial, conforme a Derecho.». La justificación de esta redacción, en la que se incluye expresamente “*incluidas las controversias que tengan un contenido o naturaleza patrimonial*”, se encuentra en que “*El contenido del artículo 2.1 del proyecto reitera el del artículo 1 de la Ley de 1988 actualmente vigente, el cual limita el arbitraje a las materias de libre disposición conforme a Derecho.*”

A su juicio, “*Esta definición del ámbito material de aplicación del arbitraje ha dado lugar en la práctica a numerosas dudas sobre la aplicación de esta forma de resolución de los conflictos en materia de derecho de sociedades, de la competencia, de la propiedad intelectual e industrial, ya que alguna doctrina considera que estas materias están reguladas por derecho imperativo sin que las partes tenga libre disposición, por lo cual no es posible resolver la conflictividad por vía del arbitraje.*”

El derecho económico o de carácter patrimonial contiene cada vez más normas de carácter imperativo, por lo que el ámbito de aplicación que se propone en el proyecto supone que prácticamente la totalidad de las controversias de carácter patrimonial no puedan someterse al arbitraje. En la misma línea que el Derecho comparado (Alemania; Austria), es conveniente abrir la vía arbitral como solución a las controversias de carácter económico o patrimonial. Además para salvaguardar el peligro que los árbitros apliquen mal el derecho imperativo, se puede prever de forma expresa como un motivo de anulación del laudo la infracción de las normas de derecho imperativo.”

Subsidiariamente el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) planteó la ENMIENDA NUM. 74, que proponía la siguiente redacción:

«1.Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. No podrán ser objeto de arbitraje: a) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.

b) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos.

c) Los arbitrajes laborales.»

Esta enmienda sigue la línea de las anteriores, además de ajustarse al informe de la Fiscalía General del Estado, incorporando como novedad la mención a los arbitrajes laborales. En cualquier caso, todas estas redacciones alternativas nos parecen más acertadas que la definitiva recogida en la NLAB, que abre la puerta a una notable inseguridad jurídica, ya que la duda se plantea sobre una materia que vicia de nulidad al laudo, con el problema añadido de no haber un órgano jurisdiccional único para interpretar “lo que es disponible en Derecho” por las

partes, lo que puede conducir a que una misma relación jurídica pueda ser objeto de arbitraje a los ojos de una Audiencia Provincial –ahora de un Tribunal Superior de Justicia- y no a los de otra.

Es fundamental clarificar algo este punto, muy importante para la posible responsabilidad del árbitro, ya que el mismo contrae la obligación de analizar la disponibilidad de la materia objeto de arbitraje y decidir sobre ella, pudiendo llegar a extinguir el procedimiento arbitral, dejando sin efectos el convenio, en el caso de que entendiera que se trata de materia no disponible. En el caso contrario, en el que continuará el procedimiento hasta laudo, la parte que entendiera que concurre la no arbitrabilidad de la materia, podría instar como causa de impugnación, e incluso pudiera ser apreciada de oficio por la Audiencia Provincial en su momento y ahora por el Tribunal Superior de Justicia. De este modo, entendemos que el árbitro sólo incurrirá en una posible responsabilidad cuando haya actuado dolosamente o con grave negligencia, que en este caso se traduce en haber decidido sobre la disponibilidad de la materia objeto del arbitraje ignorando por completo lo expuesto al respecto por la posible legislación, jurisprudencia y/o doctrina existente, cuando esta sea muy clara, tomando una decisión irrazonada y arbitraria. Por contra, cualquier decisión del árbitro que haya implicado la necesidad de una interpretación jurídica, al no existir una previsión obligatoria expresa al respecto, entra de lleno dentro del poder de decisión del árbitro y de su citado “derecho a equivocarse”. En ese sentido, podemos citar a modo de ejemplo la Sentencia nº. 14/2012 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 26 de abril, que dice “... **Excluyéndose como se excluye del ámbito de enjuiciamiento de la acción de anulación la valoración del acierto o desacierto de la decisión arbitral, cualquier intento de convertir el elenco de supuestos fijados en el artículo 41.1 de la LAB en vía adecuada para eliminar supuestas injusticias de fondo contenidas en el laudo dictado está llamado al fracaso. También, ha de insistirse, cuando la justificación alegada fuera la relativa al orden público pues, pese a encontrarnos ante un concepto jurídico indeterminado, su hermenéutica no puede sobrepasar las fronteras de la propia institución.**)

Vamos a continuación a analizar las materias y cuestiones no susceptibles de arbitraje, que siguiendo la NLAB y el tenor de las enmiendas antes comentadas, clasificaremos en cuatro apartados: por ser indisponibles; por haber recaído resolución judicial firme y definitiva; por estar inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición; y porque deba intervenir el Ministerio Fiscal, con arreglo a las Leyes, en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o representación legal, no pueden actuar por sí mismos. Nos referimos, por último, a los arbitrajes laborales que están excluidos del ámbito de la NLAB, como también lo estaban de la LAB.

3.1.4.3.1.2.1 Por ser materias indisponibles

Un tratamiento exhaustivo de las materias indisponibles es una tarea poco menos que imposible y que excedería con mucho de los límites de esta obra. Por ello, admitido que, con carácter general, la disponibilidad tiene su ámbito de aplicación

en el Derecho privado, civil o mercantil, únicamente pasaremos revista a algunos supuestos de materias indisponibles.

3.1.4.3.1.2.1.1. De carácter civil

En este punto vamos a seguir el criterio de clasificación tradicional de personas, cosas, obligaciones, familia y sucesiones.

3.1.4.3.1.2.1.1.1. Personas

El estado civil de las personas, adoptando al respecto un criterio amplio, se caracteriza por estar regulado por normas de carácter imperativo. Según CASTÁN TOBEÑAS³³², las normas del estado civil se caracterizan por estar sustraídas a la disposición individual, de lo cual se deriva que son facultades irrenunciables, que son imprescriptibles (toda vez que están fuera del comercio de los hombres) y que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas.

En consecuencia, son materias indisponibles las relativas a nacionalidad, vecindad, domicilio, ausencia, incapacidad, emancipación. En cambio, sí se pueden someter a arbitraje las consecuencias puramente patrimoniales derivadas del estado civil, como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1944 [1] (R.A. 942) al decir que *“si bien con arreglo al artículo 1.814 de nuestro Código sustantivo no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, **el ámbito de aplicación del indicado precepto no se extiende a las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que del estado civil de persona determinada puedan derivarse, porque tales consecuencias revisten carácter privado y no afectan al orden ni al interés público; de donde se sigue, en cuanto al caso ahora controvertido, que otorgaba la escritura de compromiso con el exclusivo objeto de poner fin a las diferencias existentes entre las herederas de la fallecida doña Soledad R. sobre la respectiva participación en el caudal relicto por dicha señora y por su también finado esposo y decididas en el laudo con arreglo a las normas legales vigentes en Cataluña las cuestiones que atañen al haber de las partícipes en la herencia materna, no cabe estimar que los pronunciamientos dictados con relación a este extremo afectan al estado civil de la testadora, ya que lo decidido en ellos es la participación de cada una de las herederas en el caudal, la forma en que habrá de hacer el pago doña Margarita R. de L. a su hermana doña Soledad y el señalamiento de determinadas garantías de dicho pago establecidas en favor de esta última.”***

3.1.4.3.1.2.1.1.2. Cosas

En el Derecho de cosas, la regla general es la disponibilidad. Según establece el artículo 1.271 C.C., *«pueden ser objeto de Contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres»*. Dice CASTÁN TOBEÑAS³³³ que por razón de la susceptibilidad de apropiación o de tráfico pueden distinguirse las siguientes clases de cosas: *«a) Cosas apropiables que tienen aptitud plena para ser objeto*

³³² Vid. CASTÁN TOBEÑAS, JOSE: *Derecho.....Op. cit.*

³³³ *Ibídem.*

de relaciones jurídicas patrimoniales; b) Cosas inapropiables que carecen de toda idoneidad para ser objeto de derechos privados patrimoniales o sólo tienen, Con respecto a ellos, una susceptibilidad limitada y, correlativa mente, no pueden ser objeto tampoco del derecho de Cosas».

La doctrina científica considera, en concreto, como cosas fuera del comercio y no susceptibles de tráfico, por su naturaleza, las que están sustraídas a la apropiabilidad³³⁴; y por su destino, las Cosas públicas, es decir, de uso o servicio público, y las llamadas de derecho divino (*res diviniuris*).

Las propiedades especiales han planteado tradicionalmente dudas respecto a su arbitrabilidad. Por ejemplo, en materia de propiedad horizontal, admitida, con carácter general, su sometibilidad a arbitraje, se ha cuestionado lo relativo a la impugnación de acuerdos³³⁵.

Por su parte, la Sentencia de 22 de enero de 1972 resolvió un recurso en el que se alegaba que se había resuelto una cuestión no sometible, en relación al arriendo y subarriendo de explotaciones mineras. El Tribunal Supremo declaró que no había lugar al recurso sobre la base de lo siguiente:

*«CONSIDERANDO: Que pronunciado laudo de equidad para resolver las controversias existentes entre la Compañía Minera de Setares, S. A., de una parte, y de otra los señores O. y A., desistido en el acto de la vista el primer motivo de los motivos articulados, procede el examen del segundo, que tiene por fundamento haber resuelto el árbitro puntos que no son de índole civil "por lo que resultan infringidos los artículos 1.609, ap. 3.0, y 487, de la propia Ley procesal" , mas es de advertir que **las cuestiones sometidas a arbitraje se dirigen exclusivamente a solucionar divergencias entre los hoy litigantes, dimanadas de contratos de arrendamiento o subarriendo, las cuales tienen naturaleza estrictamente civil, sin afectar a derechos de carácter público, regulados por la vigente Ley de Minas, que dieron lugar a su resolución por la Administración y determinaran en su caso la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa,** y así el artículo 64 de la expresada Ley de Minas dispone en su artículo 64 que los Tribunales ordinarios conocerán y resolverán las cuestiones que en las minas y concesiones de minas se promovieran entre partes sobre propiedad, participaciones, deuda y demás incidencias civiles, norma legal que reitera el artículo 181 del Reglamento de dicha Ley, sin que el carácter civil de dichas cuestiones esté en contradicción con el artículo 1.0 de la misma, que declara que las sustancias minerales orgánicas cualquiera que sea su estado físico, su origen y forma del yacimiento, cuya explotación requiera la práctica de trabajos con arreglo a técnica minera, son*

³³⁴ Las cosas comunes, como el aire, el agua corriente y el mar.

³³⁵ Cfr. MONTES REYES: *Aplicación del arbitraje de derecho privado a las cuestiones de propiedad horizontal*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1972, págs. 929 y ss.; MUÑOZ GONZÁLEZ, *Protección judicial de la propiedad horizontal*, Montecorvo, S. A., Madrid, 1988, págs. 56-59, 132-134, 187-188; TOMÉ PAULE, Régimen procesal de la Propiedad Horizontal, en *Revista de Derecho Procesal*, 1965, pág. 99.

bienes de la Nación, pues éstas podrán ser explotadas por el Estado directamente o ser cedidas para su explotación a españoles, Sociedades y otras personas jurídicas legalmente constituidas, con lo que deja fuera del ámbito administrativo las relaciones entre éstas, de carácter privado, de afectantes al derecho público, cual ocurre con las que fueron sometidas a decisión por el árbitro de equidad, razones por las cuales debe ser desestimado el motivo que se examina.»

En materia de posesión, entendemos que las cuestiones amparadas por los interdictos quedan excluidas del arbitraje, al tratarse de una cuestión de orden público sustantivo y procesal, pues como señalan CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN³³⁶, por la propia finalidad del juicio posesorio, que no puede concebirse si no es en función de otro juicio, bien sea declarativo, bien sea ejecutivo; porque el artículo 446 C.C. establece el derecho de todo poseedor a ser amparado o restituido en su derecho por los medios de procedimiento que las Leyes establecen; y porque el artículo 1.632 L.E.C.³³⁷ determina que el conocimiento de los interdictos corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria.

De la mayor importancia son los problemas relativos a los arrendamientos urbanos, y es que la legislación arrendaticia, de marcado carácter social, ampara, entre otros, ciertos derechos de naturaleza irrenunciable, lo que supone su exclusión del arbitraje, como vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo 4 de mayo de 1962 [3] (R.A. 2.129), que señala que “.....extralimitaciones por razón de la materia invocables, sólo son las expresamente mencionadas en el número tercero del artículo 1.691 de la Ley procesal, entre las que **no figuran ni el derecho necesario en su conjunto, ni los arrendamientos urbanos, y en todo caso porque aun cuando en la esfera de los arrendamientos urbanos haya abundantes normas de derecho necesario creadoras de derechos subjetivos indisponibles e irrenunciables, ello no significa que la totalidad de la materia tenga ese carácter. pues según el propio artículo 6.0 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, son renunciables todos los derechos, excepto el de la prórroga en beneficio del arrendatario, Y. por otra parte, lo que no cabe es la renuncia previa, pero sí la subsistente, o sea, la que tiene lugar después de adquirido el derecho mediante su incorporación al patrimonio**, y como en el caso de autos, lo fundamentalmente sometido a arbitraje ha sido la concurrencia o no de causas resolutorias, la delimitación del objeto del arrendamiento y la determinación de las rentas e indemnizaciones, es claro que ni se ha renunciado a ningún derecho irrenunciable, ni se ha entregado su definición a los árbitros, habiéndose concertado el contrato definitivo de arbitraje muchos años después de hallarse en vigor los contratos de arrendamiento y de haber adquirido los derechos derivados de aquéllos, sin que

³³⁶ Cfr. CHILLÓN MEDINA, JOSE MARIA y MERINO MERCHÁN, JOSE FERNANDO. *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 6. & ed., tomo II, Madrid, 1989

³³⁷ La referencia de los citados autores venía hecha a la antigua LEC, pero permanece vigente lo dispuesto en el citado artículo

sea de aplicación el artículo 1.561 y las sentencias que en su interpretación se citan por falta de analogía con el caso de autos»³³⁸.

Junto a la anterior doctrina, que permite la sometibilidad a arbitraje de ciertas cuestiones relacionadas con el arrendamiento urbano, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1962 excluyó del arbitraje, con toda claridad, la acción de desahucio, señalando que “*congruientemente con tales preceptos, la jurisprudencia de esta Sala, tiene declarado a) "Que **tratándose del ejercicio de la acción de desahucio por expiración del plazo contractual, nunca puede ser aplicada la cláusula compromisoria**", según se deduce de la doctrina de este Tribunal, contenida, entre otras, en las sentencias de 5 de abril de 1922. 7 de junio de 1924 y 24 de abril de 1941 (R.A. 509) -sentencia de 21 de marzo de 1950 (R.A. 568)-, y b) **Que el conocimiento de la acción de desahucio, viene atribuido exclusivamente a la jurisdicción ordinaria, por el artículo 1.561 de la Ley Procesal, como una excepción más de las atribuciones conferidas a los árbitros y amigables componedores por el artículo 487 de la citada Ley en relación con el 1.820 del Código Civil -sentencia de 27 de abril de 1954 (R.A. 1.019)-, reiterada en 2 de julio de 1955 (R.A. 2.320) .**»*

«**CONSIDERANDO: Que aunque no existe norma legal alguna que prohíba que se actúen separadamente la pretensión de resolución del contrato de arrendamiento y la pretensión de devolución del objeto arrendado en procesos distintos, sí existe, en cambio, la prohibición de que se sustraiga el conocimiento de cualquiera de ellas, a la jurisdicción ordinaria, ya que el artículo 1.561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil referido, otorga a esta jurisdicción, la exclusividad del conocimiento de los juicios de desahucio, sin permitir que otra jurisdicción conozca de la pretensión meramente resolutoria, más que en los casos en que, de manera expresa así se declara, como acontecía con el artículo 157 de la Ley de 1946 en que defería la declaración de la extinción de la relación laboral, a la jurisdicción especial correspondiente, y dejaba sólo a la ordinaria el conocimiento de la pretensión de devolución mediante el juicio de desahucio, cuyo éxito venía vinculado a aquella otra declaración, y cuyo precepto no ha pasado a la vigente ley**»³³⁹

En cambio, es sometible a arbitraje la decisión de resolución del contrato arrendaticio, como vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1947 [5] (R.A. 1.088), que señala que “*en el tercero se invoca la doctrina de esta Sala sobre improcedencia de amigable composición en juicios de desahucio, inaplicable al caso de autos en que **la cuestión no surgió como derivación de otro juicio, ni la materia resuelta -terminación o subsistencia por prórroga***

³³⁸ Sobre supresión de la prórroga forzosa en los arrendamientos artículo 9 del Real Decreto-Ley 285/1985, de 30 de abril.

³³⁹ En el mismo sentido, SS. de 24 de abril de 1941 (R.A. 509); 21 de marzo”. de 1950 (R.A. 568); 27 de abril de 1954 (R.A. 1.019); 2 de julio de 1955 (R.A.; ,2.320); 4 de marzo de 1959 (R.A. 1.109).

del plazo de arrendamiento cae fuera del ámbito de las facultades declarativas que pueden ser conferidas a los amigables componedores»³⁴⁰

Un caso particular fue el que se recogió en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1989 [f.5] (R.A. 7.894), en que se pretendía la impugnación del laudo por resolver sobre un desahucio que se consideraba materia no sometible. El Tribunal Supremo declaró que, por tratarse de un *contrato complejo*, no había lugar a la estimación del recurso:

*“Ante este planteamiento del motivo, se hace necesario establecer la calificación jurídica que corresponde al contrato suscrito entre el señor E. T .y Exotflora, S.A., pues aunque el mismo es denominado como de arrendamiento por las partes, ha de tenerse en cuenta que, como ha dicho con reiteración la doctrina de esta Sala, **los contratos son lo que son y no lo que los contratantes dicen ser**; de las cláusulas del contrato origen del arbitraje transcritas en la escritura de compromiso formalizada en 11 de noviembre de 1988 por el señor B. y los legales representantes de Exotflora, S. A” se pone de manifiesto la naturaleza compleja del mencionado contrato por el que el señor E. T .cedía a la hoy recurrente Exotflora, el uso de una porción de terreno de su propiedad "para la construcción e instalación de un parque que, una vez terminado, sería abierto al público mediante pago de entrada, para la exhibición de vegetales y animales raros o exóticos" , con la prohibición expresa de destinar la finca cedida a la explotación agraria; el señor E. se reservó la propiedad de la colección de cactáceas de ejemplares rarísimos y de gran valor, ubicadas en el terreno cedido, estableciéndose condiciones sobre la ubicación y cuidado de las plantas, destinadas a mantener la belleza del entorno aumentando el interés y atractivo de la exhibición de pájaros de Exotflora, S. A.; se, estableció que, además de la renta pactada, el señor E. T .o sus herederos percibirían el tres por ciento de determinados ingresos percibidos por Exotflora, S.A., que venía obligada, asimismo a suministrar a aquél agua procedente de la perforación existente en el terreno cedido, siendo gratuitos los primeros 250 metros cúbicos de los suministrados cada año. **Es decir, además de la relación arrendaticia sobre la porción de terreno descrita en el contrato, no sometida a las normas reguladoras de los arrendamientos de fincas rústicas o urbanas contenidas tanto en el Código Civil como en las leyes especiales dado el destino asignado a la finca cedida, las partes convinieron además un contrato de análoga naturaleza al de cuentas en participación definido en el artículo 239 del Código de Comercio por el que el señor E., que aportaba su colección de plantas para su instalación y exhibición en el parque proyectado, recibiría un tres por ciento del precio de las entradas y asimismo se pactó el suministro de agua por Exotflora, S.A., al propietario cedente; todo lo cual está***

³⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1989 [f.6] (R.A. 5.611): «es materia de la libre disposición de todo arrendatario el poder pactar " ...con el arrendador la resolución del contrato de arrendamiento que les une, y, por otro, porque los árbitros se pronunciaron sobre la validez " del referido acuerdo, conforme se les había pedido, una vez que consideraron probado que la arrendataria única del local era la señora P., por , lo que se hallaba plenamente legitimada para pactar con la arrendadora el mencionado acuerdo».

revelando la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que ligaban a las partes que impide incardinarlas en los límites del contrato de arrendamiento; por ello la resolución de este complejo contrato y la consiguiente recuperación de la finca cedida por su propietario no es una cuestión sometida a normas imperativas de orden público que impidan someterlas al juicio de árbitros, ya sean de derecho o de equidad; en consecuencia debe rechazarse este motivo de nulidad al no haber sido infringidos en el laudo dictado los artículos que se invocan por los recurrentes.

3.1.4.3.1.2.1.1.3. Familia

Las normas reguladoras del Derecho de familia, al igual que el Derecho de personas, tienen, por lo general, la consideración de orden público, o, en otras palabras, los derechos de familia son, por lo común, inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles³⁴¹.

Lo anterior significa la no arbitrabilidad de las cuestiones relativas al matrimonio, paternidad, filiación, alimentos futuros³⁴², relaciones paterno-filiales, y tutela.

Dudosos son los aspectos patrimoniales derivados del derecho de familia. Así, CASTÁN TOBEÑAS³⁴³, entre otros, considera que no se pueden transferir ni renunciar las potestades familiares, ni siquiera los derechos patrimoniales que van unidas a ellas. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1986 (R.A. 5.785) desestimó un recurso de nulidad contra un laudo dictado en un arbitraje de equidad, en el que se habían encargado a los árbitros la liquidación de la sociedad de gananciales, de lo cual se puede inferir la arbitrabilidad de estas cuestiones.

3.1.4.3.1.2.1.1.4. Sucesiones

Ya el Derecho Romano admitía el arbitraje testamentario, tal y como señala FERNANDEZ DE BUJAN, A.³⁴⁴: “La conexión entre la materia testamentaria y el arbitraje se manifiesta en los primeros textos legales romanos de los que tenemos noticia. Así ya en la Ley de las XII Tablas, del siglo V a.C., se preveía el

³⁴¹ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. 1.0, Reus, 11.a ed., revisada y puesta al día por García CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1987, págs. 56-57.

³⁴² Así, GARCÍA RUBIO, MARIA PAZ: *El convenio arbitral...* Op. cit, pág. 88, según la cual: «Respecto al derecho de alimentos, la interdicción señalada nunca podrá afectar a aquéllos que posean origen convencional o testamentario, por no hallarse entonces implicado ningún interés superior al de los particulares que los crearon; en cuanto al derecho de alimentos de origen legal, existen disposiciones en el propio C.c. (art. 90) que, en lo referente a la determinación de las prestaciones alimenticias, atribuyen un cierto juego a la autonomía de la voluntad siempre que exista un posterior control judicial, lo cual autoriza a pensar en la viabilidad de convenios arbitrales sobre dicho objeto, siempre que la autoridad judicial pueda pronunciarse sobre si los laudos correspondientes respetan o no la finalidad pretendida por la ley».

³⁴³ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español...* Op. cit.

³⁴⁴ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN A.: *Bases romanísticas...* Op. Cit.

nombramiento de un árbitro por el magistrado, *legis actio per (iudicis) arbitri postulationem*, en los supuestos en los que se planteaba una controversia en la división de una herencia entre coherederos o legatarios³⁴⁵.

Se trataba, en definitiva, de supuestos en los que las partes acudían ante el magistrado ante la existencia de una controversia y este, en atención a la materia y conforme a la previsión legal, y de ahí la denominación de arbitraje legal, procedía al nombramiento no de un juez, sino de un árbitro, que elegido por las partes y convalidado por el magistrado, o bien designado de forma directa por el este, *arbiter datus*, interviene para dar su opinión, sentencia, en determinados tipos de asuntos tipificados en la ley³⁴⁶.

El árbitro, en estos casos, juzgaría con una mayor discrecionalidad que la atribuida al juez ordinario, más próxima a la equidad que a las normas propias del derecho estricto, *stricti iuris*, y la sentencia arbitral, en estos casos, al igual que la judicial, probablemente tendrían carácter ejecutivo.

En época moderna, hemos decir que es admitido el arbitraje testamentario en el artículo 7 LAB³⁴⁷ y en el artículo 10 NLAB³⁴⁸, que señala que “*También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*”, podemos extraer la regla de la sometibilidad a arbitraje de las cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia entre herederos no forzosos o legatarios. Según ALBALADEJO GARCÍA³⁴⁹, “es posible instituir el arbitraje, sin límite, en sucesiones con sólo herederos voluntarios; y en sucesiones con herederos forzosos, únicamente cuando el arbitraje se refiera a resolución de cuestiones no entre ellos o no entre heredero voluntario y forzoso, o cuando se refiera a cuestiones entre sucesores que aun siendo forzosos afecten sólo a la parte que se les deje libremente, es

³⁴⁵ La Ley Licinia estableció, asimismo, la intervención arbitral en la división de cosas comunes, conforme a Instituciones de Gayo, 4.17 a, y es probable que en la fijación de los confines de las fincas se acudiera también a árbitros.

³⁴⁶ Vid., al respecto, en BROGGINI, *Iudex arbiterve* (Köln-Graz, 1957), y FUENTESECA, *Las legis acciones como etapas del proceso romano*. 5. *Postulatio iudicis arbitrive*. AHDE, 1964, págs. 209-233. En opinión de este autor, la petición de árbitro, *postulatio arbitri*, de esta acción de la ley *per iudicis arbitrive postulationem* habría sido el medio idóneo para la sanción de los delitos privados. El demandante, afirmando el hecho delictivo, pediría al pretor el nombramiento de un árbitro para que realizase la estimación del daño, *damni decisio*.

³⁴⁷ “Excepcionalmente, será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”.

³⁴⁸ La ENMIENDA NUM. 44 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) y la ENMIENDA NUM. 59 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) propuso la supresión de este artículo “en coherencia con la enmienda al artículo 2 que introduce un nuevo apartado 3.”, ya que en el mismo se recogía el arbitraje testamentario.

³⁴⁹ Vid. ALBALADEJO, MANUEL: *El Arbitraje Testamentario*. *Actualidad Civil*. Nº 6, semana 5, 11 de febrero de 1990.

decir, tengan percibida su legítima, sin discusión posible, fuera de las cuestiones sometidas a arbitraje”.

Pese a la opinión generalizada de que las legítimas no pueden someterse a arbitraje, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1933 [2,3] (R.A. 436), mantuvo un criterio contrario:

*«CONSIDERANDO: Que conforme a lo preceptuado en el artículo 1.821 en relación con el artículo 1.815, ambos del Código Civil vigente, **en los compromisos lo mismo que en las transacciones, no sólo están comprendidos los objetos expresados en ellos determinado, sino también los que por una inducción necesaria de sus palabras deban reputarse comprendidos en los mismos; y en su virtud, es indudable que facultados los amigables componedores para fijar la cantidad que en concepto de legítima de la herencia del padre de los litigantes correspondía a sus legitimarios, lo estaban así mismo, por natural y lógica inducción para establecer y dejar resueltos todos aquellos extremos que como fundamentales datos, habían de constituir base necesaria para dejar cumplido con meritoria escrupulosidad, la cuestión primordial que a su prudente discreción se sometía, por lo que procede desestimar el primer motivo del recurso:***

*CONSIDERANDO: Que igualmente, deben desestimarse los restantes motivos de casación que con el anteriormente examinado integran el recurso interpuesto por la representación de don R.G ., toda vez que la decisión que por abusiva se impugna en el segundo motivo del recurso, descansa y tiene su fundamento en la resolución recaída sobre el primer extremo del compromiso censurado ya en el precedente Considerando, y en **la razón o causa que informó e inspiró la composición que no fue otro, según reza la escritura de compromiso, que el de evitar un litigio por no estar de acuerdo los otorgantes respecto a la cuantía de la herencia de su padre ni por consiguiente del importe de las legítimas, por lo que, los amigables componedores pudieron dar la amplitud y extensión debidas a la decisión de los extremos concretos a su juicio sometido sin que por ello se excedieran en las facultades que les fueron conferidas, como erróneamente se consigna en el tercer motivo del recurso; siendo evidente la improcedencia del cuarto y último, ya que el laudo, en el extremo a que tal motivo se refiere, no hace más que ratificar y transcribir la declaración concordada y obligatoria de los interesados, estampada en la escritura en que se sometieron al arbitraje a que se contrae esta sentencia.»***

Entendemos, por otra parte, que la declaración de herederos *ab intestato* no es arbitrable. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1946 [1] (R.A. 1.026) ha declarado que “*el primer motivo del recurso en el que, al amparo del número tercero del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del 487 de la propia Ley en el doble sentido de condenarse a los recurrentes en el laudo sin indicar que la condena se verifica como herederos de don Juan B. y de que en otro caso se viene a afirmar el carácter de tales, lo que entraña una decisión sobre materias que no se pueden someter a la*

amigable composición, debe ser desestimado porque, en primer lugar en la escritura aparecen aquéllos como herederos presuntos del expresado don Juan B. con el asentimiento de otra parte y con ese carácter han de entenderse con el repetido laudo, y además porque no es cierto que en éste se les declare herederos abintestato de su padre y, por tanto, es evidente que no se resuelve sobre esta cuestión, que por otra parte tampoco es de las que se refieren al estado civil de las personas, como se pretende, que en ella intervenga el Ministerio Fiscal.»

Tampoco serían puntos sometibles las herencias futuras (ex artículo 1.271.2 C.C.) como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1974 [2] (R.A. 3.218), que señala que “ ***B) En el segundo motivo se alega la violación de los artículos 1.271 y cuarto del C. Civ.: se parte de la renuncia de don Federico, el 22 marzo 1956 y en la misma fecha, los actores y demandados nombran heredero electivo a su hermano don Eduardo que queda gravado por el fideicomiso clásico catalán, sin liboris” .En la misma fecha otorgan la escritura de compromiso, en la que se faculta a los árbitros para constituir fideicomisos, a quien resulte adjudicatario de las fincas principales, en favor de su prole, de sus hermanos y de la prole de éstos; documento al que sigue el laudo de 14 agosto 1956, en el que se instituye una sustitución fideicomisaria, modificando el auto del Juzgado de Primera Instancia de Puigcerdá de 16 junio 1950 que consideraba herederos a todos los hijos del causante, con lo que **quedan establecidas sustituciones fideicomisarias de la herencia, que correspondiera a uno u otro de los hermanos; se incurre así, en violación del artículo 1.271 y cuarto del C. Civ ., lo que viabiliza el motivo pues se trata de herencias futuras sobre las que no cabe celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto es practicar, entre vivos, la división de un caudal. “*****

3.1.4.3.1.2.1.2. De carácter mercantil

Como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1953, las cuestiones mercantiles son de Derecho privado y pueden someterse al juicio de amigables componedores. Dentro de esta materia, tiene especial relevancia la impugnación de acuerdos, que hasta 1998 se consideró excluida del arbitraje, por estar previsto legalmente a tal efecto un proceso especial, como vemos en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1956, que dice que “ ***...la primera cuestión que debe resolverse, es la relativa a la incompetencia de jurisdicción alegada por la entidad demandada invocando el artículo 26 de sus Estatutos fundacionales por virtud del cual deben someterse a juicio de amigables componedores todas las cuestiones que se susciten entre ella y sus accionistas, o entre éstos; pero tal cuestión viene subordinada a la estimación que se haga sobre la validez de la cláusula compromisoria que se invoca, de la que carece en absoluto en cuanto a la materia que ahora se ventila consistente en la impugnación de unos acuerdos de la Junta General de Accionistas para lo cual establece la Ley de 17 de julio de 1951, un procedimiento especial totalmente nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, de derecho necesario por el carácter público y social que lo informa. como la generalidad de los preceptos de dicha ley, y por la naturaleza de los motivos de impugnación a***

que se refiere, esgrimidos en este proceso totalmente sustraídos a la libre disposición de las partes, y en tal concepto, además, excluidos de materias aptas para el arbitraje en cualquiera de sus modalidades. como de manera expresa determina el artículo 14 de la Ley reguladora de la institución de 22 de diciembre de 1953 y en concepto de cláusula compromisaria referida a la materia de que se trata, inválida, sin eficacia a tenor de su primera disposición transitoria; y como la Ley de Sociedades Anónimas, es aplicable a todas las sociedades de esta clase cualquiera que sea el momento de su creación y los Estatutos o Reglamentos sociales que se opongan a ella, se reputarán sin efecto a partir de su publicación -primera disposición transitoria es indudable que aquella cláusula compromisoria en cuanto se quiere hacer valer con el fin de privar de jurisdicción a los Tribunales para conocer. de las impugnaciones que ; se establecen en el artículo 79 de la misma, que es de .lo que se trata, es improcedente y, por tanto, debe desestimarse la excepción de incompetencia alegada y entrar en el fondo del problema discutido»³⁵⁰.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 355/1998 (Sala de lo Civil), de 18 abril, de la que fue ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ, vino a dar un giro radical a este tema, señalando que "...**El problema específico** y, que como tal es esencial en la sentencia de instancia, **es la aplicabilidad del arbitraje y por ende, del convenio arbitral a la impugnación de acuerdos sociales de una sociedad.** El artículo 1 de la Ley 36/1988, de 5 diciembre, de Arbitraje dispone que el objeto del arbitraje deben ser materias de libre disposición, lo que ratifica el artículo 2.1, b). La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia estima que la impugnación de acuerdos sociales no es materia más allá del poder de disposición de los sujetos; dice literalmente: no puede llegar a dejar fuera del ámbito del arbitraje las cuestiones relativas a nulidad de junta da accionista e impugnación de acuerdos sociales adoptados por sociedades puramente capitalistas como las anónimas y en las que no se ventilan, en el fondo, más que los intereses exclusivamente patrimoniales, todo ello respetable y merecedor de la mayor protección pero que, por otra parte, no se ve desamparado o menospreciado por el hecho de permitir que sea resuelto mediante un procedimiento arbitral con todas las garantías. La sentencia de la Audiencia, por el contrario, mantiene que es materia que no es objeto de arbitraje; literalmente la nulidad de juntas generales e impugnación de acuerdos sociales, está sustraída a la posibilidad del convenio de que hablan los artículos 1, 5 y 11 de la citada normativa, ya que los preceptos que regulan el procedimiento para la celebración de las juntas, en las sociedades anónimas están dictados en garantía de los socios accionistas y minorías frente a posibles abusos e irregularidades de los administradores, y desde luego no pueden considerarse «asuntos sociales» de los que habla el artículo 16 de los Estatutos, y rigiéndose por normas de «ius cogens» constituye materia indisponible, según el espíritu que preside en los artículos 1 y 2 letra b) de la Ley 36/1988, pues el desarrollo futuro de las Juntas Generales, con sus normas, sobre convocatoria, constitución, «quórum» o celebración de acuerdos, así como sobre

³⁵⁰ Vid. SS. de 27 de enero de 1968 (R.A. 550); 21 de marzo de 1985 (R.A. 1.193).

representación y obtención de mayorías, son materias regidas por estrictas formalidades legales, tanto de la Ley 17 junio 1951 (RCL 1951\811, 945 y NDL 28531), como la nueva Ley 25 julio 1989 (RCL 1989\1660) sobre Sociedades Anónimas.

La posibilidad de someter a un arbitraje la nulidad de la Junta General y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida por esta Sala en Sentencias de 26 abril 1905 y 9 julio 1907; la Sentencia de 15 octubre 1956 (RJ 1956\3194) cambió el criterio y negó aquella posibilidad, que fue reiterado por las Sentencias de 27 enero 1968 (RJ 1968\550), 21 mayo 1970 (RJ 1970\3584) y 15 octubre 1971 (RJ 1971\3956); actualmente, tras las reformas legales, tanto la legislación de arbitraje como de la societaria, esta Sala debe pronunciarse confirmando la última doctrina o volviendo a la más antigua. Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de «ius cogens» pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989\2737 y RCL 1990\206) que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje.”

A tenor de una jurisprudencia constante, pueden someterse a arbitraje la disolución y liquidación³⁵¹, las cuestiones relativas a los gastos sociales³⁵² y otras controversias³⁵³ entre los socios entre sí o entre éstos y la sociedad, siempre que no afecten a materias de Derecho necesario. En este sentido, citamos la Sentencia Tribunal Supremo núm. 1139/2001 (Sala de lo Civil), de 30 noviembre, de la que fue O'CALLAGHAN MUÑOZ, que señala que “.....tal cláusula estatutaria, antes transcrita, en el sentido de que es verdaderamente el llamado convenio arbitral de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783), de Arbitraje, que constituye la sumisión a arbitraje....Desacierta la misma sentencia cuando afirma que la pretensión ejercitada no se incluye en dicha cláusula; sí se incluye porque la cuestión litigiosa consiste en la aplicación de los Estatutos: artículo 4, segundo párrafo, en cuanto a la disolución y artículos 15 y 16 en cuanto a la liquidación; estos dos últimos, incluso, se citan

³⁵¹ SS. de 30 de noviembre de 1961 (R.A. 4.139); 24 de enero de 1969 (R.A. 202); 27 de junio de 1985 (R.A. 3.626); 22 de diciembre de 1986 (R.A. 7.790); 17, de julio de 1989 (R.A. 5.622).

³⁵² Vid. S de 23 de mayo de 1967 (R.A. 2.540)

³⁵³ Vid. S. de 25 de abril de 1975 (R.A. 1.827).

explícitamente en el suplico de la demanda y en el fallo de la sentencia del Juzgado que la Audiencia Provincial confirma. El que la disolución la contempla también el artículo 1705 del Código Civil (LEG 1889, 27), aunque no de forma idéntica al artículo 4 de los Estatutos, no es óbice para afirmar que se está en un caso de disolución, al amparo de dicho artículo 4 y de liquidación, al amparo de los artículos 15 y 16 de los mismos Estatutos.”

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1987 [f. 2, 3,4] (R.A. 1.419) se resolvió un interesante problema planteado por el recurrente que pretendía la nulidad del laudo e incluso del convenio por tratarse de una sociedad estatal. El Tribunal Supremo desestimó el recurso por considerar que los puntos sometidos a arbitraje eran cuestiones mercantiles, siendo indiferente el carácter público o privado de la sociedad, al señalar que *“El único motivo del presente recurso se contrae a la nulidad del laudo e incluso del compromiso del que dimana, por recaer sobre materia sustraída a los arbitrajes de Derecho privado, en virtud de la Ley 7/83, de 29 de junio, de expropiación legislativa, por causa de utilidad pública e interés social de la totalidad de las acciones o participaciones sociales representativas del capital de las Sociedades relacionadas en el Anexo de dicha Ley, sociedades todas ellas integrantes del Grupo R.»*

*«3. En efecto, dicha Ley 7/83, en su artículo 2.0, adjudica el pleno dominio de las acciones expropiadas a la Administración del Estado, y dispone su inmediata toma de posesión por la Dirección General del Patrimonio comportando dicha toma de posesión la asunción por dicho Centro Directivo de todas las facultades de los órganos sociales. Dicha Ley que entró en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (30 junio 1983), según su Disposición Final, incluía en su Anexo al artículo 1.0 la "Hispano Alemana de C., S.A.", afectada por dicha expropiación legislativa, lo que quiere decir que si bien su futura regulación habría de hacerse teniendo en cuenta la Ley de Patrimonio del Estado. Texto Articulado aprobado por D. 1.022/1964, de 15 de abril, y concretamente los artículos 1, 2, 3 y 4 de dicha Ley, así como su artículo 41, **dado que las Sociedades mercantiles como la reseñada puesto que tiene un objeto social claro de una actividad industriocomercial como se deduce de su propia denominación, es evidente que en lo que concierne a esta actividad, dentro de lo que constituya el tráfico ordinario y normal de la misma, no ha de verse constreñida por una limitación tan rigorista** y contundente como la establecida ya en el señalado artículo 41, sino que ello viene *reglamentado por el artículo 106 de dicha Ley que se remite a la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, en cuyo artículo 91 se determina que **las empresas nacionales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral, salvo lo establecido en este título y disposiciones especiales aplicables a las mismas.** Con ello, coincide también la propia Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, que en sus artículos 6-1 y 2 reenvía al Derecho mercantil, civil o laboral la regulación de las Sociedades estatales, salvo en las materias en las que les sea aplicable la propia Ley, que en definitiva se refiere a su actividad puramente administrativa, macroeconómica y financiera, como se deduce de sus artículos 87 a 91.»**

«4. En conclusión, como quiera que los extremos sobre los que ha versado el arbitraje de equidad y en definitiva el Laudo emitido por los árbitros, recae sobre materias propias de una actividad mercantil consonante con la específica del objeto social de la empresa expropiada y erigida de esta suerte en Sociedad estatal, no cabe argüir, como se hace en el recurso presente que esté sujeto a una regulación específica y excluyente de la Ley de Arbitrajes privados de 22 de diciembre de 1953, según su artículo 14, de donde se infiere que el único motivo de nulidad esgrimido al amparo del artículo-lo 30 de dicha Ley en relación con el artículo 1.691-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, anterior a su modificación por la Ley 34/1984 dada la fecha de interposición del recurso, no puede prosperar.»

Por lo que respecta a las suspensiones de pagos y a las quiebras, con la regulación de la LAB no había duda, pues excluía la arbitrabilidad de las cuestiones en que interviniera el Ministerio Fiscal como representante. Sin embargo, en la NLAB, según veremos más adelante, la no sometibilidad debe hoy fundarse no en la intervención del Ministerio Fiscal, sino en su carácter indisponible.

CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN³⁵⁴, refiriéndose a la suspensión de pagos, entienden inaceptable el arbitraje privado en estos casos, pues la existencia del principio de la especialidad procesal desplaza en favor del juicio universal cualquier injerencia de figuras foráneas a esa especialidad, aunque, «paradójicamente, tienen lejana similitud con la institución arbitral, en el sentido de que la suspensión de pagos es un procedimiento de eliminación de procesos de ejecución, mientras que el arbitraje es una figura pre y extraprocesal que pretende eliminar del ámbito jurisdiccional todas aquellas controversias que sean susceptibles de ser sometidas al juicio dirimente de terceros por ser materia disponible de las partes interesadas, y en este orden de ideas el arbitraje privado puede evitar tanto un proceso de cognición como de ejecución, siempre que ésta no sea general».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1933 señala que "...el segundo motivo se funda en el párrafo segundo del artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se contrae a "las cuestiones en que, con arreglo a las leyes debe intervenir el Ministerio fiscal " ; y como en los expedientes de suspensión de pagos interviene el Ministerio fiscal por imperativo del artículo 23 de la Ley de 26 de julio de 1922, no estando totalmente cumplido el convenio, el amigable componedor carece de competencia -según el recurrente para decidir las cuestiones que resolvió en su fallo recurrido, motivo que tampoco puede ser estimado, primero, porque la intervención del Ministerio fiscal con arreglo a aquel artículo 23, está aclarada y precisada en la Circular de la Fiscalía de este Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1922, estableciendo como regla general, en su artículo 7.0, "que la actitud" del Ministerio fiscal, a pesar de su carácter de parte, no ha de ser igualmente activa en todos los períodos y actuaciones..., observando

³⁵⁴ Vid. CHILLÓN MEDINA, JOSE MARIA y MERINO MERCHÁN, JOSE FERNANDO. *Sistema de.....Op. cit...*

una prudente abstención en los casos que señala, y concretando en el apartado H del mismo artículo que "no intervendrá el Ministerio fiscal en aquellas cuestiones particulares extrañas al interés público, único que está encargado de proteger, salvo cuando la ley disponga expresamente lo contrario" ; y precisando más, añade en el artículo 8.0: "la vigilancia especial conferida por la ley al Ministerio fiscal, exigirá celo extremado en todo cuanto afecte a la pureza y normalidad del procedimiento" , evidenciándose con todo lo anterior **que las cuestiones objeto de la escritura de compromiso y decididas en el laudo, por no afectar al interés público ni a la pureza del procedimiento, sino únicamente al interés de los litigantes, ya que su objeto cardinal es decidir si el convenio en la suspensión de pagos del Banco obligaba o no al señor M., no son cuestiones comprendidas en el número segundo del artículo 487 de la Ley Procesal; segundo, porque el propio Fiscal de este Supremo Tribunal reconoce y declara en su dictamen emitido al darle vista del presente recurso que está ausente totalmente de la tramitación de la amigable composición, por su carácter netamente particular y privado; y tercero, porque la escritura de compromiso y el laudo no forman parte de la suspensión de pagos y son continuación de procedimientos en los que no aparece interviniera el Ministerio fiscal."**

En relación a las quiebras hemos de traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1964 que señala que "los cuatro motivos del recurso son articulados al amparo del número 3.0 del artículo 1.691 de la L.E. Civ., en relación con el artículo 30 de la Ley de Arbitraje citada, apoyándose , el primero en que el árbitro resolvió cuestiones íntimamente ligadas con el juicio de quiebra de la sociedad "Juan Armiñana y Cía., S.L.", en juicio en que predomina un interés colectivo y que tiene intervención preceptiva el Ministerio Fiscal, y por ende se halla incurso en la excepción del número 2.0 del artículo 487 de la L.E. Civ .».

«**CONSIDERANDO:** Que el referido motivo debe ser rechazado; primero, porque **el árbitro no resolvió cuestión alguna relacionada con el juicio de quiebra**, pues según se desprende de la escritura de compromiso el arbitraje tenía por finalidad zanjar las cuestiones y discrepancias existentes entre los socios de "Juan Armiñana y Cía., S. L.", de éstos: hacia la sociedad inversamente, siendo no el árbitro, sino el también compareciente en la escritura de formalización del compromiso don Ramón T .P ., quien recibió encargo o comisión de lograr buscar la fórmula legal para obtener el levantamiento del estado de quiebra de la sociedad referida comisión si bien preliminar, independiente del contrato o compromiso de arbitraje y; segundo, porque **la intervención del Ministerio Fiscal no es preceptiva en todas las actuaciones del proceso de quiebra, sino únicamente en la pieza de calificación, y el juicio universal de quiebra en tanto no adquiera firmeza el auto que la declara, puede decirse se halla en una fase preliminar o cautelar en la que tanto el quebrado como el instante de la quiebra y ; demás acreedores pueden discutir la procedencia de la reposición, ' sin intervención alguna del Ministerio Fiscal, que no se produce, como queda expuesto, hasta que se forma la pieza de calificación, lo que se realiza después de la firmeza del auto declaratorio de la quiebra, y**

que según se desprende del contenido del propio laudo, no llegó a tener lugar, por lo que el estado procesal que mantenía la quiebra, se hallaba fuera del ámbito en que puede ser necesaria y atribuida su intervención al Ministerio Público, no dándose en consecuencia el supuesto a que hace referencia el número 2.0 del artículo 487 de la ley procesal en que se apoya el motivo»³⁵⁵.

Como señala MERINO MERCHAN³⁵⁶, allanado el camino para el reconocimiento del convenio arbitral intrasocietario, la Ley 11/2011, en su modificación de la NLAB, ha venido a determinar el ámbito del pacto arbitral intraestatutario, dotándole de naturaleza normativa frente a todos. No obstante, conviene formular algunas matizaciones. Empecemos por afirmar que, el convenio arbitral intrasocietario puede incluirse de forma expresa en la escritura de constitución o en los estatutos sociales, y ha de ser inscrito en el Registro Mercantil para alcanzar efectos constitutivos *erga omnes* entre los socios y entre estos y la sociedad. También cabe recoger el convenio arbitral mediante contrato suscrito por los socios, previo a la constitución de la sociedad mercantil. En este caso, al tratarse de un pacto extraestatutario, solo puede afectar a los firmantes y sus causahabientes según imponen los artículos 1257 del Código Civil y 9 Ley de arbitraje, pero no afecta a la sociedad ni a los socios que no lo firmen, como tampoco a los sucesivos socios o a terceros. Esta relativización del pacto arbitral extraestatutario, origina que el convenio produzca plenos efectos intrasocietarios solo si posteriormente se incorpora a los estatutos sociales, pasando a formar parte orgánica de las reglas y normas que regulan la vida corporativa.

La Ley 11/2011, que ha reconocido explícitamente la arbitrabilidad de los conflictos intrasocietarios, dentro de una línea de seguridad y transparencia, exige que, cuando el convenio arbitral se incorpore a los estatutos sociales, se requiera una mayoría legal reforzada; así, el que pasa a ser artículo 11 bis de la Ley 60/2003, establece que «1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. 2. La introducción en los estatutos sociales de un cláusula de sumisión a arbitraje, requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social».

Resuelve así la NLAB una cuestión también muy debatida en torno al régimen de mayorías exigibles, decantándose por una mayoría legal reforzada.

En definitiva, el ámbito objetivo de aplicación del convenio intrasocietario puede concretarse en lo siguiente:

³⁵⁵ Según SERRA DOMINGUEZ, «El proceso arbitral., por lo que respecta a los concursos de acreedores y quiebras, la intervención posible en unos casos, y necesaria en otras, del Ministerio Fiscal excluye que puedan ser objeto de arbitraje. Téngase en cuenta que, si bien esta observación se hizo durante la vigencia la LAB. de 1953, tiene hoy plena aplicabilidad, puesto que el Ministerio Público interviene cuando, en el caso concreto, existen intereses públicos.

³⁵⁶ Vid. MERINO MERCHAN, JOSE FERNANDO: *Configuración del Arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011*. Revista 52, Academia Matritense del Notariado, 17 Diciembre 2013

- 1) La existencia de una voluntad manifestada en los estatutos sociales de someter cualquier litigio intrasocietario a arbitraje (arts. 9.1, 11 bis 1 y 2 LAB, 1261 CC y 28 LSC).
- 2) Que el carácter o contenido patrimonial o no de la controversia ha dejado de ser criterio o parámetro definitivo de referencia para su disponibilidad, siempre que el conflicto pueda redimirse en términos económicamente evaluables.
- 3) Que el convenio arbitral intrasocietario ha de hacerse figurar en los estatutos sociales, con el quórum requerido en el art. 11 bis NLAB
- 4) Si esto no es así, y el convenio arbitral no se hace figurar de la forma requerida en los estatutos sociales, solo producirá efectos, como acuerdo extra o para-estatutario, entre quienes lo pacten, pero no obligará al resto de socios.
- 5) Que la validez y eficacia del convenio arbitral intrasocietario es independiente de los estatutos sociales, y por tanto, separable de ellos. Es precisamente esta autonomía, como ya se sabe, la que otorga poder al árbitro para decidir sobre su propia competencia cuando se planteen por las partes excepciones relativas a la existencia o validez del convenio arbitral intraestatutario (art. 22 LAB).5) Finalmente, la inscripción del convenio arbitral intraestatutario, en el Registro Mercantil, asegura su publicidad convirtiéndolo en norma interna de la sociedad otorgándole eficacia *erga omnes* frente a todos los socios.

Dado los amplios términos en que se manifiesta el art. 11.1 bis NLAB, el convenio arbitral intrasocietario puede desplegar sus efectos respecto a los siguientes sujetos:

- 1) Respecto a los socios fundadores, que son quienes inicialmente manifestaron su consentimiento para someterse a arbitraje, quedan sometidos a los estatutos por ellos aprobados como norma de funcionamiento de la propia sociedad.
- 2) Socios futuros. La incorporación del convenio arbitral en los estatutos sociales y la inscripción de estos en el Registro Mercantil, pasa a formar parte de las normas orgánicas reguladoras que configuran los derechos, deberes y obligaciones propios de la condición de socio, tal como tiene declarado la RDGRN de 19 de febrero de 1998 y STS de 18 de abril de 1998, tantas veces citadas. Por tanto, los socios futuros desde el momento en que adquieran la acción o participación social quedan adheridos a los estatutos sociales dado precisamente el carácter de publicidad registral que alcanza el convenio arbitral intrasocietario, y como los nuevos socios manifiestan su voluntad de aceptar estos estatutos, quedan sometidos al convenio.
- 3) Accionistas que no tengan la condición de socios, por no llevar a cabo la correspondiente inscripción en el Libro de Registro de acciones nominativas, no quedarían afectados por el convenio arbitral inserto en los estatutos de la mercantil hasta tanto no se produzca su inscripción en dicho Libro. El convenio arbitral intraestatutario no puede oponerse a quien aún no tiene la condición de socio por el principio de la relatividad de los negocios jurídicos (art. 1257 CC).

4) Socios que disienten de la introducción del convenio arbitral intrasocietario. A pesar de que se trata de una cuestión polémica, es claro que con la redacción dada al art. 11 bis 2 de Ley de Arbitraje, si el convenio de sumisión a arbitraje ha sido aprobado con el voto favorable de al menos dos tercios de las acciones o de las participaciones, estos quedan obligados al convenio arbitral intraestatutario; más adelante veremos si les asiste o no el derecho de separación.

5) Socios que fueron excluidos de su voto. También quedarían excluidos, en principio, del convenio arbitral, si, posteriormente impugnan los estatutos que recogen el convenio por considerarlos ilegales (vid. SAP Valencia, de 19 de abril de 2000).

6) Socios que niegan su condición de socios. Se está en el supuesto en el que el conflicto recae sobre la propia condición de socio; y, así como el Derecho francés excluye arbitrar tales controversias, el Derecho italiano, creemos que acertadamente, admite la arbitrabilidad de estos conflictos sobre la cualidad o no de socios, dejando la cuestión al árbitro para que decida sobre el conflicto.

7) En cuanto a los administradores de la sociedad, es discutible si quedan o no vinculados por el convenio arbitral. Puede, sin embargo, establecerse la pauta estatutaria de que el arbitraje es de aplicación para resolver los conflictos entre el administrador y la sociedad, si se explicita en los estatutos esta previsión y los administradores al aceptar su nombramiento la aceptan. Este criterio es el mantenido por la RDGRN de 19 de febrero de 1998.

8) Respecto a los liquidadores de la sociedad, puede mantenerse lo mismo que con respecto a los administradores.

9) Los obligacionistas quedan excluidos del convenio arbitral intraestatutario por no ser socios ni accionistas; pero nada impide que el Sindicato de Obligacionistas, incluya el convenio arbitral para solventar las diferencias entre esos últimos.

10) Titulares de derechos reales sobre acciones y/o participaciones, como son los acreedores pignoratios y los usufructuarios, entre otros. Quedarían en principio excluidos ya que guardan la posición de terceros frente a la sociedad, salvo que tuvieran atribuidos los derechos políticos (derecho de asistir y votar y el de información). Debe recordarse que en el caso del usufructo de participaciones o de acciones, la cualidad de socio reside solo en el propietario; por ello solo en el caso de que se cediesen los derechos antes citados podría el usufructuario quedar vinculado al convenio intrasocietario (art. 127 LSC); algo similar puede decirse en cuanto a la prenda de participaciones o de acciones (art. 132 LSC).

11) Los titulares de embargos de participaciones y/o de acciones, no forman parte del convenio arbitral intrasocietario hasta tanto no se produzca la adjudicación final de las mismas, momento en que el acreedor embargante pasa a ser socio y/o accionista de la mercantil.

12) Por lo que se refiere a los auditores, aunque también tienen que aceptar el encargo, ello no significa que queden vinculados a los estatutos sociales, pues guardan con esta una relación profesional o de servicios sociales, y por tanto, están excluidos del convenio arbitral intrasocietario. Otra cuestión es que

tratándose de una relación de servicios profesionales pueda incorporarse a la misma un convenio arbitral.

13) Finalmente, obvio es decir que los terceros ajenos a la sociedad no se encuentran vinculados por el convenio de arbitraje intrasocietario.

El Proyecto de Ley determinaba en su artículo 11 bis.2 que la introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requeriría la unanimidad de todas las acciones o participaciones del capital social. Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto se modificó el criterio de la unanimidad, primero, por el de la mayoría ordinaria y, finalmente, por la del voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social que es como aparece definitivamente en el art. 11 bis.2 de la Ley 11/2011.

Al optar el legislador por esa mayoría cualificada ha impuesto el mismo requisito para las sociedades anónimas y para las limitadas, sin distinguir entre unas y otras. Esto resulta algo sorprendente, porque lo cierto es que la vigente LSC establece mayorías reforzadas diferentes para uno y otro tipo de sociedades. Esta mayoría reforzada es derecho necesario, puede ser agravada pero nunca disminuida. Parece claro que obtener el voto favorable de dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada será mucho más fácil que para las sociedades anónimas.

No se dice nada, en cambio, sobre el hipotético derecho de separación del socio o accionista que vote en contra de la incorporación del convenio arbitral intrasocietario que, como veremos más adelante, puede plantear cuestiones de difícil solución, máxime si en los estatutos sociales no se prevé, de acuerdo con el art. 347.1 LSC, como causa específica de separación distinta a las pre-vistas legalmente (346 LSC). Mejor hubiera sido, desde luego, que la propia Ley de Arbitraje hubiera previsto el derecho de separación, aunque siempre queda abierto el reconocimiento de tal circunstancia por vía estatutaria (art. 347.1 LSC).

Interesa llamar la atención sobre el preocupante papel que juegan notarios y especialmente registradores en el arbitraje intrasocietario. Los fedatarios públicos, por su función de asesoramiento de la legalidad que les obliga a controlar la identidad y capacidad de los otorgantes y la validez del convenio arbitral intrasocietario, habrán de advertir sobre los necesarios requisitos que el mismo ha de tener, poniendo de manifiesto, si procediese, la patología que pueda hacer ineficaz el arbitraje previsto como medio alternativo de la jurisdicción del Estado. Los registradores tienen un papel clave desde el momento en que el Registro Mercantil se constituye en destinatario de la inscripción de convenio arbitral intrasocietario, otorgando a este la publicidad exigida por el CCo y el Reglamento del Registro Mercantil. La inscripción registral del convenio arbitral intrasocietario autoriza al registrador para calificar la legalidad de las formas extrínsecas del documento a inscribir así como la capacidad y legitimación de los otorgantes e incluso de la validez de su contenido (arts. 18.2 CCo y 6 RRM). No podrá, sin embargo, entrar a examinar si el convenio recae sobre materias arbitrables o no, pues esta es una cuestión para la que únicamente es competente el árbitro. En

cuanto a la inscripción del laudo en el Registro Mercantil, el registrador tiene también un importante papel que cumplir como señalan los arts. 155 a 157 RRM, no exento de problemas, como más adelante se indicará.

En conclusión, a juicio de MERINO MERCHAN, y nosotros lo compartimos, después de la Ley 11/2011, prácticamente todo el ámbito societario es susceptible de arbitraje y no solo la impugnación de acuerdos sociales. Veamos, por ello, algunos supuestos.

1) Arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos del consejo de administración. Establece el art. 251.1 LSC, que los administradores podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente, podrán impugnar tales acuerdos los socios que representen un 5 por 100 del capital social desde que tuvieron conocimiento de los mismos y siempre que no hubiera transcurrido un año desde su adopción. Y el apartado 2 de ese mismo precepto LSC recoge que la impugnación se tramitará conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos sociales.

Fácil es deducir de lo anterior que, dentro de los plazos establecidos en el citado artículo, son arbitrables la impugnación de los acuerdos del consejo de administración, cuyos conflictos recaerán fundamentalmente en relación con los deberes de diligencia, lealtad y prohibición de competencia a que se encuentran obligados los administradores (arts. 225 a 230 LSC). Asimismo, los miembros del consejo de administración en sus conflictos por el ejercicio de sus cargos con la sociedad podrán estar sometidos al convenio de arbitraje intrasocietario.

Obviamente no es de aplicación el convenio arbitral intraestatutario a los apoderados, gerentes y directores generales, sin perjuicio de que la relación jurídica que les una con la sociedad pueda incorporar para cada uno de estos supuestos una específica cláusula de arbitraje.

2) Arbitrabilidad y disolución societaria. Pese a que algunas sentencias, incluso posteriores a la citada Sentencia del Tribunal Supremo 18 de abril de 1998, (p. ej., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de febrero de 2001 y la de la Audiencia Provincial de Sevilla de 15 de marzo de 2001), han entendido que la disolución de las sociedades no puede ser objeto del convenio arbitral, por afectar a la propia existencia de la entidad, es evidente que esa errónea y limitativa orientación debe ser superada a la luz del artículo 2.1 NLAB, que ha dado un nuevo enfoque a la disponibilidad arbitral. No obstante, como las causas de disolución son muy variadas y de significados muy distintos, centrándonos en las sociedades anónimas, por ser el ente mercantil paradigmático, se pasa, a continuación, a expresar las diversas hipótesis posibles.

El cumplimiento del término fijado en los estatutos no debe dar lugar a controversia alguna. El plazo es un elemento fundamental de la disciplina social sobre el que todo socio tiene el derecho de contar y que se ha dado a conocer a los terceros como límites de la vida del ente. Si los socios no han procedido a prorrogarlo dentro del tiempo, es decir, antes del vencimiento, la disolución

resultará una consecuencia que se podía conocer y considerar sin discusión. Ahora bien, nada impide que una posible indeterminación o discutido el término del *dies ad quem*, pueda ser sometido a arbitraje.

La conclusión de la empresa que constituya el objeto societario o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social, es susceptible de convenio arbitral. En este caso, puede ocurrir que no haya claridad en la existencia de esta causa de disolución, sobre todo cuando el objeto social es múltiple y está diversificado en las distintas operaciones del giro o tráfico de la empresa. He aquí cómo los socios entre sí y estos con la sociedad, pueden someter al juicio arbitral si hay o no conclusión de la empresa por incumplimiento del objeto social. Ocurre que la doctrina entiende que esta causa no opera de manera mecánica, sino que precisa acuerdo de la Junta que constate la conclusión de la empresa. Esto supone circunscribir el papel del árbitro, en el caso que la Junta constatare la conclusión, a determinar si la Junta se ha reunido de acuerdo con las exigencias legales de convocatoria, quórum y mayoría.

Respecto a la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social las posibilidades del arbitraje, entre los socios, son prácticamente ilimitadas, toda vez que pueden surgir dudas entre ellos acerca del incumplimiento del fin social. Piénsese que la mayoría de los casos de frustración del fin social se debe a desavenencias entre los socios, aunque puede ser originada por los administradores de la sociedad.

En cuanto al supuesto relativo a la disolución como consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, el arbitraje queda circunscrito a una cuestión de hecho o de carácter contable: el examen de los documentos facilitados por los administradores para que, en base a los mismos, resuelva el árbitro si se cumple o no el presupuesto de que haya sido absorbido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social.

La profusa problemática que puede presentarse a propósito de la fusión y escisión de sociedades, es arbitrable. El árbitro decidirá en su caso sobre las controversias que se susciten sobre las bases establecida para la fusión o absorción, así como sobre si se han cumplido o no los requisitos y formalidades previstos en la Ley.

También la disolución, por las causas establecidas en los estatutos sociales, puede ser objeto del pacto de arbitraje entre socios para dilucidar los conflictos entre ellos, sobre si las condiciones estipuladas estatutariamente se han producido o no.

Por tanto, con carácter general, como señala MERINO MERCHAN, puede mantenerse, siguiéndose la argumentación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2001, que la disolución de las sociedades mercantiles es materia perfectamente disponible por las partes y existiendo convenio arbitral intrasocietario, no hay impedimento para que estas cuestiones no puedan resolverse por medio de arbitraje.

3) Arbitrabilidad e impugnación de acuerdos sociales. Esta cuestión que fue tan polémica hasta 1998, con la publicación de la Ley 11/2011, de Reforma de la Ley de Arbitraje, es ya totalmente pacífica, al incorporar en un nuevo apartado 3

del artículo 11 bis NLAB, que: «*Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores, quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral*».

Se despeja así cualquier duda sobre la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales, pero en el bien entendido de que la prescripción contenida en el apartado tercero del art. 11 bis, en el sentido de que podrá encomendarse este tipo de conflictos al arbitraje administrado, no constituye una condición *sine qua non* o de obligado cumplimiento, sino que también podrán someterse estos conflictos al arbitraje *ad hoc*, como se expondrá más adelante. Se comprenderá que tanto ese precepto como la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, pretenden recomendar el arbitraje administrado atendiendo a la mayor garantía que ofrece el arbitraje institucional sobre el arbitraje *ad hoc*; pero no deja de ser una recomendación útil para dar mayor estabilidad a la sociedad y a los socios.

No dice nada la nueva Ley 11/2011 sobre si cabe o no someter a arbitraje de equidad, la impugnación de acuerdos sociales. Esta cuestión tampoco ha sido pacífica dentro de la doctrina, dado el carácter imperativo de algunas normas societarias aplicables a dicha materia. Pero lo cierto es que no se ha establecido ninguna restricción legal que impida incorporar el arbitraje de equidad en los estatutos sociales; y, de hecho, el arbitraje de equidad ha tenido una antigua raigambre y una constante práctica en el Derecho societario. Debe quedar claro que el árbitro de equidad deberá aplicar para solucionar la controversia no solo la *lex artis* sino también cuando se trate de cuestiones de derecho necesario, deberá invocar este tipo de normas en la motivación del laudo, circunstancia a la que, por otra parte, viene siempre obligado si conoce sobre materias en la que sean de aplicación normas imperativas.

4) Arbitrabilidad y responsabilidad social de los administradores. La arbitrabilidad de la responsabilidad de los administradores tiene como objeto la reparación del daño causado por ellos, en el desempeño de sus funciones. Nada se opone, en la medida en que ese daño puede ser patrimonialmente evaluable, por tanto disponible, a que el ejercicio de la acción social de responsabilidad quede desplazado a favor del arbitraje.

La cuestión de la responsabilidad de los administradores es de orden público, lo cual significa, llana y sencillamente, que los estatutos no pueden exonerar de tal responsabilidad. Pero ello no pugna con la posibilidad de someter, a través del convenio arbitral estatutario la citada responsabilidad y sus efectos, dado que no se trata de renunciar a exigir la mencionada responsabilidad; porque si así fuese, sería nulo el arbitraje. De lo que se trata es de hacer valer esa responsabilidad mediante convenio arbitral intraestatutario, impidiendo a los jueces y tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral a propósito de la malicia, abuso de facultades o negligencia grave del administrador; y de la misma manera que la Ley concede acción directa a los socios aislados para reclamar contra los administradores por daños causados a la sociedad, se debe admitir que el

arbitraje puede convertirse en una pieza clave de cara a determinar y exigir la responsabilidad pertinente, dado su carácter confidencial y poco sensacionalista. De manera franca, la doctrina y jurisprudencia francesa e italiana admiten la responsabilidad de los mandatarios y administradores de sociedades mercantiles como objeto del convenio arbitral intrasocietario.

5) Separación y exclusión de socios. El art. 347.1 LSC prevé que los estatutos podrán establecer causas de separación distintas de las previstas en esa Ley (vid. art. 346 LSC, sobre causas legales de separación). De este modo se amplían los derechos y libertades de los socios, al abrirse nuevas vías que les permitan abandonar la sociedad; pues bien, es este un ámbito propicio para resolver mediante arbitraje los conflictos que se planteen sobre esta cuestión. Y, por supuesto, es susceptible de arbitrabilidad intrasocietaria la valoración de las participaciones o de las acciones del socio prevista en el art. 353 LSC.

6) Liquidación y división del patrimonio social. Las dudas y divergencias que puedan plantearse en las operaciones de liquidación, y que afecten tanto al inventario y balance, como al balance final de liquidación, son susceptibles de ser sometidas al convenio arbitral estatutario. Lo mismo puede decirse en orden a la división del patrimonio social: se reconoce la autonomía de la voluntad de los socios, para proceder, según lo dispuesto en las normas estatutarias, a la adjudicación de los bienes, derechos y obligaciones que resulten.

En este supuesto también resulta de invocación la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2001, en cuyos fundamentos segundo y tercero se mantiene que la liquidación de la sociedad es materia disponible para las partes.

En resumen, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, introdujo un artículo 11 bis y un artículo 11 ter, para regular el arbitraje estatutario, con el siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 11 BIS. Arbitraje estatutario

- 1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.*
- 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.*
- 3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.*

ARTÍCULO 11 TER: Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles

1. *El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. Él "Boletín Oficial del Registro Mercantil" publicará un extracto.*
2. *En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella."*

A los efectos de nuestro estudio sobre la responsabilidad de los árbitros únicamente tendría un impacto específico en los siguientes puntos:

- Comprobación de que los Estatutos registrados se encuentran en vigor y que cuentan con una clausula de sumisión arbitral que haya sido aprobada por dos tercios del capital social. No obstante, ello se presume ya que el Notario habría debido comprobarlo y en última instancia al Registrador Mercantil que autorizó la inscripción de los citados estatutos, no debiendo gozar de protección registral unos estatutos que contengan un convenio arbitral invalido.
- Inscripción del laudo en el Registro, para lo que debe reunir los requisitos necesarios para ellos.

De este modo, es necesario conocer con más detalle la regulación específica relativa a los mismos, empezando por entender que el convenio arbitral puede acceder a los Registros de la Propiedad y Mercantil en los mismos casos en que proceda la de los estatutos de una cierta titularidad registral; y *sensu contrario*, solo cuando sea posible el acceso de los estatutos al registro será también posible el del convenio.

Como señala MATEO Y VILLA³⁵⁷, "el convenio arbitral forma parte de los estatutos, lo que en correspondencia registral supone que aquel no da lugar a un asiento propio sino que forma parte del que se extiende a estos. Y para el caso de que el convenio constituya una modificación de los estatutos preexistentes, el registrador exigirá las mayorías que le resulten de aplicación de acuerdo con las disposiciones generales o especiales que sean de aplicación".

La calificación del registrador sobre el convenio se extenderá a los extremos siguientes:

1. Partes del arbitraje:

- i) Identificación por medio del nombre, apellidos, DNI y nacionalidad/ vecindad civil. El asiento registral contendrá la identificación de ambas partes y no solo de la del titular registral, pues el conflicto no resulta determinado solo por su objeto sino, además, por sus partes. En el asiento registral se harán constar estos extremos.
- ii) Capacidad para la celebración del convenio.

³⁵⁷ Vid. MATEO Y VILLA, IÑIGO: *Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la reforma de la Ley 11/2011 de 20 de Mayo de Arbitraje*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 2014

iii) Identidad entre los que celebren el convenio registral y quienes resulten ser titulares de los derechos registrales afectados de acuerdo con el propio convenio.

2. Árbitros:

i) Para el caso de designación mediata de los árbitros, identificación de la corte arbitral que haya de designarlos o señalamiento de las reglas que deban regir su nombramiento. Este extremo se hará constar en el asiento.

ii) Para el caso de nombramiento inmediato, identificación en la forma expuesta para las partes. Este extremo se hará constar en el asiento.

iii) No se admitirá la inclusión de personas que de conformidad con la Ley de Arbitraje no puedan ejercer esta función, ni se incluirán reglas de nombramiento que rompan con las previsiones de la norma últimamente citada, en especial las de igualdad y paridad, pleno ejercicio de derechos civiles, que, además, carezcan de impedimento legal para ejercer esta función, y, por último, y si fuera preciso, que tengan la condición de jurista. No es preciso que en el convenio se haga mención a estas normas pero para el caso de hacerse constar, deberán ajustarse a la precitada norma.

iv) Cuando no pueda venirse en conocimiento de cuáles sean los árbitros designados por las partes, ni siquiera aplicando las normas contenidas en la Ley de Arbitraje, se denegará la toma de razón solicitada.

3. Ley aplicable al convenio. Serán de aplicación las normas de conflicto contenidas en el Código Civil y las disposiciones de la Ley de Arbitraje, debiendo hacerse constar en el laudo la ley por la que se opta y trasladándose al asiento registral.

4. Conflicto:

i) Se definirá sucinta pero suficientemente la panoplia de conflictos concretos o materias generales sometidas a arbitraje.

ii) A los efectos de la letra anterior, podrá usarse la siguiente fórmula: «quedan sujetos a arbitraje todos los conflictos suscitados entre propietarios/accionistas por razón de la propiedad horizontal/sociedad mercantil y que por su naturaleza sean arbitrables».

iii) El registrador copiará literalmente la cláusula en el asiento registral para evitar que la transcripción altere su sentido.

iv) La determinación del conflicto no se dirige principalmente al interés de las partes que pactaron el convenio -pues al tiempo del laudo podrán modificar su contenido ampliando su objeto o reduciéndolo, por ejemplo- sino a limitar su efecto respecto de terceros posteriores adquirentes de derechos sobre la finca, de manera que para estos últimos la inscripción del convenio actúa como límite de lo que queda sujeto al arbitraje, sin que por el exceso queden obligados a someterse a esta forma de resolución de conflictos.

v) El registrador denegará la extensión del asiento en el caso de que o no incluya las materias sometidas a arbitraje o estas resulten no ser arbitrables -pues en este

supuesto se produce una manifiesta incongruencia entre el procedimiento seguido y la materia tratada- sin que sea posible la extensión del asiento omitiendo esta cláusula.

5. Evacuación del arbitraje. No es preciso que el convenio declare nada sobre este particular pero, de hacerlo, deberá ajustarse a las reglas de igualdad, audiencia, contradicción, defensa e idioma en que deba seguirse el arbitraje, así como cualquier otro previsto en la Ley de Arbitraje.
6. Plazo para la resolución del laudo. No indicándose nada en el convenio, se regirá por los plazos previstos en la Ley de Arbitraje; para el caso de que se establezca un plazo, el registrador calificará su claridad y lo hará constar en el asiento que extienda. Como veremos más adelante al estudiar la calificación del laudo, este plazo, para el caso de ser perentorio, juega como condición resolutoria del poder concedido a los árbitros para dirimir el conflicto, de manera que transcurrido aquel, cesa el poder y por tanto la posibilidad de arbitrar la cuestión.
7. Firma. El convenio se presentará firmado o, en su caso, otorgado por las partes que a su vez sean los titulares registrales de los asientos afectados por aquel.
8. Otros aspectos registrales:
 - i) Deberán identificarse las titularidades registrales afectadas por el convenio, pues en caso contrario el registrador no sabrá sobre qué folios extender los asientos. Para el caso de que finalmente el laudo afecte a fincas distintas de las señaladas en el convenio, el registrador hará nueva calificación de ambos títulos en relación con las nuevas fincas.
 - ii) El convenio expresará, en la medida en que resulte necesario, los datos que para su toma de razón se exigen en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.
 - iii) El convenio podrá estar sometido a término y condición, suspensiva o resolutoria, sin que ello sea causa que impida su toma de razón. En este caso, se transcribirá literalmente la cláusula que contenga la condición.
 - iv) No es precisa la solicitud expresa de toma de razón del convenio, pues su sola presentación la presume.
 - v) La toma de razón del convenio se realiza por medio del mismo asiento que corresponda a los estatutos, esto es, una inscripción.
 - vi) Sin perjuicio de lo que se diga sobre este particular, cuando el convenio se presente en documento privado con firmas electrónicas, el registrador conservará una copia del convenio arbitral en su archivo de legajos; presentado que sea por medio de escritura pública, devolverá la copia presentada una vez practicada la toma de razón.
9. Forma del título que contenga el convenio. Nos remitimos a lo que diremos en la última parte de este trabajo; y, por último,

10. Publicidad formal. Inscrito el convenio, este debe tener la misma publicidad que los estatutos que le dan consistencia con indicación de las partes que se hubieran sometido a él, los árbitros designados, y el conflicto sometido a esta forma de resolución.

De lo antes expuesto, se infiere una presunción de validez del convenio arbitral al haber sido calificado e inscrito por el Registrador, lo que supone que aunque el árbitro debe evaluar su validez –y será su juicio el único que decida si se continúa o no con el arbitraje, ciertamente deberá esmerarse en su argumentación negativa en el caso de que concluyera que el convenio adolece de defectos que impiden que despliegue sus efectos. Por otro lado, el árbitro cuenta con la certeza de la literalidad del convenio arbitral estatutario, ya que la fuente del mismo será el Registro.

3.1.4.3.1.2.1.3. Por ser cuestiones de la Ley General de Telecomunicaciones

La Sentencia de la Audiencia Provincial Asturias núm. 25/2004 (Sección 1ª), de 20 enero, de la que fue ponente SACRISTAN REPRESA, señala que *“...Los hechos presentes no tienen la misma entidad, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata del traslado de línea a una zona en donde, claro es, no existe trazado de telefónica. Tan evidente es la diferencia que en la sentencia a que se acaba de hacer referencia se decía, hablando de la interpretación racional del artículo 35 de la Ley General de Telecomunicaciones, de 24 de abril de 1998 (RCL 1998, 1056, 1694) , que «las obligaciones de prestación del servicio público a que se refiere el precepto son las que se refieren al diseño, coordinación y regulación general de la concesión, delimitación administrativa, geográfica o explotación del servicio, como pudieran ser las relativas a la atribución de titularidades, decisión sobre instalación de líneas, etc.». Pues bien, **al incluir entre las obligaciones reguladas por el precepto la última señalada, es decir, las relativas a la instalación de líneas (que serían de competencia del Ministerio de Ciencia y Tecnología, al modificar el artículo 66 del texto legal al que se refieren estas citas la Ley 14/2000, de 29 de diciembre [RCL 2000, 3029 y RCL 2001, 1566] , de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social), los hechos que constituyen la petición del Sr. Alejandro estarían excluidos de la posibilidad de decisión de la Junta Arbitral, motivo por el cual el laudo debería anularse de acuerdo con el artículo 45 de la Ley de Arbitraje (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) , dándose de tal forma la razón a los motivos opuestos por aquella entidad contra el laudo que se dictó.”***

3.1.4.3.1.2.2. Por ser cuestiones sobre las que ha recaído resolución judicial firme y definitiva

El artículo 2.1.a, LAB. establecía que *“no podían ser objeto de arbitraje las cuestiones sobre las que hayan recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución”*. Esa misma redacción se intentó incorporar sin éxito en la NLAB a través de las citadas enmiendas propuesta por los Senadores de Izquierda Unidad o por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV). Sin embargo, la expresión legal que no se ha incorporado a la NLAB era desafortunada, pues no refleja adecuadamente la

voluntad del legislador, que lo que afirma es que están excluidas de arbitraje aquellas cuestiones que hubieran sido decididas por una resolución judicial que, habiéndose pronunciado sobre el fondo (definitiva), y una vez sea irrecurrible (firme), produzca el efecto de cosa juzgada.

Si la cosa juzgada afecta a todo el objeto del arbitraje, el convenio será nulo por inexistencia de controversia, por haberse ésta extinguido. En cambio, si la cosa juzgada afecta sólo a alguna cuestión, entonces podrá anularse el laudo, en su caso, por haberse pronunciado los árbitros sobre puntos no sometibles.

Sí son sometibles a arbitraje los aspectos derivados de la ejecución, aunque con la precisión de que ha de tratarse de aspectos que tengan carácter declarativo, pues, como es sabido, los árbitros carecen de *imperium*, como vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1975 [5] (R.A. 1.090), que señala que *“el motivo tercero y último, con amparo procesal en el párrafo 3.0 del apartado 2.0 del artículo 1.691 de la L.E. Civ., se dice que el laudo arbitral objeto de impugnación, resuelve un punto que aunque sometido a su decisión “no es de índole civil, sino procesal, de orden público y de la exclusiva competencia de la jurisdicción ordinaria”, todo ello porque al declararse rescindido el contrato de ejecución de obra varias veces referido, de 28 abril 1968, se ordena (concretamente en el punto primero del fallo) con carácter inmediato y por razones de urgencia, que se entreguen a la comunidad de propietarios -que ahora figuran como recurridos las obras realizadas y los materiales acopiados y que el constructor se lleve la maquinaria, utillaje auxiliar y herramientas, lo cual se dice que entraña una ejecución de sentencia en términos superiores y de mayor transcendencia que la que el artículo 31 de la Ley de Arbitrajes de Derecho privado, atribuye de manera exclusiva a la Autoridad judicial; motivo que debe correr igual suerte desestimatoria que los precedentes, pues de la simple lectura de los términos del fallo a que la denuncia se refiere, fácilmente se colige que son los propios y consustanciales de todas las decisiones condenatorias, pues las arbitrales al igual que las judiciales no se limitan a ser meros consejos, advertencias, teorías u opiniones, sino mandatos imperativos, a cuyo tenor deberán ser cumplidos y actuados cuando llegue el momento de su ejecución que en ella se basa, pero con la que no pueden ser confundidas.»*.

3.1.4.3.1.2.3. Por ser materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición

Lo que la LAB quería decir – y las enmiendas a la NLAB mantener- era que no pueden ser objeto de arbitraje aquellas materias disponibles que aparezcan indisolublemente unidas a otras que no lo sean, siguiendo el camino marcado en su momento por el artículo 14 LAB. de 1953, en el párrafo 2, aunque con una mejor técnica jurídica.

Como decía FERREIRO RODRIGUEZ-LABGO³⁵⁸, comentando el artículo 14 LAB. de 1953, plenamente aplicable a la LAB y a la NLAB, “el legislador prevé el supuesto de que una materia disponible esté unida a otra indisponible. Tal evento lo resuelve en función de la indisolubilidad de ambas materias. Si no pueden separarse no podrán ser objeto de compromiso ninguna de las dos. Por el contrario, si la separación es posible, podrá comprometerse por las partes aquella de que se pueda disponer, quedando así resuelto el conflicto entre el principio de sumisión y el principio de conexión”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1961 señala “...Que el tercer motivo del recurso se fundamenta en la infracción del artículo 14 de la Ley de Arbitraje que sólo autoriza puedan ser objeto de compromiso aquellas materias de derecho privado sobre las que las partes puedan disponer válidamente y que cuando aparezcan unidas indisolublemente a otra que no lo sea, no podrá comprometerse sobre ninguna de las dos”; y la sentencia de 28 de febrero de 1962 “...Que, atendidos los términos de la escritura de compromiso y del laudo arbitral, resulta evidente que aquélla ha venido a someter a éste, y **el laudo ha venido a decretar la resolución de un contrato de arrendamiento, formulando una declaración tan indisolublemente unida al verdadero desahucio, que forma su antecedente necesario, resultando, por consiguiente, prejuzgado el fallo de la jurisdicción ordinaria, que quedaría vinculada a decretar inexorablemente el posterior lanzamiento de las arrendatarias, sin posibilidad de examen de su procedencia o Improcedencia, lo cual constituye una franca violación de 10 dispuesto en el número 3.0 del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil redactado por el Real Decreto de 2 de abril de 1924, que determina que el recurso, que ahora vuelve a denominarse de nulidad, procede cuando el laudo ha recaído sobre materias comprendidas en el párrafo 2.0 del artículo 487 de dicha Ley -entre las cuales figura el juicio de desahucio, según reiterada jurisprudencia-, y viola también, el precepto contenido en el artículo 14 de la Ley sobre Arbitraje, que establece que "en el caso de que una materia disponible aparezca indisolublemente unida a otra que no lo sea, no podrá comprometerse sobre ninguna de las dos."**

Un ejemplo paradigmático de materias unidas indisolublemente es el de la acción civil derivada de delito. Como ha señalado MERCHÁN ALVAREZ -con cita de GREGORIO LÓPEZ (Glosa número 1 a la Partida 3, 4, 24)-, “algunos autores se plantean el problema de si en el supuesto de que en esos delitos se tratase además de intereses civiles de la parte agraviada, es posible someter esos intereses a arbitraje. La opinión dominante otorga valor al compromiso en cuanto a la responsabilidad meramente civil, porque el particular es libre de renunciar a ella

³⁵⁸ Vid. FERREIRO RODRIGUEZ-LABGO: *Los arbitrajes de derecho privado*, La Editorial Vizcaína, S. A., Bilbao, 1954, pág. 57.

sin perjudicar por esto ni afectar el interés general de la comunidad a que pertenece³⁵⁹.

GUASP³⁶⁰, tras afirmar que sobre la acción penal no se puede comprometer, ni siquiera cuando cabe la renuncia por tratarse de delitos no perseguibles de oficio, entiende admisible el compromiso sobre la acción civil. Esta línea de pensamiento se ha mantenido, entre otros, por CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN³⁶¹ y OGÁYAR AYLLÓN³⁶². Los argumentos esgrimidos son varios, destacando, fundamentalmente, dos: El primero, el carácter transigible de la acción civil (ex artículo 1.813 C.C.); el segundo, que como según los artículos 100 y ss. L.E.Cr., conforme a los cuales, sobre la base de una recta interpretación, de todo hecho que es delito nace la acción penal y puede nacer también acción civil, ésta es renunciable y, por tanto, arbitrable.

3.1.4.3.1.2.4. Por ser cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos

Como ya dijimos, el artículo 487.2 de la L.E.C, en su redacción originaria, exceptuaba del arbitraje “*las cuestiones en que con arreglo a las Leyes, debe intervenir el Ministerio Fiscal.*”

Ello quería decir que estaban excluidos del arbitraje todos los supuestos en los que debía intervenir el Ministerio Fiscal, ya fuera en representación y defensa de otras personas o en cualquier otro caso o condición.

La redacción de la LAB únicamente se refería al primer supuesto arriba aludido, es decir, a la actuación del Ministerio Fiscal como representante o defensor. Téngase en cuenta que la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil, cuando no lo hace en representación y defensa de otro, suele estar referida a materias indisponibles excluidas del arbitraje, por la vía del artículo 1 LAB. a *sensu contrario*, y ahora, por la del artículo 2.1 NLAB

Durante la vigencia de la LAB, y entendemos que ello no debe cambiar con la NLAB, era indiferente el carácter disponible o indisponible de la materia, en el sentido de que es suficiente con que tenga que intervenir el Ministerio Fiscal (en el concepto antes mencionado) para que la materia controvertida, aun disponible, no pueda ser objeto de arbitraje.

³⁵⁹ Vid. VICENTE y CARAVANTES, JOSE: *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento con sus correspondientes formularios*, Madrid, 1858.

³⁶⁰ Cfr. GUASP, JAIME: *Comentarios.....Op. cit.*

³⁶¹ Cfr. CHILLÓN MEDINA, JOSE MARIA y MERINO MERCHÁN, JOSE FERNANDO. *Sistema de Derecho.....Op. Cit.*

³⁶² Cfr. OGÁYAR AYLLON, TOMAS: *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*. Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1977.

Como señala MONTERO AROCA³⁶³, “esta representación y defensa en juicio es transitoria, mientras se designa representante legal o se nombra defensor”, de lo que podríamos deducir que, una vez haya cesado la intervención del Ministerio Fiscal, la materia sería sometible a arbitraje.

3.1.4.3.1.2.5. Materias excluidas del ámbito de aplicación de la NLAB: Los arbitrajes laborales y los arbitrajes de consumo

En este punto, la NLAB, al igual que lo hacía la LAB, viene a establecer una exclusión absoluta de la materia laboral. No se trata aquí de exclusión por el carácter indisponible de la materia, sino que el legislador ha querido regular el arbitraje laboral fuera del ámbito de ambas leyes.

Esto es lo que, con otras palabras, sostiene MONTERO AROCA³⁶⁴ cuando afirma que “estas materias, en cuanto comprenden una rama del ordenamiento jurídico, quedan fuera de la LAB y tendrán, en su caso, un arbitraje propio”.

La tajante redacción de la LAB, que la NLAB repite, disipó las dudas que se plantearon al amparo de la legislación anterior.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1946 señaló que *“del primero de los extremos indicados es indudable que el llamado derecho social o del trabajo que regula, entre otras materias, las reclamaciones entre los que cooperan en la obra de la producción como empresarios o asalariados, no por el carácter necesario de que frecuentemente aparece investido y que hace irrenunciables sus prescripciones en cuanto tiendan a proteger al trabajador contra los abusos de la libertad contractual, pierde su carácter civil, como lo ha perdido en su esencia el Derecho mercantil por referirse a relaciones de índole privada, ni aparecen excluidas del Derecho Civil normas que como varias de las que rigen la familia pertenecen al orden público, razones tanto más de tener en cuenta cuando se trata de determinar el sentido del calificativo civil en una disposición como la del artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento que es de 1881, cuando el Derecho social no había adquirido ulterior desarrollo y por eso no hay motivo para suponer que al emplear dicha expresión se haya querido excluir del compromiso la materia social: pero es que además los artículos 435 y 459 del Código del Trabajo vigente en la materia, salvo en lo expresamente derogado como lo fueron en lo relativo a los accidentes del trabajo por diferentes disposiciones la última Ley de 6 de diciembre de 1941, expresamente reconocen a los interesados en los litigios de trabajo la facultad de someter sus diferencias a los amigables componedores, otorgándoles a la vez una acción de nulidad contra la decisión de éstos ante los Tribunales laborales, no ejercitada en este caso, lo que aleja la idea de que la fijación de la situación laboral de don Emilio B. como dueño del establecimiento de fundición de que se trata no pudiera ser sometida a los amigables componedores, ni menos quepa*

³⁶³ Vid. MONTERO AROCA, JUAN y otros: *Derecho jurisdiccional II Proceso Civil*, 18^o ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 82.

³⁶⁴ *Ibidem*.

entender que dicha sumisión implique renuncia de derechos prohibida por la ley puesto que quien pone en un tercero, como mandatario suyo, que tal es el concepto del amigable componedor con respecto de los comitentes, la decisión, según la opinión más admitida puede decirse que renuncia por ello aun derecho, no debiendo reputarse quebrantadas por todo ello las disposiciones referentes a la organización de los Tribunales laborales citados»³⁶⁵.

Con respecto a los arbitrajes de consumo, la NLAB se declara como ley supletoria que los complementa – artículo 1.3 -, tal y como sucedía con la LAB. Sin embargo, tal postura jurídica no es pacífica, puesto que vemos que como la ENMIENDA NUM. 2 del GPMX propuso añadir al final del párrafo un texto del siguiente tenor: «... y de consumo», para mejorar la redacción. En el mismo sentido, la ENMIENDA NUM. 39 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) proponía la siguiente redacción: «1.La presente Ley se aplicará a los arbitrajes cuya sede se halle dentro /.../» «4.Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley los arbitrajes laborales y los de consumo.». Como también lo hacía la ENMIENDA NUM. 55 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), que proponía idéntica redacción.

La justificación para ello se encuentra en que *“El modelo propuesto es extremadamente liberal en la medida en que se deja todo a la voluntad de las partes --pensando siempre en que se trata de comerciantes--por lo que es necesario excluir del ámbito de aplicación de esta Ley los arbitrajes de consumo, en la que se regula un procedimiento específico que no puede regirse por la absoluta libertad de partes dado que el consumidor está en clara situación de desequilibrio”. En este sentido, se afirma que “Los principios y criterios que deban informar la regulación de las materias que afectan a los consumidores y usuarios está alejada de los principios que informan esta Ley que trata igual a las partes en la controversia cuando es evidente que cuando una de las partes es un consumidor suele haber siempre un desequilibrio.”*

3.1.4.3.1.3. Incumplimientos de forma del convenio arbitral que supongan su inexistencia

En el Derecho Romano, como señala FERNANDEZ DE BUJAN, A.³⁶⁶, “En ocasiones el compromiso se contiene en un mero pacto, nudo pacto, D. 4.8.3 (Ulp. 13 ed), si bien lo más frecuente es que el pacto de compromiso se refuerce mediante el intercambio de estipulaciones penales entre las partes. Cabe, asimismo, que la estipulación no sea penal, sino pura. La pena prevista en la *stipulatio* podía consistir en una cantidad de dinero o en otra cosa, así en D. 4.8.11.2 (Ulp. 13 ed.). Cabe incluso que uno prometa una cosa y el otro dinero, así en D. 4.8.2, *in fine*³⁶⁷ .

³⁶⁵ Vid. S... de I de julio de 1987 (R.A. 5.042).

³⁶⁶ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN A.: *Bases romanísticas*.....Op. cit.

³⁶⁷ Vid., al respecto, ROUSSEAU, «Du compromis sine poena», en *RHD*, 18, 1939, págs. 170 y sigs.

Observa Murga que tras el estudio de los documentos de Herculano, en donde se recogen varios tipos de estipulaciones, pudo comprobarse que no existía para los mismos una única fórmula³⁶⁸. Es decir, no serían exigibles palabras solemnes determinadas, *verba solemnia* en el intercambio de las preguntas y respuestas en las que consistía la estipulación que se realizaba al propio tiempo que el acuerdo de arbitraje, *stipulatio compromissi*, y que tenía la virtualidad de convertir en obligatoria una convención lícita entre personas capaces de contratar, pero no exigible ante el magistrado jurisdiccional, como era el acuerdo de someter a un árbitro la decisión de una controversia.

El papel que en buena medida cumplían en Derecho romano las preguntas y respuestas en las que consistían las estipulaciones realizadas entre las partes que formalizaban un arbitraje, constituye la referencia histórica más precisa de la previsión contenida en el artículo 9.3 LAB, atinente al convenio arbitral: «Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación, su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra».

Por su parte, el Artículo 9 NLAB regula la forma y contenido del convenio arbitral, y en el mismo leemos que:

“1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o

³⁶⁸ Vid. En murga, «El *iudicium cum addicione* del bronce de Botorrita», en *Cuadernos de Historia Jerónimo Zurita*, 43-44, 1982, pág. 56.

por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.”

Como nos explica la Exposición de Motivos de la NLAB, frente al artículo 5 LAB, “Han de destacarse algunas novedades introducidas respecto de los requisitos de forma del convenio arbitral. La Ley refuerza el criterio antiformalista. Así, aunque se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito y se contemplan las diversas modalidades de constancia escrita, se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior. Se da así cabida y se reconoce la validez al uso de nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías. Se consagra también la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Asimismo, la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma. En lo que respecta a la ley aplicable al convenio arbitral, se opta por una solución inspirada en un principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. De este modo, basta que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos señalados en el apartado 6 del artículo 9: las normas elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español.”

Hay que señalar que la ENMIENDA NUM. 30 del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) propuso la adición de un nuevo párrafo en el artículo 5 NLAB con la siguiente redacción: *«Además en el arbitraje internacional para que el convenio sea válido deberá celebrarse o confirmarse de alguna de las siguientes formas: a) En alguna de las formas previstas en los apartados 3 y 4 del presente artículo. b) En una forma que se ajuste a los hábitos o usos establecidos entre las partes. c) En el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieran conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.»* Como justificación para ello señala que *“La redacción que se propone sigue los criterios previstos por el Convenio de Bruselas de 22 de diciembre de 2000, vigente en la Unión Europea, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, por lo que de esta forma se unifican criterios ya vigentes.”*

Por su parte, la ENMIENDA NUM. 42 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) así como ENMIENDA NUM. 58 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) y la ENMIENDA NUM. 79 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU), cuyo contenido compartimos plenamente, seguían esa misma línea y propusieron la inclusión del siguiente párrafo: *«6. En el comercio internacional, será válido el convenio arbitral celebrado en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieran conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial*

considerado.» Señalan como justificación que “La verdadera razón de ser de este precepto es la de consagrar los criterios de validez del convenio arbitral tradicionalmente aceptados en los usos mercantiles. En nuestra opinión, para dar cabida a los usos mercantiles como criterio para evaluar la validez del convenio arbitral, bastaría con decirlo expresamente en la norma. Esto es, regulando desde una perspectiva material; renunciando a la técnica conflictual. Un ejemplo en este sentido nos lo brinda el artículo 23.1 c) del Reglamento 44. Su incorporación nos permite tener en cuenta la relevante jurisprudencia del TJCE en la materia, circunstancia que, a su vez, aporta en un alto grado de uniformidad y seguridad jurídica. A mayor abundamiento, debe recordarse que en el Derecho comparado la regulación del convenio arbitral se hace mediante una norma imperativa no disponible para las partes.”

En cuanto a los requisitos de forma en el arbitraje internacional, la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, recaída en procedimiento de exequatur, nos dice, por ejemplo, en el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única), de 7 octubre 2003, del que fue ponente MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, que “Los motivos de oposición al reconocimiento propiamente dichos se abren con la afirmación de la inexistencia del convenio arbitral, causa de denegación del exequátur que se contempla tanto desde la vertiente formal, con invocación del art. IV. 1-b) del Convenio (RCL 1977, 1575), como en su vertiente material, con sede en el art. V. 1-a) de la misma norma supranacional. En orden al requisito que establece el primero de los preceptos citados -que, recuérdese, corresponde acreditar a la parte solicitante del exequátur- esta Sala ha acuñado un ya consolidado criterio interpretativo que atiende especialmente a **la finalidad de la norma, que no es otra que imponer la debida constancia de la existencia de la concorde voluntad de las partes de someter al juicio de árbitros los conflictos derivados de la interpretación o aplicación de las cláusulas de un determinado contrato, o, en general, las diferencias habidas en la ejecución de una concreta relación negocial; voluntad concorde que, sobre la base de la autonomía del concierto arbitral respecto del contrato o negocio en el que se inserta, cabe apreciar no sólo exteriorizada en un documento firmado por las partes, sino también en el cruce de cartas, telegramas y otros medios de comunicación habidos entre ellas, conforme autoriza el art. II -2 del Convenio de Nueva York, y, cuando fuere aplicable, el art. 1.2 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (RCL 1975, 1941) (cfr. AATS de 31-7-2000 [RJ 2000, 6875] , 28-11-2000 [RJ 2001, 703] , 19-12-2000 [JUR 2001, 13843] , 2-10-2001 [JUR 2001, 282815] , 13-11-2001 [RJ 2002, 1513] y 26-2-2002 [JUR 2002, 62463] , entre otros). Y aun más: conforme al criterio exegético apuntado, de marcada orientación teleológica, esta Sala ha venido considerando que **cabe ver cumplido el requisito en el comportamiento que las partes haya seguido en el curso del procedimiento arbitral, apreciando la concurrencia de la voluntad de someter las disputas a arbitraje en quien, debidamente notificado de la existencia del procedimiento arbitral dirigido contra él, comparece ante los árbitros o ante la institución "ad hoc" sin discutir la sumisión del conflicto a arbitraje y sin cuestionar la competencia de los****

árbitros en beneficio de la de determinados órganos jurisdiccionales, limitándose a oponer los medios de defensa sobre el fondo de la cuestión litigiosa que considere adecuados (cfr. AATS 1-12-1998, ex. 3660/96 [RJ 1998, 10541] , 21-3-2000, ex. 2827/98, 4-4-2000, ex. 1724/98 [RJ 2000, 2966] , entre otros).

Pues bien, con arreglo a los criterios expuestos no cabe sino rechazar el motivo de oposición basado en el incumplimiento del requisito establecido en el art. IV. 1 - b) del Convenio de Nueva York, pues por encima de las más que evidentes dificultades para considerar que el documento aportado con la demanda de exequátur satisface el referido presupuesto de reconocimiento, en la medida en que en el mismo es imposible identificar siquiera quienes son los intervinientes en dicho acto, se encuentra el hecho de que la demandada actuó debidamente representada en el procedimiento arbitral, tomó parte en la designación de los árbitros, formuló las correspondientes alegaciones y propuso las pruebas que estimó pertinentes, todo ello sin que conste haberse opuesto a la competencia del tribunal arbitral ni, en definitiva, haber manifestado, de forma expresa o implícita, su voluntad contraria a la formalización del arbitraje.

Lo expuesto conduce, por demás, a desestimar la misma causa de denegación esgrimida desde lo que la parte demandada denomina punto de vista sustantivo, quien insiste, también desde esta perspectiva, en el incumplimiento del requisito del art. IV. 1 - b) del Convenio, en relación con su art. II. 2, por considerar que las comunicaciones cruzadas entre las partes, y que han quedado incorporadas a las actuaciones, no aprovechan a tal fin, ante lo cual se impone, como se ha visto, la conducta de la demandada en el procedimiento seguido en origen, que evidencia la voluntad sumisoria que ahora se niega. Y del mismo modo debe rechazarse el alegato analizado desde la perspectiva del art. V. 1 - a) del Convenio multilateral, que asimismo invoca la mercantil oponente, pues el motivo de oposición que con él se quiere esgrimir exige, para su éxito, la debida prueba de la inexistencia del acuerdo arbitral -jurídicamente considerada, por falta de alguno de sus elementos esenciales-, de su invalidez o, en fin, su ineficacia conforme a la ley aplicable según el referido precepto -convertido en verdadera norma de conflicto a estos efectos-, necesaria acreditación que no ha tenido lugar.”

Por su parte, la Sentencia Tribunal Supremo núm. 433/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 9 mayo, de la que fue ponente MARIN CASTAN, nos dice que **“....Según resulta tanto del artículo 6.2 de la Ley de Arbitraje de 1988 (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) como del artículo 2.2 del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958 (RCL 1977, 1575), lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje, siendo destacable en este sentido cómo la jurisprudencia más reciente de esta Sala se pronuncia en contra de las "fórmulas sacramentales" como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje (SSTS 1-6-99 [RJ 1999, 4284], 13-7-01 [RJ 2001, 5222] y 18-3-02 [RJ 2002, 2847]) y a favor, en cambio, del criterio**

respetuoso con la voluntad de las partes presente en el artículo 3.2 de la Ley de 1988 (STS 13-3-01 [RJ 2001, 3978]).

E) Si bien la sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 1992 (recurso nº 734/90) (RJ 1992, 4124) mostró ciertas reservas ante las cláusulas de sumisión por la "mayor libertad contractual del fletante", no lo es menos que al mismo tiempo reconoció la existencia de una "línea interpretativa favorable a la admisión del arbitraje respecto de problema de aplicación de las Reglas de La Haya (RCL 1949, 1500), e incluso la confirmación de esta tendencia en las todavía inaplicables Reglas de Hamburgo". De ahí que, en litigios como el presente, **entre una empresa porteadora y la aseguradora de empresas españolas del sector pesquero cuyos buques faenan en caladeros oceánicos con capacidad para capturar y congelar a gran escala, no sean aplicables las cautelas del artículo 5.2 de la Ley de Arbitraje ni la jurisprudencia protectora del consumidor como parte contratante más débil, pues ninguna razón hay para suponer que la negociación entre empresa porteadora extranjera y empresas pesqueras españolas no se hizo en pie de igualdad, y eso siempre que dicho precepto y tal jurisprudencia fueran de aplicación a tenor del art. 61 de la Ley de Arbitraje de 1988 como norma conflictual.**

F) Como declara la sentencia de esta Sala de 23 de julio de 2001 (recurso nº 1797/96) (RJ 2001, 7526), "el denominado arbitraje internacional bien puede decirse que ha conocido el éxito debido a su necesidad, en razón a que el comercio internacional exige una seguridad y rapidez en las transacciones, así como la urgente solución de los conflictos mediante simples y a la par eficaces técnicas, eludiendo la complicación y la lentitud de las jurisdicciones estatales".

Pues bien, a partir de las anteriores consideraciones el motivo que se examina ha de ser estimado porque, desvirtuados los razonamientos de la sentencia impugnada sobre la inoponibilidad de la cláusula de sumisión a la aseguradora y sobre el carácter restrictivo de la jurisprudencia de esta Sala, **tampoco son justificables la dudas del tribunal de apelación sobre la propia existencia de la cláusula de sumisión a arbitraje, ya que, al margen de las firmas que figuren en los documentos al respecto y sobre no haber razón alguna para cuestionar el extravío de la contestación a la demanda y documentos adjuntos, lo cierto es que tales documentos que contenían la sumisión a arbitraje no fueron aportados sólo por la parte demandada sino que también los aportó la propia demandante con su demanda y con su escrito de proposición de prueba, o bien una de sus aseguradas al promover anteriormente por su cuenta otro pleito contra la misma demandada reclamando por los daños de sus capturas durante la misma travesía.**

En definitiva, si la acción se fundaba en unos documentos determinantes de la responsabilidad de la demandada, según la demandante, no puede ésta cuestionar la parte del contenido de esos documentos que le perjudica so capa de que no están firmados o aparecen en ellos firmas diferentes. Lo cierto y verdad es que en toda la documentación de los contratos entre la porteadora y las empresas españolas aparece la cláusula de arbitraje en Londres y aplicación de la ley inglesa, siendo significativa su constancia no sólo en los conocimientos de

embarque del cargamentos de ambos buques (folios 19 vuelto y 388 y 391 vueltos) sino también en las "notas de cierre" previas entre la porteadora y las dos empresas españolas (folios 385, 386, 332 y 333), por lo que no cabe poner en duda la voluntad inequívoca de las partes contratantes de someter sus controversias a arbitraje en Londres con aplicación de la ley inglesa. **Y si bien es cierto que la muy reciente sentencia de esta Sala de 29 de noviembre de 2002 (recurso nº 1243/97) (RJ 2002, 10403) rechaza por excesivamente genérica una cláusula parecida, también lo es que en la cláusula aquí examinada no aparecen las expresiones "en su caso" (por dos veces en la analizada por dicha sentencia) ni la expresa mención de la avería gruesa que en aquel otro recurso justificaban la ineficacia de la cláusula "por su imprecisión y vaguedad".** Muy al contrario, en los documentos contractuales del litigio causante del presente recurso se estipula, siguiendo los usos internacionales, que el conocimiento de embarque se regulará por la ley inglesa y en caso de litigio se aplicará la ley inglesa con arbitraje en Londres, por lo **que no hay ninguna expresión ambigua capaz de suscitar dudas fundadas sobre la extensión del arbitraje a todas las controversias derivadas de la ejecución del contrato».**

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 790/2001 (Sala de lo Civil), de 23 julio, de la que fue ponente MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, señala que "A diferencia del arbitraje interno, que ha experimentado escasa aplicación para dirimir controversias entre los nacionales, pese al reiterado interés del legislador, el denominado **arbitraje internacional** bien puede decirse que ha conocido el éxito debido a su necesidad, en razón a que el comercio internacional exige una seguridad y rapidez en las transacciones, así como la urgente solución de los conflictos mediante simples y a la par eficaces técnicas, eludiendo la complicación y la lentitud de las jurisdicciones estatales. A este respecto ya el Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas de Arbitraje, de 24 de septiembre de 1923 (NDL 6476), que fue ratificado en España por Decreto Ley de 6 de mayo de 1926 y publicado en la Gaceta dos días después, con la reserva de restringir su aplicación a los contratos que por la legislación española tengan carácter comercial, permitía que pudiera tener lugar en un país a cuya jurisdicción ninguna de las partes esté sujeta, rigiéndose el procedimiento de arbitraje y constitución del Tribunal por la voluntad de las partes y por la ley del país en cuyo territorio tenga lugar el arbitraje (arts. 1, 1º y 2º). Dicho Protocolo ha pasado por ello a formar parte de nuestro Derecho interno, conforme a lo dispuesto por el artículo 1,5 del Código Civil e igualmente ha acontecido con el Convenio Europeo de Ginebra de Arbitraje Internacional de 1961 (RCL 1968, 155, 641 y NDL 26103), cuyo art. III, b) es de aplicación al caso, en cuanto las partes han previsto que sus contiendas o diferencias sean sometidas para su resolución a un procedimiento arbitral «ad hoc» y en cuyo Convenio se recoge, asimismo, la exigencia de interposición de la declinatoria de competencia por el demandado ante el Tribunal estatal donde se promovió el asunto, antes o al mismo momento de presentar sus pretensiones (art. VI,1), como aquí ha ocurrido. Dicha normativa señala que en cuanto a la capacidad de las partes, se atenderán los tribunales nacionales de los Estados contratantes a la Ley que sea aplicable a éstos, pero **en las restantes materias**

deberán atender según la ley a que haya sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral. b) No existiendo una indicación al respecto, según la ley donde deba dictarse el laudo y sólo en defecto de estos, cuando no pueda determinarse cuál es el país, según las reglas de conflicto del Tribunal del asunto (art. VI, 2).

Entiende la sentencia recurrida en su fundamento jurídico 3º que sin duda el aplicable es el Convenio CNUDMI/UNCITUD de Naciones Unidas de 15 de diciembre de 1976, pero dicho texto intitulado «**Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y Resolución 31/1998 de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1976**» exige para su aplicación que las partes hayan acordado por escrito y conforme a un modelo de cláusula compromisoria en que ha de consignarse una conformidad con dicho Reglamento y aquí ello no ha acontecido y, por el contrario, se han sometido las partes expresamente a las Reglas de Arbitraje Comercial de la Asociación Americana de Arbitraje vigentes, y reformadas a partir de 1 de abril de 1985. Pues bien, la cláusula recogida en el contrato suscrito entre ambas partes es precisamente un remedo y reflejo de la aconsejada por la Asociación Americana de Arbitraje, como cláusula compromisoria uniforme.

El tema relativo a la existencia y validez del convenio arbitral, requiere como dato previo determinar por quien ha de apreciarse, o sea, la determinación de la ley aplicable. Tanto la Convención de Nueva York de 1958 (RCL 1977, 1575 y ApNDL 2760), como el Convenio Europeo de Ginebra de 1961 han consagrado el principio de autonomía de la voluntad y no debe olvidarse tampoco que la vigente Ley española de arbitraje encontró su inspiración en la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa 12/1986.

Lleva razón la sentencia «a quo» cuando afirma que la cláusula de arbitraje encuentra su cobijo en el art. 22,2º, «a sensu contrario», de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto las partes se han sometido expresamente a un órgano no español y el demandado en los autos de que dimana este recurso extraordinario de casación, «Goldstar Company Limited» no tiene su domicilio en España, debiendo consignarse que **la cláusula expresa de sumisión, tanto a la jurisdicción de otro Estado, como a la decisión arbitral internacional, no resulta contraria ni al interés o al orden público, ni puede decirse que perjudique a tercero (art. 6,2 del Código Civil)....**»

Continúa la citada sentencia señalando que “.....estima infringido el art. 5,1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, que prescribe que «el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión». Añade el motivo que del artículo 18º del contrato no resulta expresamente que ninguna de las partes se obligue a cumplir la decisión de ningún tercero.

Tal precepto tan sólo resulta aplicable al arbitraje nacional y no al internacional y menos aún al comercial internacional. Ello se desprende, no sólo de una hermenéutica contextual de la ley que dedica los ocho primeros títulos de su texto al convenio arbitral y sus efectos, a los árbitros, procedimiento, laudo arbitral, intervención judicial, anulación del laudo, y su ejecución forzosa y precisamente los dos últimos títulos se refieren a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros (título IX) y a las normas de Derecho Internacional Privado (título X) en los que nada se expresa al respecto. Mas no es ésta tan sólo la única razón de tal exclusión. El artículo 18º que liga a las partes es de tal claridad en su formulación y palabras que excluye la necesidad de inquirir su sentido o su interpretación y señala que «toda controversia o reclamación derivada o relacionada con el presente contrato será resuelta por vía de arbitraje realizado en la ciudad de Nueva York con arreglo a las normas y procedimiento de la Asociación Americana de Arbitraje». La intención de las partes al suscribir dicha cláusula aparece obvia, excluir la jurisdicción estatal «in totum» en lo referente a la controversia o reclamación derivada del contrato de que forma parte y someterse al arbitraje de tal Asociación.

Se trata de una limitación de la jurisdicción interna, pero habrá de acudir al artículo 22,2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 1º y 3º de tal precepto. En definitiva, que el sistema diseñado por la Ley de Arbitraje para el comercial internacional es de regulación especial con elementos de extranjería y se reconduce a lo señalado en los dos títulos de la normativa. No debe olvidarse que el arbitraje comercial de la Asociación Americana de Arbitraje, cuando se considera que «las partes han hecho de estas Reglas parte de su convenio arbitral cuando hayan estipulado el arbitraje por la Asociación Americana de Arbitraje o de acuerdo a sus reglas».

El Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 18 abril 2000, del que fue ponente GARCIA VARELAB, establece que “....Se limita a alegar, en primer lugar, la ausencia del requisito de la sumisión expresa y por escrito al arbitraje que exige la legislación española, de donde se sigue, en su razonamiento, la falta de vinculación (sic) al laudo extranjero. El argumento así expuesto permite a esta Sala, no sin esfuerzo, analizar la procedencia del «exequatur» desde un doble punto de vista. De una parte, y en la medida que el alegato apunta hacia el incumplimiento de los requisitos formales a los que queda subordinado el reconocimiento, y cuya verificación incumbe llevar a cabo, de cualquier modo, con independencia de las alegaciones de la parte contra la que se dirige la ejecución, - en tanto que constituye una carga procesal impuesta al solicitante por el art. IV.1 b) del Convenio-, resulta oportuno señalar que **esta Sala, a la hora de concretar el alcance del presupuesto exigido por el referido precepto -puesto en relación con el art. II del Convenio- ante la ausencia de un acuerdo arbitral firmado por las partes, ha atendido no sólo a criterios integradores de índole sistemática, acudiendo incluso a otras normas convencionales cuando fuesen aplicables, como el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (RCL 1975, 1941 y ApNDL 2761), sino especialmente a criterios de tipo finalista, considerando que el objeto de la**

norma es verificar la existencia de la voluntad común de las partes dirigida a incluir en el contenido de sus relaciones negociales una cláusula de compromiso o, en general, encaminada a someter a arbitraje los litigios que se susciten con motivo de la ejecución de un determinado negocio jurídico entre ellos; voluntad común que ha de resultar del conjunto de las comunicaciones mantenidas y de las actuaciones llevadas a cabo por una y otra parte de la relación negocial, pero siempre con la obligada precisión de que, sin embargo, no cabe atribuir a estos fines eficacia al silencio o inactividad de aquélla a la que se le hubiera dirigido una oferta que, directa o indirectamente, contenga una cláusula compromisoria (cfr. AATS 17-2-1998, «exequatur» núm. 3587/1996 y núm. 2977/1996, ATS de 7-7-1998, en «exequatur» 1678/1997 y ATS 27-4-1999, en «exequatur» núm. 1185/1997).

CUARTO: Bajo esta orientación hermenéutica se debe abordar, pues, el análisis del cumplimiento del requisito impuesto por el art. IV.1 b) del Convenio. Ciertamente, el contrato ME 9641117 que se ha aportado junto con la solicitud de «exequatur», y en el que se recoge la cláusula de sumisión a arbitraje, no aparece firmado por la mercantil compradora, hoy oponente. En realidad, lo que la solicitante aportó no fue sino una propuesta de contrato -o, tal vez una confirmación, según los usos comerciales generalmente seguidos- emitida por una sociedad mediadora, la mercantil «Consortio Café, SA», en la que en el apartado de Condiciones se indicaba: «Las que rigen para los contratos FCC»; y, a continuación: «Cualquier discrepancia será sometida a arbitraje en La Haya». Más aún, de este documento fue presentada una simple copia, sin garantía de autenticidad. Ahora bien, con posterioridad, y ante los requerimientos de esta Sala para subsanar la falta del presupuesto que se examina, la solicitante ha aportado, entre otros documentos, un fax remitido por la referida sociedad mediadora a la demandada «Medicafé, SA» el día 27 de junio de 1996, en la que, con referencia a otro fax anterior -el M552/1996, de 11 de junio-, y con referencia también al contrato ME 9641117 -indicando, incluso, su objeto: «260 sacos Méjico Natural»-, se indicaba textualmente: «Rogamos modifiquen nuestro fax de referencia, ya que se ha producido un error en el mismo: condiciones: EEC con arbitraje en Le Havre», telefax del que consta el correspondiente reporte de actividad expresivo de su resultado satisfactorio. Y si bien el referido documento no es de por sí totalmente concluyente, a los fines que interesan, sí lo es si se analiza en conjunción con el que la sociedad demandada presentó en su día ante la Cámara Arbitral y que figura unido a los autos, en el que, como argumento para defenderse ante la demanda de arbitraje, declaró que el embarque del café se había realizado con posterioridad a la fecha convenida y que, en consecuencia, y dado que no llegaría a su poder en el momento oportuno, se informó a la entidad mediadora su intención de no aceptar el café, terminando la comunicación con esta reveladora frase: «Seguros de un arbitraje de su parte, les saludamos atentamente». Dicha misiva -firmada por el Administrador General de la compañía- fue acompañada, y además, de dos anexos que contenían, de un lado, la declaración del Capitán de Puerto de Veracruz referida a la fecha de arribada y de partida del buque en el que se efectuó el transporte de la mercancía, y de otro, la comunicación a la intermediaria, «Consortio del Café, SA», de la no aceptación de dicha mercancía

por causa de la demora en su embarque, manifestación ésta reiterada después -y siempre con referencia al contrato ME-9641117- en la carta de 10 de septiembre de 1996 que se presentó asimismo por la demandada ante la corte arbitral.

QUINTO Los indicados documentos son claramente demostrativos no ya sólo de la voluntad de la demandada de someter las disputas surgidas en la ejecución del contrato al juicio de árbitros, sino de su efectiva sumisión, compareciendo ante la Cámara de Arbitraje de La Haya y exponiendo ante ella sus argumentos de defensa; y ello permite tener por satisfecho el requisito formal establecido en el art. IV. 1. b), en relación con el art. II del Convenio (cfr. ATS 1-12-1998 [RJ 1998, 10541], en «exequatur» núm. 3660/1996, y 4-4-2000, en «exequatur» núm. 1724/1998), a la vez que hace ocioso analizar el alegato que se esgrime como primera causa de oposición desde la perspectiva de la validez intrínseca del acuerdo arbitral, pues ésta no ha de venir dada por la aplicación de forma automática de las previsiones contenidas en la legislación interna, sino que, a efectos del reconocimiento, su examen habría de hacerse, en todo caso, a la luz del ordenamiento al que lo hayan sometido las partes o, en su defecto, a la vista de la ley del lugar en que fue dictado el laudo [art. V.1 a) del Convenio], correspondiendo a la parte contra la que se dirige la oposición la carga de alegar y probar la invalidez o ineficacia con arreglo a tales normas, nada de lo cual se ha hecho. Además de ello, difícilmente cabe esgrimir la falta de válida sumisión a arbitraje cuando la parte que se quiere aprovechar del argumento ha aceptado expresamente la competencia del órgano arbitral, compareciendo ante él y formulando alegaciones sobre el fondo. Procede, por tanto, rechazar este motivo de oposición.”

El Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 14 julio 1998 señala que “....Dicho documento, ciertamente, no cumple con las exigencias formales impuestas en el art. IV. 1, b) del Convenio, pues no está firmado por ambas partes, como obliga su art. II. Sin embargo, la solicitante ha aportado también un conjunto de documentos que recogen una serie de transmisiones por facsímil o teleimpresión entre las partes expresivos de las condiciones a que habría de quedar sujeto el fletamento del buque «Forest Hawk» del que trae causa la controversia, y es de su examen de donde la Sala ha de obtener la convicción de que en las relaciones entre ambas concurrió la voluntad conjunta de someter las disputas que surgieran en el desarrollo negocial al juicio de árbitros, pues es así como debe entenderse el presupuesto del reconocimiento que establecen los artículos II y IV, b) del Convenio de Nueva York (cfr. AATS 5 mayo 1998 [RJ 1998\4296], 26 mayo 1998 [RJ 1998\4538] y 7 julio 1998, entre otros)..... Este conjunto de comunicaciones es muestra evidente de la concurrente voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que surgieran en el desarrollo y ejecución del contrato de fletamento convenido, entre cuyas condiciones se incluía la cláusula de sumisión, al igual que había ocurrido en un anterior fletamento convenido entre ellas, cuya póliza sirvió de referencia para concertar el que dio origen a la disputa. Por lo tanto, se debe concluir que la mercantil solicitante ha dado cabal cumplimiento al requisito establecido en el art. IV de la norma convencional, en relación con tenor descriptivo del art. II de la misma Convención y del art. 1.2, a)

del Convenio de Ginebra de 21 abril 1961 (RCL 1975\1941 y ApNDL 2761), sobre Arbitraje Comercial Internacional, también en vigor entre los Estados de los que son nacionales las partes en litigio, pues **ha facilitado a esta Sala la prueba de la realidad del acuerdo por escrito comprensivo del sometimiento a arbitraje contenido en un cruce de transmisiones por teleimpresión, lo que vacía de fundamento el alegato de la sociedad demandada que, por demás, nada ha manifestado ni, en consecuencia, acreditado, sobre la presencia de alguna causa determinante de su invalidez de acuerdo con la ley que le fuera de aplicación, según lo dispuesto en el art. V.1 del repetido Convenio de Nueva York.**”

El Auto Tribunal del Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única), de 14 octubre 2003, del que fue ponente CORBAL FERNANDEZ, señala que “.....Alega la mercantil oponente, como segundo motivo de denegación del exequátur, el previsto en el art. V. 1-a) del Convenio de Nueva York (RCL 1977, 1575) , consistente en la nulidad o ineficacia de la cláusula arbitral contenida en el contrato de distribución celebrado el 17 de febrero de 1999, y dicho alegato descansa, de un lado, en la imprecisión de las partes sometidas a la cláusula arbitral, y de otro, en la falta de renuncia expresa al fuero propio. La causa de oposición al reconocimiento así planteada no puede acogerse: con independencia de que la alegada imprecisión de las partes suscribientes del convenio arbitral se realiza desde la perspectiva de una tercera empresa interviniente en la relación jurídica, respecto de la que se dice no quedar constancia de haber firmado la cláusula de arbitraje, con lo que se encuentra deslegítima la demandada para alegar hechos y circunstancias que no le atañen, siendo, por demás, clara su vinculación al arbitraje, contemplado desde su autonomía frente al contrato en el que se enmarca, con independencia de ello, decimos, **no se ha logrado acreditar, conforme a las reglas que distribuyen la carga de la prueba dentro del Convenio de Nueva York, que por causa de la falta de constancia de la suscripción por dicha tercera empresa de la cláusula de arbitraje, o por la falta de una expresa y terminante manifestación de renuncia al fuero propio, la referida cláusula haya devenido nula o ineficaz conforme a la ley que la disciplina y establece el mismo art. V.1-a) del Convenio, la cual, por demás, no ha de ser la ley española, como equívocamente entiende la entidad oponente.**”

El Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 septiembre 1998, contempla el reverso necesario de esta doctrina al señalar que “...es que la parte solicitante, pese a los reiterados requerimientos de esta Sala, **no ha conseguido aportar el documento o documentos en donde se recoge el acuerdo arbitral en la forma descrita en el artículo II.2 de la misma convención**, pues únicamente ha acompañado a su demanda unas confirmaciones de venta emitidas, por una sociedad de mediación en las que si bien figuran una cláusula relativa a la sumisión de los litigios a la Cámara de Arbitraje de París, no están, sin embargo, firmadas por ninguno de los contratantes, sino únicamente selladas con el cuño de otra sociedad, presumiblemente también mediadora, lo que **no permite, sin embargo, sostener sin ambages que en semejante relación contractual se incluyera la cláusula compromisoria que motivó el procedimiento arbitral ni que ésta, en su caso, vinculara al demandado, pues entre la documentación**

*aportada ni se acompaña documento alguno justificativo de la existencia de un contrato de comisión, mandato, agencia, corretaje o similar que determine relaciones habituales entre las entidades «Pienso Cuarte, SA» y «Comagri, SL», ni se ha acreditado la existencia de una orden dada por aquélla a ésta que reflejara una voluntad clara y manifiesta de comprometerse y contratar en los términos recogidos en la confirmación c/1330063/1 de 30 de junio de 1993, como tampoco la recepción -ni fecha de la misma- por la «Sociedad Cuarte, SA» de la confirmación de venta antedicha; circunstancias todas ellas que **no permiten tener por probado de manera directa ni inferir de forma indubitada que la voluntad de las partes fue la de incluir en el contenido de sus relaciones el compromiso de someter los litigios que surgieran al juicio de determinados árbitros...**»*

En el mismo sentido se pronuncia el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 26 mayo 1998, del que fue ponente VILLAGOMEZ RODIL, al señalar que “...*la parte solicitante no ha conseguido aportar el documento o documentos en donde se recoja el acuerdo arbitral en la forma descrita en el artículo II.2 de la misma Convención, pues únicamente ha acompañado a su demanda unas facturas y un certificado de encargo y nota de entrega referidas a otras mercancías, una simple fotocopia de una confirmación de pedido de fecha 10 de febrero de 1994 que contiene una mención a las condiciones COFREUROP y a la jurisdicción arbitral de Estrasburgo y a cuyo pie consta el nombre de la entidad demandante, así como una firma de contenido ilegible, una simple copia referida a una supuesta factura de devolución de mercancías y a una solicitud de costes de almacenaje, y, por último, unas fotocopias relativas a la correspondencia que se dice remitida por el letrado de la demandante a la entidad demandada; y si bien de todos ellos pudiera quedar acreditada la existencia de relaciones comerciales e, incluso, la perfección de un determinado negocio jurídico, en cuanto demostrativos de la realización de actos típicos de ejecución contractual («vide» arts. 18 y 19 del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de 11 abril 1980 [RCL 1991\229 y RCL 1996\2896], en vigor entre los Estados de los que son nacionales las partes en litigio), **no permiten, sin embargo, sostener sin ambages que en semejante relación contractual se incluyó la cláusula compromisoria que motivó el procedimiento arbitral, toda vez que ninguno de tales actos posteriores se refiere de forma directa a dicho acuerdo arbitral o permite inferir de forma indubitada que la voluntad de los contratantes fue incluir en el contenido del negocio que celebraban el compromiso de someter los litigios que surgieran en su aplicación al juicio de determinados árbitros, en línea con el criterio seguido por este Tribunal, manifestado entre otros, en AATS 16 abril 1996 y 17 febrero 1998...**»*

Y también el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 17 febrero 1998, del que fue ponente GULLON BALLESTEROS, que establece que “...*la parte solicitante, pese a los reiterados requerimientos de esta Sala, **no ha conseguido aportar el documento o documentos en donde se recoja el acuerdo arbitral en la forma descrita en el artículo II.2 de la misma convención, pues únicamente ha acompañado a su demanda una simple fotocopia de una factura referida a uno de los contratos celebrados entre las partes, unas confirmaciones***

de venta emitidas por una sociedad de mediación en las que si bien figura una cláusula relativa a la sumisión de los litigios a la Asociación Mercantil de la Bolsa de Hamburgo, no están, sin embargo, firmadas por ninguno de los contratantes sino únicamente selladas con el cuño de dicho mediador -y debe llamarse la atención sobre este extremo, pues el Tribunal arbitral lo aprecia erróneamente, considerando que es el sello de la mercantil española vendedora-, y, por último, unas fotocopias relativas a la correspondencia mantenida entre la mercantil ahora oponente y la sociedad mediadora; y si bien de todos ellos pudiera quedar acreditada la existencia de relaciones comerciales e, incluso, la perfección de un determinado negocio jurídico, en cuanto demostrativos de la realización de actos típicos de ejecución contractual (vide artículos 18 y 19 del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de 11 abril 1980 [RCL 1991\229 y RCL 1996\2896], en vigor entre los Estados de los que son nacionales las partes en litigio), **no permiten, sin embargo, sostener sin ambages que en semejante relación contractual se incluyó la cláusula compromisoria que motivó el procedimiento arbitral, toda vez que ninguno de tales actos posteriores se refiere de forma directa a dicho acuerdo arbitral o permite inferir de forma indubitada que la voluntad de los contratantes fue incluir en el contenido del negocio que celebraban el compromiso de someter los litigios que surgieran en su aplicación al juicio de determinados árbitros.**”

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 771/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 26 julio, de la que fue ponente GARCIA VARELAB, nos ilustra los requisitos del convenio arbitral en el arbitraje nacional, así como fija los límites interpretativos de la renuncia al arbitraje por mutuo disenso de las partes, al señalar que “...En este caso, de una parte, el convenio arbitral consta por escrito y expresa de forma inequívoca la voluntad de las partes de sometimiento a arbitraje, y, de otra, concurren en el mismo los requisitos generales para la validez de los contratos, por lo que debe cumplirse la disposición del artículo 11 de la Ley de Arbitraje, relativa a que el convenio arbitral válido obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje.” Continúa la misma sentencia exponiendo que “El motivo segundo del recurso -al amparo del artículo 1692.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1) por transgresión del artículo 13 de la Ley de Arbitraje (RCL 1988, 2430), en relación con los artículos 38 y 3 de este texto legal, ya que, según denuncia, la sentencia de instancia no ha considerado que el convenio arbitral es nulo e ineficaz, por no ajustarse a las prescripciones de la Ley de Arbitraje, al establecer, en el párrafo segundo del pacto duodécimo, la única actuación de dos árbitros, debiendo las partes nombrar un tercero o sustituto de los designados en caso de discrepancia o cualquier otra situación, no obstante el citado artículo 13 exige imperativamente que el número de árbitros sea impar-se desestima porque, **según dispone el artículo 9.1 de la Ley de Arbitraje, el contenido del convenio arbitral podrá extenderse a la designación de los árbitros y a la determinación de las reglas de procedimiento, y sí las partes no hubieren pactado sobre estos extremos podrán completar, en cualquier momento, mediante acuerdos complementarios, el contenido del convenio**

arbitral, y, en consecuencia de este precepto, la nominación de los árbitros en el convenio es facultativa y cabe su integración en concierto posterior.

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 64/2003 (Sala de lo Civil), de 6 febrero nos recuerda que “...Según resulta tanto del artículo 6.2 de la Ley de Arbitraje de 1988 (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) como del artículo 2.2 del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958 (RCL 1977, 1575), **lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje, siendo destacable en este sentido cómo la jurisprudencia más reciente de esta Sala se pronuncia en contra de las «fórmulas sacramentales» como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje (SSTS 1-6-1999 [RJ 1999, 4284], 13-7-2001 [RJ 2001, 5222] y 18-3-2002 [RJ 2002, 2847]) y a favor, en cambio, del criterio respetuoso con la voluntad de las partes presente en el artículo 3.2 de la Ley de 1988 (STS 13-3-2001 [RJ 2001, 3978]).....Si bien la sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 1992 (recurso núm. 734/1990 [RJ 1992, 4124]) mostró ciertas reservas ante las cláusulas de sumisión por la «mayor libertad contractual del fletante», no lo es menos que al mismo tiempo reconoció la existencia de una «línea interpretativa favorable a la admisión del arbitraje respecto de problema de aplicación de las Reglas de La Haya, e incluso la confirmación de esta tendencia en las todavía inaplicables Reglas de Hamburgo”.**

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 688/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 3 julio, en relación con el convenio arbitral, señala que **“Además de estar contenida en el contrato de fletamento la cláusula arbitral, lo está en el contrato de seguro marítimo, en el Libro de reglas que constituyen su normativa privada y que rige plenamente el seguro. Debe aplicarse al presente caso dicha cláusula, que excluye la jurisdicción española y, al no entenderlo así, la sentencia de instancia ha infringido los artículos 11 y 61 de la Ley de Arbitraje(RCL 1988, 2430y RCL 1989, 1783) y 211 de la Ley Orgánica del Poder Judicial(RCL 1985, 1578, 2635.”**

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 245/2002 (Sala de lo Civil), de 18 marzo, de la que fue ponente VILLAGOMEZ RODIL, explica que **“Procede el estudio del motivo primero en que se aportan como infringidos los artículos 3.1 y 5 de la Ley de Arbitraje Privado, al argumentarse que la cláusula decimoprimera del contrato de compraventa, cuyo cumplimiento y ejecución reclama el recurrente, no se adapta a las previsiones y exigencias del artículo 5 de la Ley Arbitral, pues de la misma no se desprende la voluntad inequívoca de las partes de someter a arbitraje sus diferencias contractuales, y carece también del requisito que el precepto señala de «expresar la obligación de cumplir tal decisión».**

La referida cláusula literalmente dice: **«Si en la interpretación o ejecución de este contrato surgieran diferencias entre las partes, transcurridos quince días sin conseguir acuerdos, habrán de someterse a un arbitraje, tal como se regula en la Ley». Resulta así suficientemente expresiva de la voluntad de los otorgantes**

de aceptar la institución arbitral, ya que el vocablo «habrán» resulta imperativo, de futuro, en cuanto a lo que ha de ocurrir y tiene que necesariamente efectuarse y cumplirse.

No es tan importante ni obligatorio transcribir en las reglamentaciones contractuales el contenido literal del citado artículo 5, basta que su sentido resulte claramente expresado, por haberse convenido y aceptado, reflejando consentimientos bilaterales concurrentes para estimar suficiente y vinculante el contenido de la cláusula controvertida. La sentencia que se deja citada de 1 de junio de 1999, no admite el razonamiento de la necesidad de hacer constar explícitamente «la obligación de cumplir tal decisión», ya que no debe confundirse la forma del negocio jurídico con las superadas fórmulas sacramentales.

Lo que resulta decisivo, a efectos de la vinculación para las partes de la estipulación que se discute, es que el convenio arbitral se formalice por escrito (artículo 6 de la Ley) y que contenga el consentimiento claro, preciso y determinante de las partes, como declaración de voluntades concordes, de someterse a arbitraje. De esta manera asumen la obligación tanto de sujetarse al mismo, como la de acatarlo y cumplirlo, al integrarse en un asentir contractual bien explicitado.

El motivo no procede y para nada resulta influyente el pacto trece de sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Málaga que juega con respecto a la exclusión convenida de arbitraje, que se contiene en el apartado segundo de la cláusula once (ejercicio de la acción ejecutiva para el cobro de letras aceptadas por el comprador en pago del precio), así como otras cuestiones que no sean precisamente las referentes a la interpretación o ejecución del contrato de compraventa.”

En este mismo, sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 724/2001 (Sala de lo Civil), de 13 julio, de la que fue ponente CORBAL FERNANDEZ, señala que “...En el motivo primero se denuncia infracción del art. 5.1 de la Ley de Arbitraje 36/1988 (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) («el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión») que acarrea la invalidez del convenio arbitral con base en el art. 3.1 de la propia Ley («el arbitraje para ser válido, deberá ajustarse a las prescripciones de esta Ley»). El presupuesto concreto cuya omisión se denuncia en la cláusula contractual del caso es el relativo a la expresión por las partes de la «obligación de cumplir» la decisión arbitral.

El motivo no puede ser acogido porque, aparte de que no aparece que la cuestión haya sido objeto de debate con anterioridad (según resulta del examen del contenido de la resolución recurrida), y aunque es cierto que el convenio de autos no contiene la expresión literal referida, sin embargo, el cumplimiento del requisito se deduce netamente del contenido de la cláusula contractual.

Además la interpretación flexible (no formalista) en la materia es la que prevalece en la doctrina, en la que se sostiene 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»; es la que recoge la Sentencia de esta Sala de 1 de junio de 1999 (RJ 1999, 4284), que señala que «el contrato de compromiso, o convenio arbitral como lo llama la Ley, debe contener el consentimiento, declaraciones de voluntad concordantes de las partes, lo cual lo especifica el art. 5.1 al disponer que debe expresar la voluntad inequívoca de las partes, que no es otra cosa que el consentimiento contractual; y al añadir el último inciso que también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión (el laudo arbitral) no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual; es decir, esta frase "obligación de cumplir la decisión" no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento»; y es la interpretación que más se ajusta al espíritu de la Ley 36/1988 respecto a la simplificación de formas y facilitación del arbitraje, en sintonía con su función y respeto al principio de la autonomía privada (art. 1255 CC).»

Los mismos argumentos los encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1042/1999 (Sala de lo Civil), de 11 diciembre, de la que fue ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ, que dice que "...en la cláusula de sumisión a arbitraje que ha sido transcrita no se hace constar, como dice el artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje la «obligación de cumplir tal decisión» (del árbitro) pero, reiterando lo que mantuvo la Sentencia de 1 de junio de 1999, debe cumplirse la forma que exige el artículo 6 y la expresión de que se obligan las partes a «cumplir tal decisión» (el laudo arbitral) es una mera redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual de sumisión a arbitraje; como concluye la indicada Sentencia: **esta frase «obligación de cumplir tal decisión» no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento.**

Tercera: consta en el caso presente la «**voluntad inequívoca de las partes**» de someter a arbitraje las divergencias que surjan del contrato de autos; es clara la cláusula contractual que ha sido transcrita; las partes quisieron -y así lo escribieron y firmaron- someter sus divergencias a arbitraje de equidad; sin embargo, parece confundir esta «voluntad inequívoca» la cláusula siguiente de sumisión (competencia territorial) al fuero del órgano jurisdiccional de Santiago de Compostela; pero no elimina aquella voluntad inequívoca de sumisión a arbitraje, sino que obedece al interés de seguir tal fuero territorial en lo que sea ajeno al arbitraje o en el caso de que se renuncie voluntariamente a éste. **Como principio, hay que afirmar que una cláusula que puede dar lugar a cierta confusión no elimina el convenio arbitral».**

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 490/1999 (Sala de lo Civil), de 1 junio, de la que fue ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ, sigue esta misma línea y además

refleja la premisa de una interpretación del convenio arbitral amplia, al señalar que *“...en la cláusula de sumisión a arbitraje del caso de autos no se hace constar explícitamente la «obligación de cumplir tal decisión.» No cabe admitir este razonamiento ya que no debe confundirse la forma del negocio jurídico, con las históricamente superadas fórmulas sacramentales. La doctrina y la práctica judicial en Juzgados y Audiencias se ha inclinado claramente a favor de no darle una trascendencia que no es acorde con la filosofía de esta Ley. Esta Sala se pronuncia decididamente sobre la forma del contrato de compromiso (o convenio arbitral, como lo llama esta ley) como independiente o como cláusula en otro contrato (es el presente caso), en el sentido de que debe formalizarse por escrito, como dispone el art. 6 de la Ley de Arbitraje y debe contener el consentimiento - declaraciones de voluntad concordes de las partes, lo cual lo especifica el art. 5.1 al disponer que debe **expresar la voluntad inequívoca de las partes**, que no es otra cosa que el consentimiento contractual; al añadir el último inciso que también debe **expresar la obligación de cumplir tal decisión** (el laudo arbitral) no es más que una simple redundancia, que va implícita en la **voluntad inequívoca de las partes** y que integra el consentimiento contractual. Es decir, esta frase **«obligación de cumplir tal decisión»** no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento.*

*Tercero.-Alega que la parte demandada, después de plantear la excepción de sumisión a arbitraje, contesta la demanda y niega que la codemandada doña Leticia O. tuviera relación con el contrato de obra en que se halla la cláusula arbitral y niega también que el contrato englobe las modificaciones y ampliaciones de obra, por tanto, temas ajenos a los que no alcanza la cláusula del convenio arbitral. No se puede aceptar este argumento puesto que el convenio arbitral, contenido en la cláusula novena del contrato de obra, prevé la sumisión a arbitraje de **«cualquier duda o divergencia que se suscitara entre las partes, por razón de la obra...»** y en este pacto, interpretado correctamente, se comprende tanto si la esposa del contratante es también deudora, obligada al pago de **la obra**, como si las ampliaciones y modificaciones forman parte de **la obra** y deben ser pagadas.*

*Cuarto.-Alega, por último, que la acción que se ejercita en la demanda queda fuera del ámbito contractual y, en consecuencia, de la sumisión a arbitraje de la misma; éste fue el argumento utilizado por la sentencia de primera instancia para negar la aplicación de la cláusula arbitral. Pero no puede aceptarse **al prever aquella cláusula la sumisión a arbitraje de toda duda o divergencia sobre la obra, se comprende la más evidente y, al tiempo, la más frecuente: el precio de la misma; es decir, el precio de la obra queda dentro del concepto de: «duda o divergencia... por razón de la obra efectuada».***

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 14 noviembre 2003 es fiel reflejo de esta doctrina, al señalar que *“...En lo que atañe a la causa primera se dice que el convenio arbitral es nulo por cuanto no consta en él la voluntad inequívoca de los contratantes de someterse al arbitraje y por cuanto no se dice expresamente que se obligan a cumplir con la decisión del árbitro.*

El convenio arbitral dice literalmente: «Artículo 53º Toda cuestión sobre la eficacia, interpretación o cumplimiento de este contrato, bien durante la vida de esta Sociedad o en su caso durante el período de liquidación, así como toda cuestión o diferencia que se suscite entre los accionistas y la Sociedad, o entre los primeros y miembros del Órgano de Administración o los liquidadores en cuanto se refiere a asuntos sociales, siempre que no puedan ser resueltas de acuerdo con lo pactado en este contrato para los órganos de representación y Administración de la Sociedad y en especial ante cualquier duda o divergencia que pudiera surgir entre las partes, acerca de la interpretación, cumplimiento o incumplimiento del presente contrato, rescisión o resolución del mismo, disolución y liquidación de la Sociedad, baja de los socios, así como la valoración de la misma e incluso la determinación y fijación de las indemnizaciones por daños y perjuicios a satisfacer por las partes, en su respectivo caso, los comparecientes, de común acuerdo y de hoy para aquel entonces, se someten expresamente al Arbitraje Institucional del Tribunal Arbitral de Barcelona de L'Associació Catalana d'Arbitratge, encomendando al mismo la designación de árbitros y la administración del arbitraje, de acuerdo con su reglamento».

Se afirma por el impugnante que la salvedad contenida en dicho convenio con la expresión «siempre que no puedan ser resueltas de acuerdo con lo pactado en este contrato para los órganos de representación y administración de la sociedad» supone que la controversia debe ser dirimida primero por los órganos sociales y si el accionista no estuviese conforme debe acudir a la jurisdicción impugnando las decisiones de la sociedad por los cauces procesales que correspondan.

*Pues bien **examinando la cláusula en su totalidad y sin hacer abstracción de la parte señalada considerándola en forma aislada, es visto que no cabe acoger la sesgada interpretación que se propone, que reduce al absurdo de privar de todo contenido a la cláusula arbitral y se contradice con la propia dicción literal del convenio arbitral** cuando establece: «...y en especial ante cualquier duda o divergencia que pudiera surgir entre las partes, acerca de la interpretación, cumplimiento o incumplimiento del presente contrato, rescisión o resolución del mismo, disolución y liquidación de la Sociedad, baja de los socios, así como la valoración de la misma e incluso la determinación y fijación de las indemnizaciones por daños y perjuicios a satisfacer por las partes».*

*Debe hacerse notar que la salvedad a la que se refiere el impugnante, **no recoge que la controversia deba ser resuelta por los órganos de administración sino que la controversia no pueda ser resuelta de acuerdo con lo pactado para los órganos de representación y administración, de lo que se infiere que la frase no indica otra cosa que el arbitraje no será necesario si la controversia puede ser resuelta pacíficamente por los contendientes. Interpretarlo de otro modo supondría dejar el contrato al arbitrio de una de las partes, lo que no es posible a tenor de lo dispuesto en el art. 1256 CC (LEG 1889, 27) Las cláusulas de los contratos deben ser interpretadas, en caso de duda, del modo más adecuado para que produzca efecto, art. 1284 y 1286 CC, por lo que debe rechazarse el motivo aducido.***

*De otra parte, la circunstancia de no contener la cláusula la expresa indicación de que las partes se obligaban a cumplir el laudo no es susceptible de provocar su nulidad en la medida en que el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente en esta materia que: «No es tan importante ni obligatorio transcribir en las reglamentaciones contractuales el contenido literal del citado artículo 5, basta que su sentido resulte claramente expresado, por haberse convenido y aceptado, reflejando consentimientos bilaterales concurrentes para estimar suficiente y vinculante el contenido de la cláusula controvertida. La sentencia que se deja citada de 1 de junio de 1999, no admite el razonamiento de la necesidad de hacer constar explícitamente "la obligación de cumplir tal decisión", ya que **no debe confundirse la forma del negocio jurídico con las superadas fórmulas sacramentales.**» STS de 18-3-2002 (RJ 2002, 2847) y las que en ella se citan.“*

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1139/2001 (Sala de lo Civil), de 30 noviembre nos recuerda la validez del convenio arbitral instituido como clausula estatutaria, al señalar que “*La cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje había sido discutida y rechazada doctrinal y jurisprudencialmente, no en forma unánime. Apuntó la validez la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 19 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1118) y la declaró clara y rotundamente la sentencia de esta Sala de 18 de abril de 1998 (RJ 1998, 2984). Ahora se reitera esta doctrina, pese a que no es cuestión sometida a casación, pero de ella es preciso partir. Acierta la sentencia de la Audiencia Provincial cuando interpreta tal cláusula estatutaria, antes transcrita, en el sentido de que es verdaderamente el llamado convenio arbitral de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783), de Arbitraje, que constituye la sumisión a arbitraje. El convenio arbitral ha sido válido, lo que no se ha discutido y ha recaído sobre un objeto arbitrable: una controversia jurídica, «res dubia» o conflicto de intereses con trascendencia jurídica, sobre la que las partes tienen poder de disposición.*

Este motivo debe ser estimado pues la presencia del convenio arbitral en los Estatutos, en cuestión litigiosa controvertida y disponible y comprendida, como se ha dicho en el fundamento anterior, en el objeto del convenio arbitral, impedirá a los Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje -como la presente- siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante la oportuna excepción, como así ha ocurrido aquí, desde la contestación de la demanda: todo ello según el artículo 11.1 de la Ley de Arbitraje, norma explícitamente alegada como infringida en este motivo de casación.”

La misma referencia al convenio arbitral como parte de los estatutos societarios la encontramos en la citada Sentencia del Tribunal Supremo núm. 355/1998 (Sala de lo Civil), de 18 abril, de la que fue ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ, que señala que “...El artículo 16 de los Estatutos de la sociedad demandada tiene el siguiente texto literal: «cualquier duda, cuestión o discrepancia que pudiera plantearse por asuntos sociales, entre la sociedad, los administradores o apoderados y los socios tanto durante la vida de la compañía, como en el período de su liquidación, sin más excepciones que las imperativamente establecidas por la ley, deberán ser sometidas a arbitraje de equidad que regula la Ley 22

diciembre 1953, a cuyo efecto vendrán obligadas las partes discrepantes a realizar cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje puede tener efecto, y en particular, a la designación de los árbitros y determinación del tema controvertido».

Según la Ley de Arbitraje que menciona, de 22 diciembre 1953, esta cláusula era un precontrato de compromiso, llamado también «contrato preliminar de arbitraje». Según la Ley vigente, de 5 diciembre 1988, es un contrato de compromiso, llamado también «convenio arbitral». El artículo 1 de esta última ley contempla el contrato de arbitraje sobre cuestiones litigiosas surgidas o (caso presente) que pueda surgir; a su vez, el artículo 6.1 también del convenio arbitral como contrato independiente o (caso presente) como cláusula incorporada a un contrato principal.

En esta cláusula establece que el convenio arbitral, como sumisión a arbitraje, en los Estatutos de la sociedad anónima demandada, lo cual tiene una antigua raigambre y una contante y extendidísima práctica, con fórmulas muy semejantes entre sí, que llegan a ser verdaderas cláusulas de estilo. La sociedad es un contrato que no se agota con un cumplimiento de prestaciones en forma instantáneas, como ocurre con los contratos de tracto único, sino que nace una relación jurídica contractual duradera, como ocurre con otros contratos de tracto sucesivo. La posibilidad de incluir una cláusula de convenio arbitral en los Estatutos de una sociedad mercantil, los cuales quedan integrados en el contrato, es indudable pese a que en los últimos tiempos, ciertas posiciones doctrinales lo han discutido. La validez de la cláusula estatutaria que contiene el convenio arbitral que mantiene claramente esta Sala, también ha sido compartida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 19 febrero 1998, que emplea una argumentación que se acepta plenamente por esta Sala:...si se configura como estatutario (el convenio arbitral) y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria.”

Por último, debemos señalar que en principio cualquier convenio arbitral que se incorpore a un contrato de adhesión no desplegará sus efectos si no ha prestado su consentimiento individualizado el consumidor. Tal es la doctrina que encontramos en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 17 octubre 2003, del que fue ponente VIDAL MARTINEZ, y que resuelven los recursos de apelación 666/2003 y 494/2003, que señalan que “...**quien se somete al arbitraje no renuncia a la tutela judicial efectiva sino que ésta debe prestarse, con todo el respeto hacia la institución arbitral, si tal mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos vulnera derechos fundamentales y constitucionales, entendidos estos como el orden jurídico que conforma nuestro estado de derecho.- En particular, desde el punto de vista de la llamada contratación en masa en forma de contratos de adhesión como recuerda la STS de 5-12-2002 (RJ 2002, 10430) , la autonomía de la voluntad se ve en cierto modo limitada o restringida en beneficio de la parte más débil**

de la contratación: ".. la doctrina se pronuncia en el sentido de que la producción de bienes y servicios en masa y la homologación de conductas de usuarios y consumidores, según patrones miméticos, junto con las necesidades de simplificación y normativización que imponen las organizaciones empresariales a la que no son ajenas prácticas que se desarrollan por la posición preeminente que ocupan en el mercado, ha propiciado y extendido, con carácter general, la contratación sujeta a contenidos del contrato tipificados que limitan la voluntad del contratante a la mera aceptación o simple adhesión al contrato que se ofrece por la parte llamada, por ello, predisponente. La libertad en este caso del contratante precisado de aquellos bienes o servicios se deduce a la prestación del consentimiento careciendo, por regla general, (aunque no siempre ocurre así), de posibilidades reales de negociación del contenido de las condiciones del contrato. Surgen de este modo, las "condiciones generales", es decir, las impuestas por una de las partes contratantes a la otra, redactadas con carácter general, para todos los contratos de una misma clase, y que, en principio, tienden a favorecer a la parte que las impone. Las nuevas realidades sociales que son hoy lugar común en el tráfico jurídico dejan, a veces, mal parada la libertad de contratación por lo que el derecho ha establecido mecanismos compensatorios, ora sea mediante la declaración de las cláusulas oscuras que perjudiquen a la que se denomina "parte débil" del contrato, ora sea mediante sistemas de declaración de nulidad por abusivas de las condiciones generales. Estas materias, sin embargo, aunque pertenecen al derecho privado, no obstante las normas interventoras que las regulan, están regidas por leyes especiales. (Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [RCL 1984, 1906], Ley de Condiciones Jurídicas de la Contratación [RCL 1998, 960], Legislación de Comercio y Directivas de la Unión Europea aplicables)" (RJ 2002, 10430).

II.- Examinado el caso de autos en el que una empresa de distribución de telefonía móvil y la Asociación promueven la ejecución de un laudo arbitral emitido por la segunda, desde dos prismas fundamentales debe ser confirmado el auto apelado, amén del pronunciamiento judicial que necesaria y consecuentemente deberá completar esta resolución.

El primero apunta al fraude de ley o procesal al que se refiere el art. 247 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) y art. 11, 2 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635).

*Y es que en efecto de los datos que aparecen en este expediente y en los restantes procedimientos que obran en esta Sala en relación con laudos emitidos por árbitros designados por la AEADE y que el Tribunal no puede ignorar por hallarse bajo su jurisdicción, y tener atribuida en exclusiva la materia relativa al arbitraje, se desprende **que la Asociación que designa a los árbitros que han de emitir los laudos, y que no exige provisión de fondos a las personas que verifican su reclamación ante ella, ha asesorado previamente a las empresas de telefonía móvil que a ella posteriormente se dirigen, atendiendo la AEADE exclusivamente a sus intereses.***

Ello se desprende tanto de la utilización del sello de dicha Asociación en los contratos promocionales de telefonía móvil, únicos -que sepamos- en los que consta la designación de la Asociación como institución arbitral, como del sentido estimatorio de los laudos, en los que se destaca en su fundamentación los graves daños y perjuicios que los incumplimientos de los consumidores producen a las pequeñas y medianas empresas de telefonía móvil habida cuenta su pequeña cuantía y la "imposibilidad de hecho de acudir a la justicia ordinaria por los costes que ésta comporta" de modo que, introduciendo la cláusula arbitral en los contratos, los pequeños litigios se derivan hacia la Asociación que procede a determinar los incumplimientos, a señalar las oportunas indemnizaciones y también a cargar al reclamado con los gastos del arbitraje que como se ha visto de la diligencia del Sr. Secretario de la Sala, suponen alrededor de un 50% o más de la indemnización que se establece.

Incumplido el requerimiento de pago, tras la emisión del laudo condenatorio, la propia Asociación se encarga de solicitar judicialmente la ejecución del laudo compareciendo con una única representación y defensa junto con la empresa de telefonía móvil, contando con la limitada oposición que permite la ley en esta fase, al gozar los laudos de la misma eficacia que una sentencia firme.

La AEADE carece de la imparcialidad que debe presumirse de la institución arbitral a la que la utilización de tales métodos pervierte.

Las explicaciones que al efecto facilita la Asociación en el recurso que se interpone contra el Auto de inadmisión de la demanda de ejecución de laudo arbitral dictado por el Juzgado a quo, no desvirtúan las anteriores consideraciones.

Así, el sello de la AEADE aparece en el contrato de promoción de telefonía móvil por lo que es claro que la Asociación no se ha limitado a sugerir los términos de la cláusula arbitral, lo cual sería lícito, sino que como se viene a admitir en el recurso ha facilitado el contrato completo, **lo que supone un asesoramiento jurídico que impide la AEADE ser árbitro del litigio que en relación con los pactos convenidos pueda surgir posteriormente entre las partes, según las causas de abstención y recusación aplicables a los árbitros por remisión del art. 12, 3 de la Ley de Arbitraje (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) a los artículos correspondientes de la LOPJ (219, 5 de la LOPJ).**

Por otro lado es sabido que las costas constituyen un crédito de un litigante frente al otro de modo que la personación de la AEADE y de su letrado defensor ante la jurisdicción ordinaria para solicitar, no ya como coactor mancomunado por unas ciertas cantidades (las de la Administración del arbitraje), que igualmente y en puridad se deberían al instante del procedimiento arbitral, sino como acreedor solidario del conjunto de las cantidades establecidas en el laudo junto con la empresa de telefonía móvil, no viene justificado tampoco sino en el contexto de las relaciones previas entre dichas empresas y la Asociación.

III.- El segundo motivo o causa de desestimación del recurso es aún más relevante.

La cláusula arbitral, en la medida en que se encuentra inserta como condición general en contratos de adhesión celebrados con consumidores

(no se niega tal condición en los demandados por la apelante, a pesar de que se introduzca extemporáneamente esta cuestión en el escrito formulando alegaciones de fecha 6-10-2003, amén de resultar en nuestro derecho patrio más amplio el concepto de consumidor que la mera referencia a la persona física ex art. 1 de la LGDCU [RCL 1984, 1906]) es nula de pleno derecho y por tanto debe tenerse por no puesta según el art. 10 bis de la ley antes citada.

En el elenco de cláusulas consideradas nulas por abusivas se cita expresamente en el número 26ª (RCL 1984, 1906).

"La sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico".

Entiende la Sala que es clara la aplicación de tal precepto en el caso que nos ocupa, en la medida en que:

a) la cláusula no ha sido negociada individualmente pues el contrato es un impreso de la empresa distribuidora de telefonía móvil y en él aparece la cláusula arbitral formando parte del mismo, siendo la misma en todos los casos por lo que reúne el carácter de condición general.

b) La remisión al arbitraje no es obviamente a una institución pública como son las Juntas de Consumo a las que se refiere el Art. 31 de la LGDCU sino a una asociación de carácter privado que además ha asesorado previamente a la empresa oferente o predisponente.

c) La cláusula perjudica claramente a los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

l.- por cuanto se le impide acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral con garantías de imparcialidad como es la institucional arbitral de consumo en la que participan además de la Administración Pública, profesionales de los sectores implicados, en este caso empresas de telefonía móvil y representantes de los consumidores.

En segundo lugar por cuanto en muchos casos se obliga al consumidor a acudir a defenderse a una localidad lejana a su domicilio, lo que unido a la baja cuantía de las reclamaciones, dificulta -cuando no imposibilita- las posibilidades de defensa.

En tercer lugar porque se le impone al consumidor una carga sobreañadida a la indemnización que se determina a favor de la empresa de telefonía móvil, al consignarse en la cláusula analizada que con independencia de la estimación o desestimación parcial de la reclamación, los costes del proceso arbitral los ha de abonar la parte que hubiese incumplido el contrato. Dichos gastos alcanzan además una cuantía elevada, todo lo cual resulta contrario a los principios inspiradores del art. 394 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) o aun del Art. 35 de la LAB (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) que resultan de carácter imperativo según reiterada doctrina legal.

..... . Además, podemos citar otras en sentido opuesto como es la de la Sección 13 de la Audiencia Provincial de Madrid de 4-6-2002 (JUR 2002, 209773) que en

un caso igual al de la cláusula contemplada se pronuncia por su nulidad y por no reconocer eficacia alguna al laudo dictado por la AEADE. “

No podemos dejar de señalar, con justa indignación, que utilizaciones espurias de la institución arbitral como la realizada por AEADE son las que han provocado el recelo del ciudadano medio hacia el arbitraje, dificultando enormemente la constante labor de promoción y consolidación del mismo realizada por la magistratura y por las Instituciones arbitrales de prestigio, tales como el Club Español del Arbitraje o las Cortes de Arbitraje dependientes de las Cámaras de Comercio, Industria y navegación. En el caso de la AEADE, podemos citar otras sentencias, como la Sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona núm. 846/2003 (Sección 14ª), de 17 octubre, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 3 octubre 2003, que reiteran lo antes expuesto. Esta última, de la que fue ponente AGULLO BERENGUER, señala que **“...no puede permitirse a una de las partes la designación y resolución del conflicto utilizando el procedimiento arbitral que viene incluido como una de las condiciones generales en un contrato de adhesión. A esta conclusión ha de llegarse necesariamente atendiendo a que AEADE (compañía mercantil según el poder para pleitos aportado y unido a los folios 77 y siguientes) es la que con papel de su empresa y con su sello impreso promociona, previo asesoramiento a las empresas de telefonía móvil, los productos de las compañías de teléfono, redactando contratos tipo para llevar a cabo la promoción indicada en los que designa a la misma asociación como «institución arbitral»; se incluye una cláusula de sometimiento al árbitro que unilateralmente se reserva nombrar la susodicha asociación cualquiera que sea el domicilio del consumidor aunque esté lejos del designado en el contrato dificultándose al máximo su derecho de defensa por el coste añadido del desplazamiento y teniendo en consideración la escasa cuantía reclamada, reservándose asimismo la ejecución del laudo una vez dictado, arrogándose una atribución estrictamente jurisdiccional como es la de ejecutar lo juzgado según el artículo 117 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) . También resulta abusiva la cláusula por la que en cualquier caso de estimación total o parcial de la reclamación formulada contra el consumidor, se imponen a éste las costas del procedimiento arbitral lo que se opone frontalmente a la regulación en materia de costas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) (arts. 394 a 398).**

Los anteriores motivos serían suficientes para decretar la nulidad del laudo pero es que además se puede estimar nulo asimismo por concurrir en este caso según lo expuesto motivos suficientes para la recusación del árbitro que decidió la contienda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 219, 5º, 9º LPOJ (RCL 1985, 1578, 2635) pues es evidente que la árbitro ha sido incluida en el poder para pleitos de fecha 19 de abril de 2002 (3 días después de la fecha del laudo) como posible defensora de los intereses de la sociedad PARLAB BROKER, SL, la cual, a su vez y según lo expuesto, debió de ser asesorada por la AEADE quien asimismo designó a dicha letrada como árbitro.”

La Sentencia nº 32/2014 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 2 de Junio de 2014, en su fundamento de derecho segundo enfatiza la flexibilidad formal del convenio arbitral a tenor de la NLAB, analizando el caso de las Juntas de Propietarios:

*“.....Con independencia de ello, como hemos puesto de manifiesto en resoluciones anteriores de este Tribunal, entre otras, en la sentencia de 16 de septiembre de 2013 , **la forma del convenio arbitral es muy flexible, según prevé el art. 9 de la Ley de Arbitraje , pudiendo aparecer como un acuerdo independiente del contrato, surgido, incluso, de correspondencia intercambiada entre las partes o hasta por la ausencia de negación de una de ellas cuando se alega su existencia por la contraria en un procedimiento judicial. Por ello, no es imprescindible que para la reclamación por vía arbitral de las deudas que mantengan los comuneros con una comunidad el convenio haya de constar en los Estatutos de la Comunidad de Propietarios, sino que tal convenio puede consignarse en un acuerdo posterior de sus integrantes como lo es el tomado en junta ordinaria o extraordinaria. Lo verdaderamente relevante es que exista asunción expresa o tácita del convenio arbitral por ambas partes - comunidad de propietarios representada por el Presidente y el propietario contra el que eventualmente se dirija la acción-, conformidad que puede extraerse por la ausencia de impugnación del acuerdo adoptado por la junta de propietarios.***

Cierto es que los criterios seguidos por los tribunales en esta materia no son uniformes, como evidencian las decisiones contrapuestas seguidas en varias de las Secciones de la Audiencia Provincial de Madrid; soluciones dispares que resume Auto de la Sección 21ª núm. 92/2012 de 27 marzo. Ante una situación muy habitual en este tipo de litigios, en la que el propietario contra el que ha promovido la Comunidad el procedimiento arbitral hubiera votado en contra, se hubiera abstenido o no hubiera asistido, sin haber impugnado judicialmente el acuerdo comunitario, mediante el ejercicio de la acción prevista en el artículo 18 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, la cuestión que se plantea es si el acuerdo comunitario contiene un convenio arbitral consentido por la persona contra la que dirige la reclamación por vía arbitral la comunidad de propietarios el ejecutado. Y esa resolución constata que la contestación que se ha dado en la Audiencia Provincial de Madrid no es uniforme sino claramente contradictoria:

Entienden que el acuerdo comunitario valdría como convenio arbitral, las siguientes Secciones : la 8, en auto número 204/2011, de 10 de octubre de 2011 (JUR 2011, 417143); la 10 , en auto número 270/2011, de 26 de octubre de 2011 (JUR 2011, 432366); la 13 , en autos número 261/2011, de 23 de diciembre de 2011 (JUR 2012, 20770), 288/2011, de 28 de noviembre de 2011, y 165/2011, de 26 de julio de 2011; la 18 , en auto número 213/2010, de 14 de octubre de 2010; y la 25 , en auto número 9/2012, de 18 de enero de 2012 (JUR 2012, 64710); Secciones que invocan también el acuerdo de unificación de criterios del orden jurisdiccional civil de la Audiencia Provincial de Madrid adoptado el día 23 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 307394) .

Por el contrario, entienden que el acuerdo comunitario no contiene un convenio arbitral consentido por el ejecutado, las siguientes Secciones: la 9 , en autos número 250/2011, de 5 de diciembre de 2011 (JUR 2012, 22923) y 248/2011, de 2 de diciembre de 20 11; la 11, en autos número 11/2012, de 17 de enero de 2012 (JUR 2012, 59675) y 327/2011, de 16 de diciembre de 2011 (JUR 2012, 22943); la 12 , en autos número 19/2012, de 18 de enero de 2012 y 14/2012, de 12 de enero de 2012; la 14, en auto número 757/2012, de 2 de febrero de 2012; la 19 , en autos número 285/2011, de 1 de diciembre de 2011 y 20/2011, de 12 de julio de 20 11; y la 20, en auto número 22/212, de 26 de enero de 2012 (JUR 2012, 106851) .Y, este último criterio es el mantenido en los autos de esa Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid número 5/2012, de 11 de enero de 2012 (JUR 2012 , 41703) y 207/2011, de 8 de noviembre de 2011 .

Pero ante esa discrepancia doctrinal este Tribunal se inclina por la solución que acoge, entre otros, el auto de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 272/2012 de 8 noviembre , con los siguientes argumentos: " **de la misma forma que es posible que en el título constitutivo de la propiedad, incluso el otorgado por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, se establezca el arbitraje, también lo es que el mismo pueda ser acordado por los comuneros en cualquier Junta**, posibilidad igualmente prevista en la Exposición de Motivos de la misma ley cuando permite que " por obra de la voluntad se especifiquen, completen y hasta se modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no contravengan las normas de Derecho Necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la Ley", y autorizada por lo dispuesto en el art. 396 del C.C ., que señala que " esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados " y por el art. 14, c) de la L.P.H . que señala con relación a la competencia de las Juntas de Propietarios, que tienen las de " conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la Comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común". **Queda por tanto al arbitrio de los comuneros establecer el arbitraje en los estatutos, o aprobarlo en la junta de propietarios, bastando en este último caso para su establecimiento la mayoría simple del art. 17,3ª de la L.P.H. (mayoría del total de propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación) pues dicho acuerdo no se puede encuadrar en ninguno de los supuestos configurados como acuerdos especiales. En este último supuesto la voluntad común, rectamente formada a través del cauce legal preestablecido, absorbe y sustituye a la de cada uno de los propietarios, bien por exteriorizarla en la Junta convocada con tal finalidad bien por inferirse en sentido favorable a tenor de lo dispuesto en el artículo 17.1º, párrafo cuarto y quinto, que dicen: " A los efectos establecidos en los párrafos anteriores de esta norma , se computarán como votos favorables los de aquéllos propietarios ausentes de la Junta , debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9, no manifiesten su discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 230 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción. Los**

acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios".

En el mismo sentido, el Auto núm. 387/2012 de 14 noviembre de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10^a) señala: «La adopción de acuerdos en Junta General Ordinaria o Extraordinaria, es una de las funciones que legalmente se atribuyen a la Junta de propietarios, en virtud del Art. 14. Ley sobre Propiedad Horizontal, el cual establece que "Corresponde a la Junta de propietarios: d) Aprobar o reformar los estatutos y determinar las normas de régimen interior y e) Conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común...

El sometimiento a arbitraje de las posibles controversias que puedan surgir dentro de la Comunidad, queda comprendido, entre las funciones de acordar las medidas necesarias o convenientes en interés general para la comunidad, para un mejor servicio común... No es necesaria la concurrencia de todos los vecinos en las Juntas para adoptar determinados acuerdos, tal y como establece la Ley sobre Propiedad Horizontal, en su artículo 17.1 "la unanimidad solo será exigible para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad"... Para el acuerdo adoptado respecto al sometimiento de las posibles controversias que se pudieran suscitar en la Comunidad, no era necesaria la citada unanimidad, con lo que queda más que reafirmada la legalidad del acuerdo adoptado... Cabe recordar, las múltiples posibilidades que la ley concede a las partes interesadas, para poner de manifiesto el desacuerdo o la ilegalidad de los acuerdos adoptados..., de lo que se ha de deducir, que si... no han hecho uso de los mecanismos que la ley prevé, es porque estaban del todo de acuerdo con las decisiones adoptadas en la Junta General... La parte demandada podía haber ejercitado el mecanismo legal establecido en el Artículo 18, de la Ley sobre Propiedad Horizontal, impugnando ante los tribunales los acuerdos adoptados en la Junta de Propietarios.»

Por otro lado, discutida por primera vez en este procedimiento por la demandante la existencia del convenio arbitral, debe recordarse que el artículo 6 de la LAB dispone que "Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley." No cabe invocar una infracción cometida en el procedimiento como motivo de anulación si no se dio con anterioridad oportunidad a los árbitros de corregirla, como ocurren en este caso, donde el demandante no discutió en el procedimiento arbitral la existencia de dicho convenio arbitral. Este entendimiento de la acción de anulación como remedio subsidiario parece haberse decantado en la práctica judicial española. Las SSAP Madrid de 28 septiembre 2002 (sec. 10), de 18 marzo 2004 (sec. 10^a) y de 26 abril 2005 (sec. 2^a) entienden que la acción de anulación no autoriza a la parte perjudicada por el laudo a suscitar sorpresivamente cuestiones que no fueron planteadas en el arbitraje. Habiendo tenido oportunidad la demandante, como luego señalaremos, para haber intervenido en el procedimiento arbitral y para plantear allí la inexistencia o invalidez del convenio

arbitral, debemos entender, conforme al citado artículo, que renunció a su facultad de impugnación respecto a este extremo.

Por último, la Sentencia n. 31/2015 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de Abril de 2015, se centra en la cláusula arbitral como parte de un contrato de adhesión, en su fundamento de derecho segundo:

*“Para el análisis de la cuestión planteada, hay que distinguir dos aspectos, en primer lugar, la alegación relativa a que estamos ante un contrato de adhesión, que no ha sido negociado individualmente. Al respecto, hay que decir que **aun partiendo de que pueden concurrir en el mismo los requisitos del contrato de adhesión, en este caso el contrato es válido, pues consta la voluntad inequívoca y libre de las partes de someter las posibles controversias a arbitraje, sin que sea óbice para ello el que la cláusula compromisoria esté inserta en un contrato de adhesión. Según el art. 9.2 Ley de Arbitraje los convenios arbitrales contenidos en estos contratos se regirán por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en cuyos arts. 7 y 8 se enumeran las causas de nulidad o ineficacia de las condiciones generales, no aplicables al presente supuesto.***

*El apartado segundo del último artículo citado, establece la **nulidad de las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor**, en nuestro ordenamiento jurídico se consiente la figura del consumidor- persona jurídica-, como muestra el art. 3 LGDCU , -que sigue en ese apartado lo que ya estableciera el artículo 1.2 de la primitiva LGDCU aprobada por la Ley 26/1984-, **debiendo considerarse consumidores o usuarios "las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional"**, en este caso la demandante en el concreto contrato, sí está actuando en el ámbito de su actividad empresarial, - aunque afirme lo contrario-, la obtención de financiación para la actividad que ejerce, en concreto BBVA adquirió el 31 de octubre de 2007 a un tercero por mandato de VINART HOTELS, una finca en Palma de Mallorca para llevar a cabo la explotación de un hotel, actividad a la que se dedica la demandante, suscribiendo a la vez entre las partes un contrato de arrendamiento financiero por el que el BBVA cedía en leasing la finca referida con vencimiento al 31 de octubre de 2024, fecha en que se podía ejercer la opción de compra, y un contrato de permuta financiera para cubrir las fluctuaciones del tipo de interés variable del arrendamiento. Por tanto, ello no es extraño al desenvolvimiento de una empresa en el mercado, operando la financiación como elemento esencial de la actividad empresarial, (en sentido similar se pronuncia la AP de Barcelona en S. de 9-12-2011 , con cita de las del TS 15 de diciembre de 2005 y 20 de diciembre de 2007); de modo que cabe concluir que la demandante desde un punto de vista estrictamente jurídico no ostenta la cualidad de consumidora que haya de proporcionarle la protección legal dispensada por la LGDCU.*

El anterior criterio es también el adoptado en el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Catorceava, de 13 de junio de 2013 , dictado para la resolución de la demanda interpuesta por VINART HOTELS, S.L., contra BANCO BILBAO

VIZCAYA ARGENTARIA, por los mismos hechos, que confirma el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 33 de la misma localidad de 8 de enero de 2013, que estima la declinatoria por falta de jurisdicción promovida por la aquí demandada; también adopta el mismo criterio el Laudo Arbitral impugnado en el punto 8.12, argumentos de ambas resoluciones que compartimos y damos por reproducidos.

En cuanto a la imposición de un domicilio que, según la demandante, favorece al demandado, en concreto Madrid, cuando no es el lugar de celebración del contrato, ni el domicilio de las partes, hay que decir que la citada cuestión no ha sido planteada durante la tramitación del arbitraje, siendo de aplicación al respecto el artículo 6 de la LAB, que dispone que " Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley."

Como consecuencia de lo anterior la parte demandante debería haber planteado al Tribunal Arbitral la citada cuestión, como infracción del principio de igualdad, al no hacerlo hay que entender que ha renunciado tácitamente con ello a las facultades de impugnación.

Por otro lado, la sumisión a arbitraje no puede sostenerse que genere, por sí, perjuicios o indefensión una de las partes, al tratarse, el arbitraje, de un sistema legal reconocido y regulado en derecho, que no puede presumirse genere desequilibrio entre las partes, siendo que desde la óptica constitucional, no hay ningún problema en admitir la cláusula arbitral. El poder de disposición de las partes para la exclusión de los órganos jurisdiccionales del Estado en las materias de derecho disponibles es total: la STC 136/2010 trata la relación de esa facultad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, diciendo que el convenio arbitral es apto para expresar "la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación, contractual o no contractual".

3.2. Obligaciones posteriores a la aceptación del árbitro³⁶⁹

3.2.1. Obligaciones generales

En la LAB, nada más iniciado el arbitraje, los árbitros podían apreciar una nulidad radical de su nombramiento, o una incompetencia objetiva (*vide* art. 23 LAB) que fueran claras, patentes e indudables. Si tan advertibles aparecieran, si tan

³⁶⁹ HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL señala que "los supuestos que pueden recogerse como infracciones en el desarrollo de la actuación de los árbitros pertenecen a dos grandes apartados. En el primero de ellos, el procedimiento arbitral, el quebrantamiento podrá referirse a la vulneración de los principios esenciales previstos en la LAB., o a las formalidades legales o convencionales, respecto del emplazamiento o de los actos de instrucción (alegaciones, prueba y conclusiones). En el segundo de ellos, el laudo arbitral, la violación de los preceptos imperativos de la Ley, en cuanto a la motivación, al *quórum*, a las costas y a las actuaciones posteriores."

evidentes e incontrovertibles se presentaran, los árbitros deberían declinar la aceptación o, al menos advertir que, a tenor del art. 23 LAB, rechazarían el arbitraje. Otra cosa bien distinta ocurre cuando la cuestión es compleja, controvertible, con posiciones opuestas de las partes (que se vislumbran normalmente en los contactos bilaterales iniciales).

En cuanto a este punto, aunque la incompetencia objetiva podía apreciarse de oficio (art. 23 LAB) y aunque la inexistencia, nulidad o caducidad del convenio inicial podían resolverse en el trámite inicial al que aludía el art. 23 LAB, debe mantenerse una posición de singular prudencia.

Y es que la aceptación, como acto libre, es también un acto responsable, y a veces el árbitro no debe aceptar, y esta decisión obliga a documentarse, y a ponderar previamente su decisión según hemos explicado. Lógicamente la aceptación provoca el nacimiento de determinadas obligaciones.

Los Jueces y Magistrados, en presencia de una controversia llegada o repartida a su Juzgado o Tribunal, siempre deben resolverla y fallar. El artículo 6º del Código Civil, en su primitiva redacción ya decía: *“El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad”*, y en la actualidad, el art. 11, nº 7 dispone que *«los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan según el sistema de fuentes establecido»*.

Pues bien, para los árbitros sólo después de su aceptación (y son dueños de otorgarla o no) surge este deber de fallar o resolver las cuestiones planteadas, aunque excepcionalmente fuera de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 LAB.

Y este deber, el deber de fallar o resolver que afecta a los árbitros, aparecía consagrado en el art. 16 LAB y comportaba a su vez los siguientes deberes, tras la aceptación y antes de dictar el laudo:

- Obligación de fijar y comunicar a las partes unos honorarios justos.
- Seguir el procedimiento, conduciéndolo, y ordenándolo a la finalidad perseguida que no es otra que el pronunciamiento de un laudo justo que resuelva la controversia; y guardar los principios exigidos para la validez del laudo al conducir el procedimiento, al servicio de la finalidad institucional perseguida.
- Dictar, en tiempo oportuno, el laudo procedente, previendo que el mismo no contenga vicios que impidan que se convierta en firme y definitivo.

En la NLAB, su Título IV se dedica a la importante cuestión de la competencia de los árbitros, con una regulación más completa que la de 1988. De este modo, el artículo 22, al regular la “potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia”, señala que:

“1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la

controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

2. Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito.

Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.

3. Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral.”

La Exposición de Motivos de la NLAB nos explica que “el artículo 22 establece la regla, capital para el arbitraje, de que los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia. Es la regla que la doctrina ha bautizado con la expresión alemana Kompetenz-Kompetenz y que la Ley de 1988 ya consagraba en términos menos precisos.

Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral.

Además, bajo el término genérico de competencia han de entenderse incluidas no sólo las cuestiones que estrictamente son tales, sino cualesquiera cuestiones que puedan obstar a un pronunciamiento de fondo sobre la controversia (salvo las relativas a las personas de los árbitros, que tienen su tratamiento propio).

La Ley establece la carga de que las cuestiones relativas a la competencia de los árbitros sean planteadas a limine. Ha de resaltarse que el hecho de que una de las partes colabore activamente en la designación de los árbitros no supone ningún tipo de renuncia tácita a hacer valer la incompetencia objetiva de éstos. Es una lógica consecuencia de la regla de Kompetenz-Kompetenz: si son los árbitros los que han de decidir sobre su propia competencia, la parte está simplemente contribuyendo a designar a quien o a quienes podrán decidir sobre dicha competencia. Lo contrario abocaría a la parte a una situación absurda: debería permanecer pasiva durante la designación de los árbitros para poder luego alegar su falta de competencia sobre la controversia.

La regla de la alegación previa de las cuestiones atinentes a la competencia de los árbitros tiene una razonable modulación en los casos en que la alegación tardía está, a juicio de los árbitros, justificada, en la medida en que la parte no pudo realizar esa alegación con anterioridad y que su actitud durante el procedimiento no puede ser interpretada como una aceptación de la competencia de los árbitros. Queda a la apreciación de los árbitros la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo. La Ley parte de la base de que los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas.”

Esta redacción definitiva del artículo 22 NLAB, que nos parece altamente satisfactoria, pretendió ser modificada por la ENMIENDA NUM. 91 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU), que propuso modificar el apartado 3, con la siguiente redacción: «3.La decisión de los árbitros podrán impugnarla mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en que se haya adoptado o, independientemente, una vez resuelta la cuestión previa. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción autónoma de anulación suspenderá el procedimiento arbitral. La suspensión del procedimiento arbitral producida por la impugnación de unas cuestiones resueltas con carácter previo no obstará a que el Tribunal arbitral ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancia de parte legítima, cualesquiera de aseguramiento de prueba, así como de medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirle perjuicios irreparables para los promotores, salvo que las partes presentasen caución bastante para responder de los daños y perjuicios que derivaran de la tramitación de una cuestión previa desprovista de fundamento.» El fundamento de esta enmienda se encuentra en la necesidad de “*Compatibilizar la necesidad de evitar gastos y actuaciones que puedan resultar inútiles con la de impedir la causación de perjuicios originados por la conducta del recurrente*”.

Vemos, por lo tanto, que esta postura buscaba asimilar plenamente la cuestión de competencia como una cuestión incidental, que debiera resolverse necesariamente con carácter previo en pieza separada, impidiendo la continuación del arbitraje hasta su resolución. Sin embargo, la fórmula prevista por la NLAB dota de la necesaria autonomía a los árbitros para que éstos decidan, a tenor de las circunstancias concurrentes en cada caso, si deben resolver la cuestión de competencia como algo previo al procedimiento arbitral con un laudo parcial o si por el contrario debe resolverlo en el laudo que ponga final al arbitraje.

La experiencia arbitral aconseja esta segunda opción, puesto que no debemos olvidar que los diferentes laudos que se emitan en un mismo procedimiento arbitral no pueden corregirse ni contradecirse entre sí, puesto que tienen sustantividad propia como decisiones arbitrales, que pueden ser impugnadas en los términos y con las consecuencias que prevé la NLAB para el caso de un único laudo que pone fin al arbitraje. Por lo tanto, una resolución interlocutoria o laudo parcial que resuelva la cuestión de competencia corre el riesgo de entrar en incongruencia con el futuro laudo que podemos denominar “final”, en el que es probable que los

árbitros hagan referencia e interpreten hechos coincidentes, con el riesgo de conclusiones no exactamente idénticas. Por lo tanto, salvo en el caso de que la decisión sea estimatoria, lo que lógicamente pone fin al arbitraje, resulta lo más aconsejable que el procedimiento arbitral siga su curso, sustanciándose paralelamente el incidente competencial, que será resuelto definitivamente en un único laudo.

Lógicamente estas decisiones tendrán un efecto directo sobre la posible responsabilidad de los árbitros, siempre desde el prisma del artículo 21 NLAB, que señala que *“la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo”*. Desde esta perspectiva, la responsabilidad del árbitro únicamente podrá derivarse de una estimación de la cuestión de competencia que resulte manifiestamente temeraria, dolosa o fruto de la mala fe; o bien de su desestimación irrazonada, que pueda ser incardinada dentro de una de las tres vertientes de la responsabilidad antes comentadas.

Como es exigido por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, quien reclame la responsabilidad del árbitro debe probar la realidad de los daños y perjuicios que argumenta se han derivado de su actuación temeraria, dolosa guiada por la mala fe. No cabe en ningún caso demandar al árbitro arguyendo unos supuestos daños y perjuicios, sin probar la realidad de los mismos y la corrección de su valoración. En este contexto, ello significa que en ningún caso cabría la posibilidad de que prosperara la reclamación de responsabilidad contra un árbitro que hubiera estimado una cuestión de incompetencia – y posteriormente la Audiencia Provincial o recientemente el Tribunal Superior de Justicia hubiera anulado su decisión arguyendo que los daños y perjuicios vienen constituidos por no haber podido acceder a la concesión de su *petitum* dentro del un procedimiento arbitral, valorando los mismos en la citada cuantía. Lo contrario, supondría aceptar que la parte que ahora demanda al árbitro tenía la certeza de que su posición jurídica en la litis iba a ser aceptada y que el hecho de que el arbitraje se extinguiera por decisión del árbitro le había privado de tal decisión favorable³⁷⁰. Lógicamente tal hipótesis es inadmisibile, puesto que, por una parte, ninguno de los litigantes puede hacer juicios sobre el desenlace del procedimiento arbitral; y por otra, la extinción del procedimiento arbitral le deja expedita la vía jurisdiccional para hacer valer sus derechos frente a la contraparte.

En conclusión, los daños y perjuicios únicamente pueden encontrar su fundamento en los costes a los que la parte se haya visto obligada incurrir en relación directa con las consecuencias de la desestimación de la cuestión de competencia, que fundamentalmente vendrán asociados a las propias costas de un arbitraje que deviene inútil para las partes, ya que al ser anulado el laudo queda abierta la vía jurisdiccional para la resolución en la misma de la litis en un principio arbitral. Sólo

³⁷⁰ Es plenamente aplicable a este caso la jurisprudencia del Tribunal Supremo que rechaza como parte de la responsabilidad de un procurador los supuestos daños y perjuicios que alega su cliente al no haber presentado en plazo un recurso jurisdiccional.

muy excepcionalmente será posible probar la realidad de los daños y perjuicios que se hayan derivado para las partes como consecuencia de la demora en la solución de la litis que ha supuesto agotar todo el procedimiento arbitral, máxime cuando dentro del mismo tienen cabida la solitud de medidas cautelares.

Las anteriores reflexiones son igualmente aplicables al caso de que la reclamación de responsabilidad se derive de la desestimación de la cuestión de incompetencia, siendo posteriormente anulado el laudo por tal circunstancia.

Por último, señalar que la exigencia de responsabilidad al árbitro por su actuación en la determinación de su competencia habrá de sujetarse siempre a lo previsto en el artículo 6 NLAB³⁷¹, que señala que *“Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de la presente Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley”*. Lógicamente, entendemos que esta renuncia a las facultades de impugnación debe igualmente extenderse a la renuncia a exigir responsabilidades al árbitro por su actuación, puesto que lo contrario supondría desvincular por completo la evaluación del árbitro de la valoración de toda su actuación en el procedimiento arbitral, que se realiza a través de la impugnación de su resultado final, el laudo.

Por lo tanto, puesto que defendemos como un requisito necesario e imprescriptible para la determinación de las posibles responsabilidades del árbitro el hecho de que las actuaciones que justifiquen las mismas puedan contenerse dentro de una de las causas tasadas de impugnación del laudo, debiendo por lo tanto la Audiencia Provincial –y en el marco del a NLAB, el Tribunal Superior de Justicia-, entrar a decidir sobre las mismas, resolviendo inapelablemente si son suficientes para invalidar total o parcialmente el laudo, nunca la parte que no haya impugnado el laudo podrá exigir responsabilidades árbitro, puesto que ello llevaría al imposible jurídico de que el Juzgado de Primera Instancia hubiera de entrar a analizar el desarrollo del procedimiento arbitral y la actuación del árbitro, lo que le está vetado, puesto que tal competencia es exclusiva de la Audiencia Provincial y recientemente del Tribunal Superior de Justicia del lugar donde se hubiera dictado el laudo.

3.2.2. Obligación de fijar y comunicar a las partes unos honorarios y gastos de arbitraje justos.

En la aceptación del árbitro juega un papel fundamental la retribución económica, es decir, los honorarios del árbitro, pues condicionan la aceptación del potencial árbitro, ya que de no obrar con la adecuada previsión en este tema puede incluso llegar a condicionar su actuación o al menos mancharla de una sombra de

³⁷¹ Afortunadamente para el correcto desenvolvimiento del arbitraje no prosperó la ENMIENDA NUM. 4 del GPMX, que propuso suprimir el artículo 6 pues entiende que *“La redacción del artículo 6 contradice el artículo 6.2 del Código Civil. Según su opinión, “la renuncia debe ser expresa, clara y terminante. En todo caso debería excluirse de la redacción los trámites judiciales en los que el procedimiento es de derecho necesario y no cabe apreciar renunciaciones tácitas.”*

parcialidad. Resulta evidente que cuando el potencial árbitro recibe una propuesta de nombramiento, a partir de la misma, ya sea un arbitraje *ad hoc* o un arbitraje administrado, debe preparar una propuesta de honorarios para hacérsela llegar a la parte proponente.

Por ello, aunque metodológicamente estudiemos esta obligación del árbitro como una obligación posterior a la aceptación, ya que cabe en la Ley aceptar sin haber determinado los honorarios ni los gastos del arbitraje, en la práctica la fijación en incluso el pago de parte de los mismos, a través de las provisiones de fondos, es anterior puesto que el citado pago de la provisión es el condicionante y por ende desencadenante de la aceptación del árbitro.

Así pues, los árbitros tienen reconocidos unos determinados derechos económicos consistentes en poder pedir a las partes provisión de fondos para el pago de sus honorarios y cubrir los gastos que puedan producirse en la administración del arbitraje (art. 16.2 LAB)³⁷², y tal percepción se podrá producir al final o en tiempo intermedio del arbitraje³⁷³. En la NLAB, la regulación de los honorarios se recoge en el artículo 21.2, que señala que *“Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de*

³⁷² Las previsiones acerca de los honorarios de los árbitros aparecían en el artículo 17.2 PLAB que en la tramitación del PLAB en el Congreso de los Diputados fue a su vez objeto, en lo fundamental, de la enmienda núm. 127, del grupo parlamentario socialista, que proponía una *nueva redacción* del apartado dos del artículo 17 PLAB del siguiente tenor: «Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la Asociación o Corporación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estime necesaria para atender a los gastos y honorarios que puedan producirse en la realización del arbitraje.» Motivación: «Mayor claridad conceptual.» Por su parte, la enmienda núm. 159, del grupo parlamentario minoría catalana, que pretendía *adicionar* un nuevo apartado tercero al artículo 17 PLAB del siguiente modo: «3. Los honorarios no fijados previamente pueden ser impugnados por la vía judicial ordinaria.» Justificación: «Mayor protección a los justiciables.» En el Informe de la Ponencia sólo se aceptó la enmienda núm. 127 rechazándose la núm. 159. En el Senado las previsiones relativas a los honorarios de los árbitros fueron objeto de dos enmiendas (Cifr. RVDPA, 1-1989, pág. 34). La enmienda núm. 61, del grupo parlamentario CiU, que reproduce la enmienda núm. 159 *supra* y la enmienda núm. 114, también del grupo parlamentario socialista, que quería introducir en el apartado 2 del artículo 16.2 PLAB el término «estimen» en plural. Justificación: «Mayor claridad expositiva.» La Ponencia sólo admitió la enmienda núm. 114 (Cifr. RVDA, 1-1989, pág. 111).

³⁷³ Aunque nada dice la ley y no lo prohíbe, es terriblemente disonante pedir honorarios sólo a una parte, en las proximidades de emitir el laudo, salvo que se haya fijado así con anterioridad a la aceptación; siendo lo normal solicitar el pago a todas las partes y con determinación numérica ajustada a un criterio objetivo preestablecido (por ejemplo, tratándose de comuneros en proporción a sus cuotas comunitarias, o bien a tanto igual por parte, etc.). De todas formas, de existir una entidad administradora del arbitraje, ésta, de acuerdo con sus reglamentos, ya provee a ello a tenor de su Reglamento, descargando al árbitro de estas complicaciones.

las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren.”

Hay que destacar que la ENMIENDA NUM. 90 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de *Convergència i Unió* (GPCIU) pretendió modificar el apartado 2, proponiendo la siguiente redacción: *«2. Los honorarios de los árbitros se calcularán, básicamente, atendidos el tiempo dedicado al arbitraje así como a la complejidad y dificultad de las cuestiones sometidas a su decisión. Los honorarios podrán ser diferentes para cada uno de los árbitros en atención a su intervención en el arbitraje. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren. Si las partes o alguna de ellas no estuvieren conformes con el importe de los honorarios señalados y de no alcanzarse acuerdo, la cuestión será resuelta por la Audiencia Provincial competente por los trámites del juicio verbal. Una vez establecido el importe de los honorarios, los árbitros y las partes podrán apartarse del arbitraje, previa compensación mutua de los gastos y los daños y perjuicios ocasionados.»* La justificación de esta enmienda viene dada porque *“La materia de honorarios queda huérfana de la adecuada regulación en el proyecto. Por ello, se pretende llenar el vacío mediante la redacción propuesta.”*

Ciertamente hemos de coincidir con la reflexión del Grupo Parlamentario Catalán, puesto que la redacción final del artículo 21.2 NLAB, aunque es más amplia que la del artículo 16.2 LAB, a la que viene a reemplazar, que se limitaba a decir que *“Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la Corporación o Asociación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender a los honorarios de los árbitros y a los gastos que puedan producirse en la administración del arbitraje”*, no es lo suficientemente clara para resolver los problemas relativos a la fijación y cobro de honorarios por parte de los árbitros, incurriendo en los mismos olvidos que la LAB, aunque con el agravante de hacerlo quince años después.

Centrándonos de nuevo en el tema que nos ocupa, señalar que aun cuando en la mayoría de los casos, o en muchos de ellos, el árbitro sea letrado en ejercicio, se encuentra superada la disputa acerca de la naturaleza jurídica de la relación del letrado con su cliente, sobre si comporta una relación de mandato o una relación de arrendamiento de servicios, pues el árbitro no es un mandatario tradicional al servicio del interés de los litigantes comprometidos, ni tampoco es un prestador de servicios para aquellos que actúe por cuenta o encargo de ellos, sino que el árbitro pondera un interés que afecta a las partes, pero que se decide en función de alcanzar un bien de interés público cual es la solución justa del caso que se enjuicia. Como contraprestación a esta, digamos, función de mandatario mixto

(dado el contenido privado y público, a través de las imposiciones de la LAB, de su mandato), claro está que, sin duda alguna, la ley establece a su favor el derecho a percibir los correspondientes honorarios (art. 16.1 LAB y 21.1 NLAB).

Así, vemos que el artículo 21.2 NLAB dice que “ *Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje*”, diferenciándose de la redacción de la LAB en que habla de provisiones de fondos en plural, es decir, que reafirma la posibilidad de solicitar varias a lo largo del procedimiento arbitral, lo que ya ocurría en la LAB, especialmente con las reconvenções; y hace mención expresa a los gastos de los árbitros, además de a sus honorarios. Por lo tanto, no se trata en ningún caso de un cambio conceptual, sino simplemente a una mejoría en la redacción de lo que deben entenderse por costas del arbitraje, aunque introduce cierta confusión al separar los gastos de los árbitros de los gastos de administración del arbitraje, en aquellos casos en los que nos encontremos en un arbitraje *ad hoc*. Por ello, nosotros entendemos más correcto incluir los gastos de los árbitros como una categoría de los gastos de administración del arbitraje, ya que comparten con los mismos el concepto de ser gastos que se repercuten a las partes por servicios prestados por terceros distintos de los árbitros, necesarios para el desenvolvimiento del arbitraje. No obstante, de su lectura coordinada con el artículo 37.6 NLAB vemos que no cabe interpretaciones erróneas, y que el Legislador utiliza el término “gastos de los árbitros” como concepto abierto en el que recoger, en los arbitrajes *ad hoc*, todos los gastos en los que hayan incurrido los árbitros en relación al arbitraje.

Y puesto que el primer apartado del mismo artículo señala que “*La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo*”³⁷⁴, resulta evidente que una persona o personas designadas como árbitros tiene la posibilidad, antes de incurrir en la hipotética responsabilidad de incumplir el encargo, de solicitar provisiones de fondos³⁷⁵ a las partes que le garantice el cobro de sus honorarios y gastos y de los gastos de administración del arbitraje, con anterioridad a su aceptación como árbitro, condicionando la misma al pago de la citada provisión que, insistimos, cubre ambos conceptos.

De hecho, la práctica habitual, tanto en arbitrajes administrados como *ad hoc*, es que no se produzca la aceptación de la propia Corporación y de los árbitros antes de que se haya dotado la citada provisión de fondos, normalmente denominada

³⁷⁴ En la LAB el artículo 16.1 decía que “La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa”

³⁷⁵ Es más, la LAB y la NLAB permiten que los árbitros puedan solicitar una provisión por anticipado, y en el recibo de la cual conviene hacer constar con claridad que se recibe para destinarla al receptor al pago de sus propios honorarios, aunque este destino debe considerarse presumido.

“depósito”. Y, en el caso de arbitrajes administrados, tal provisión debe cubrir igualmente los gastos de administración propios de la Institución de Arbitraje permanente.

Es muy importante reseñar la clara distinción existente entre los honorarios de los árbitros y sus gastos y los gastos que puedan producirse en la administración del arbitraje, que en los arbitrajes administrados están meridianamente separados pero que en arbitrajes *ad hoc* deben distinguirse con precisión, especialmente cuando no se haya procedido al nombramiento de un secretario o bien éste sea uno de los árbitros. De hecho, bien cabe la posibilidad de que un árbitro perciba una retribución por honorarios así como una retribución por sus gastos y por los citados gastos de administración, que si bien en su conjunto configuran las costas del arbitraje, tienen una naturaleza jurídica diferente.

De este modo, en el laudo los árbitros tienen la obligación legal –no contractual, ya que no deriva del convenio arbitral de consignar la cuantía total de las costas del arbitraje en el laudo -y fijar su distribución-, que será comprensiva de los siguientes elementos:

- a. Sus honorarios, que pueden coincidir con los indicados a las partes en la aceptación del arbitraje o bien haber variado a tenor de la evolución del procedimiento arbitral, por ampliación de los *petita* de las partes o por una mayor complejidad de lo esperado de las *res litis*.
- b. Gastos de administración del arbitraje, que a su vez se dividen en:
 - o gastos debidamente justificados de los árbitros, que no se incluyan en alguna de las siguientes categorías.
 - o los derivados de notificaciones.
 - o los que origine la práctica de las pruebas (normalmente gastos de viaje, comida y pernoctación; así como los honorarios de peritos no pagados directamente por las partes (aunque ello sea un práctica muy inhabitual)
 - o los gastos que origine la protocolización notarial del laudo y su aclaración, en el caso de que se proceda a la misma.
- c. Los honorarios y gastos de los defensores y representantes de las partes³⁷⁶.

³⁷⁶ Esta es una novedad que introduce la NLAB, contestada en la ENMIENDA NUM. 101 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU), que propuso modificar el apartado 6 del artículo 37 NLAB, proponiendo la siguiente redacción: «6. Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y los gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos **razonables** de los defensores de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.» Para ello, señala que “En el procedimiento arbitral no es obligatoria la participación de letrados ni representantes. Si las partes desean ser asesoradas por letrados, estos gastos deben tener un importe razonable, tal como exige el artículo 31 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, al objeto de evitar un coste exagerado del mismo.”

- d. El coste del servicio prestado por la institución arbitral que tenga encomendada la administración del arbitraje, en su caso.

Por el contrario, los árbitros no tienen la obligación de fallar en el laudo sobre las costas de la posible formalización judicial del arbitraje, como señala la sentencia de 10/11/92 de la Audiencia Provincial de Madrid, de la que fue ponente PEREZ SAN FRANCISCO, que señala que *“Como motivos de nulidad Decimotercero y Decimocuarto se invoca la **falta de pronunciamiento del árbitro sobre las costas causadas en el procedimiento de formalización del arbitraje**, toda vez que la Ley de 1953 establecía en su artículo 10, párrafo último, “que las costas de la formalización judicial del compromiso serán a cargo de la parte cuya pretensión u oposición resulte desestimada, sin perjuicio de su recuperación ulterior si a ello hubiere lugar”, lo que entiende el solicitante como una obligación del árbitro de pronunciarse sobre este extremo; ello, sin embargo, no es así por cuanto que el principio general es la imposición de costas en el procedimiento de formalización, salvando, eso sí, la posibilidad de que el árbitro pudiera haber señalado otra cosa en el Laudo Arbitral, atendiendo a las circunstancias específicas concurrentes en el caso, pero de no apreciarse esa circunstancia por el árbitro no debe hacerse pronunciamiento alguno respecto de dichas costas”*.

Estas premisas venían sentadas en la LAB en el artículo 35.1³⁷⁷, y en la NLAB en el artículo 37.6, que dice que *“Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.”*

Dada la comentada redacción de la LAB, y ahora de la NLAB, sobre este tema, se suscita el problema de la corrección de la cuantía de los honorarios de los árbitros, ante el que se ofrecen dos soluciones: La primera, según la cual son los propios árbitros los que fijan la cuantía de sus honorarios; y la segunda, que consiste en incluir un baremo anejo a cada Reglamento de arbitraje en el arbitraje institucional en el que se prevea, de una parte, un porcentaje según la importancia del asunto - como sucede en las normas de honorarios mínimos que establecen los Colegios de Abogados o bien una unidad de base determinada cada año.

En relación a este tema, PINTO RUIZ³⁷⁸ señala que le merece reparos el artículo 35 LAB cuando dice que *«los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje que incluirán los honorarios y gastos debidamente justificados de los*

³⁷⁷ Art. 35.1 LAB: Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje que incluirán los honorarios y gastos debidamente justificados de los árbitros, los gastos que origine la protocolización notarial del laudo y su aclaración, los derivados de notificaciones y los que origine la práctica de las pruebas y, en su caso, el coste del servicio prestado por la corporación o asociación que tenga encomendada la administración del arbitraje.

³⁷⁸ Vid. PINTO RUIZ, JOSE: *Derechos y Deberes de los Árbitros. Transcripción de la conferencia celebrada el 11/11/1996 en la Jornada sobre el Régimen Jurídico de los Árbitros*

árbitros...». En su opinión, los árbitros no debieran juzgar por sí mismos si sus honorarios están o no justificados en su graduación, pues aunque ordinariamente lo harán correctamente, no puede ser que su potestad extraordinaria y especial enjuiciadora se extienda a la fijación arbitral de sus propios honorarios, pues para ello, según la propia ley, carecen de potestad, dado que en virtud de la remisión que realiza el art. 12 a la LOPJ (219.9) el evidente interés directo del árbitro en cobrar acarrea su deber de abstención en el pronunciamiento de condena o declaración de que la parte debe pagarle la cantidad que él mismo fija. Y, en sus palabras, “ello no sólo porque resulte de la Ley, sino porque es ética y jurídicamente necesario y derivado de los principios generales que configuran el proceso arbitral.”

Su sugerencia es que los árbitros se pronuncien en el laudo en cuanto a las costas en general; y ello porque entiende que el acto es de distribución y no de determinación de la amplitud específica de su derecho concreto a percibir los correspondientes honorarios.

Sin embargo, hemos de disentir de PINTO RUIZ³⁷⁹, puesto que si claramente no cabe una *interpretatio contra legem* de la norma, como sería el incumplimiento de fijar sus honorarios y reflejarlos en el laudo; es que además la capacidad de decisión en la fijación de los mismos por parte de los árbitros se encuentra con el límite jurisdiccional de la acción de impugnación del laudo, a través de la causa 2 del artículo 45 en la LAB, y de la causa 1.b) del artículo 41 NLAB, por lo que cualquier arbitrariedad cometida por los árbitros en la fijación de sus honorarios podrá ser atacada por las partes antes la jurisdicción estática por medio de la acción de impugnación del laudo, como vemos en la sentencia de 19 de Abril de 1994, de la Audiencia Provincial de Madrid, de la que fue ponente LEGIDO LOPEZ, en la que las costas, como parte del laudo, son objeto del citado recurso, cuestionándose por la recurrente la decisión de los árbitros en ese punto. La citada sentencia señala que **“Disciplina el régimen de las costas en el arbitraje, ya sea de derecho o de equidad, el art. 35 de la Ley de 1988, al disponer que *salvo acuerdo de las partes, cada una de ellas deberá satisfacer los gastos efectuados a su instancia y los que sean comunes por partes iguales, a no ser que los árbitros apreciaran mala fe o temeridad en alguna de ellas. No obstante lo pactado, y remitimos al contrato de 1988, entendemos que ciertamente se dio temeridad y mala fe en D., con su actitud de obstrucción a la labor del colegio arbitral, no colaborando en el buen fin procedimental, por lo que se hizo acreedora, como los árbitros expresan, de las costas causadas.*”**

Por último, debemos señalar que si los árbitros no hubieran fijado las costas arbitrales y nada se hubiera pactado entre las partes y éstos, los árbitros deberán acudir para su determinación a la jurisdicción estática, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 952/2001 (Sala de lo Civil), de 18 octubre, de la que fue ponente SIERRA GIL DE LAB CUESTA, al afirmar que *“...aunque hubiera conversaciones entre las partes para ello, no se llegó a un acuerdo para la*

³⁷⁹ *Ibídem.*

fijación de los honorarios en cuestión. Como por otra parte dichos honorarios no se fijaron tampoco en el laudo, pues la referencia de la cláusula 8ª-A de arbitraje no daba base para ello; es por lo que se puede estimar como lógica la valoración que se efectúa en la sentencia recurrida, sobre todo teniendo en cuenta que los parámetros utilizados -cuantía del objeto, trabajo realizado y normas colegiales así como determinados preacuerdos- los que son absolutamente correctos. En conclusión, que la referida determinación de honorarios, debe ser mantenida, ya que **se ha realizado una correcta interpretación del artículo 35 de la Ley de Arbitraje, y dada la insuficiencia de dicho precepto, en el presente caso, para solucionar la cuestión, es lógico la utilización de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan los incidentes sobre honorarios de letrados**". Como vemos, el Tribunal Supremo, en el caso de árbitros juristas, propugna que las lagunas del artículo 35 LAB –ahora artículo 37 NLAB- sean completadas por la regulación de la LEC contiene sobre los incidentes de los honorarios de los letrados.

La Sentencia nº 74/2013 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Barcelona), Sala de lo Civil y Penal, de 30 de Diciembre de 2013, ofrece un excelente repaso a cómo la jurisprudencia ha interpretado la materia de las costas arbitrales:

*“Segundo.-1. Como decíamos en nuestras SSTSJJC núm. 27/2012, de 2 de abril (FD2), y núm. 33/2013, de 29 de abril (FJ5), con cita de diversa jurisprudencia del TC y del TS , **el arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales aceptan de antemano la decisión del árbitro al que han decidido someterse, sin posibilidad de trasladar el examen de la controversia al juez ni de sustituir en ningún caso la decisión del árbitro por la de aquel, más allá de la restringida protección que ofrece el procedimiento judicial de nulidad del laudo, fundado en motivos tasados -como los que el art. 510 LEC establece para la revisión de las sentencias judiciales firmes-, que, en atención a la naturaleza propia del instituto del arbitraje, se limitan a contemplar supuestos graves de contravención del propio contrato de arbitraje - art. 41.1.a) LAB- y de vulneración de determinadas garantías procesales esenciales que a todos asegura el art. 24 CE , también en el procedimiento arbitral -apartados b), c), d) y e) del art. 41.1 LAB-, o de los principios de justicia y equidad que conforman el orden público constitucional -art. 41.1.f) LAB-, sin abarcar en modo alguno, por tanto, la infracción del Derecho material aplicable al caso o el acierto o desacierto al resolver la cuestión arbitral, razón por la cual el examen judicial debe limitarse a un juicio externo atinente al respeto del convenio arbitral, al cumplimiento de los principios esenciales de todo proceso y a la observancia de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la CE.***

Esa naturaleza excepcional impone a la partes del procedimiento arbitral una obligación de consecuencia, entendida como " correspondencia lógica " entre su conducta en dicho procedimiento y sus pretensiones en el ulterior y eventual proceso judicial de anulación del Laudo y consecuencia de la

doctrina de los actos propios, que condicionan la viabilidad de la pretensión anulatoria del Laudo a la denuncia en el momento oportuno y ante el propio Árbitro del vicio en el que se pretende fundar la anulación -al menos por lo que se refiere a los relacionados con normas dispositivas-, de manera que no podrían alegar indefensión quienes contribuyeron con su negligencia a la producción del vicio o defecto de que se trate o quienes lo consintieron.

2. Cuanto se acaba de exponer es perfectamente válido para el pronunciamiento del laudo relativo a las costas del arbitraje, cuyas partidas aparecen descritas legalmente (art. 37.6 LAB), pero cuyo sistema de imposición -a diferencia de lo que sucedía en el art. 35 LAB 1988- se fía en exclusiva a lo que resulte del acuerdo de las partes (art. 37.6 LAB), integrado, en su caso, por las disposiciones del reglamento de la institución arbitral a la que estas hubieran decidido someterse (art. 4.b LAB) o, en ausencia de acuerdo y asimismo en su caso, a lo que se derive solo de estas.

En el presente supuesto, las partes acordaron en su día someter cualquier cuestión litigiosa derivada del contrato de coproducción cinematográfica al arbitraje institucional del TAB y de la misma forma hicieron constar en el Acta de Inicio del arbitraje su acuerdo para que las costas de dicho arbitraje se rigieran, sin más, " según lo previsto en el principio de vencimiento proporcional ", limitándose a continuación a remitirse a los criterios orientadores del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona -por lo que se refiere a la cuantificación de las partidas integrantes de las costas, sobre la que no se ha planteado cuestión en este procedimiento-, y a la LAB y al Reglamento del TAB en todo lo no previsto expresamente en la propia Acta de Inicio del Arbitraje.

A este respecto, recuérdese que el art. 21 del Reglamento del TAB dispone que:

"En defecto de acuerdo de las partes el sistema de costas se regirá por el vencimiento, pudiendo imponerse por parte del árbitro un porcentaje inferior si el vencimiento no fuese total. No obstante, en cualquier caso, el árbitro tendrá la libre potestad de efectuar una condena en costas por temeridad o mala fe arbitral. "

Así las cosas, se comprueba que el Laudo contiene un apartado argumentativo (XII) destinado a explicar con la extensión y el detalle requeridos por la LAB (art. 37.4) el pronunciamiento referido a las costas del arbitraje, apartado en el que, tras unas reflexiones iniciales destinadas a justificar que todo procedimiento arbitral comporta un coste del que, en la medida de lo posible, debe ser resarcida la parte que hubiera visto reconocido su derecho, el Árbitro deja constancia expresa del acuerdo de las partes para que las costas sean impuestas conforme al principio de " vencimiento proporcional " y enuncia las tres premisas básicas de su decisión, a saber:

"Las pretensiones de la Instante han sido estimadas en parte, y en un importe menor al reclamado.

Las dos pretensiones de la Instada, tanto la principal como la subsidiaria, han sido desestimadas.

Por otra parte, como se ha expresado en este Laudo, el origen último de la controversia se encuentra el defectuoso modo en que la Instada llevó la contabilidad de la Película.

A continuación dedica un párrafo a desarrollar la tercera premisa, en el que expone lo que sigue:

"Como se desprende de las declaraciones de los peritos que intervinieron en el procedimiento, esta controversia no habría tenido lugar si la Instada hubiera llevado la contabilidad de manera ordenada. Aunque el importe finalmente reconocido es muy inferior al inicialmente reclamado, para reclamar dicho importe la Instante ha tenido que incurrir en un conjunto de honorarios y gastos en los que no habría tenido que incurrir de no haber mediado esta controversia. Resulta altamente ilustrativo que incluso el Sr. Erasmo, en el dictamen de 29 de junio de 2012, estimara las mayores aportaciones de la Instante en 44.634,47 Euros y, en cambio, en el informe que elaboró conjuntamente con el Sr. Bernardino las rebajara a 16.010,50 Euros, lo cual demuestra las dificultades con las que se encontraron los peritos a la hora de concretar cuál fue realmente el resultado de la Película, así como las fechas e importes de las aportaciones de las Partes. Si ni el Sr. Erasmo, perito designado por la Instada, quien cabe presumir que tuvo acceso a toda la documentación contable de la Instada necesaria para calcular de una manera exacta las aportaciones de las Partes, fue capaz de ofrecer una cifra exacta en su dictamen de 29 de junio de 2012, no cabe reprochar Don. Bernardino que en su dictamen de 30 de junio de 2011, habiendo tenido acceso a menos información, hiciera una cuantificación todavía más desviada, en la que se basó el escrito inicial de la Instante. Obviamente, si la Instada hubiera llevado la contabilidad de manera ordenada Don. Bernardino y, a su vez, la Instante, habrían podido afinar mucho más en el cálculo de la cuantía de la reclamación. O no habría existido reclamación."

3. Pues bien, como alega la parte demandada en el presente procedimiento de anulación, la demanda ha de ser desestimada íntegramente porque no concurre ninguno de los supuestos del art. 41 LAB invocados en ella. En concreto **no se aprecia el supuesto del art. 41.1.c) LAB, ni tampoco el del apartado d) del mismo precepto, porque el Árbitro designado por el TAB se hallaba plenamente autorizado por la LAB (art. 37.6) y por las partes a pronunciarse sobre las costas del arbitraje, y el examen de las actuaciones arbitrales permite comprobar que, en efecto, las impuso distribuyéndolas proporcionalmente entre ambas de manera motivada -tal y como resulta de la motivación de su Laudo (FJXII)- y conforme al principio de vencimiento proporcional, interpretado con la discrecionalidad de criterio que le otorgaban la LAB (art. 37.6), el Reglamento del TAB (art. 21) y el propio acuerdo de las partes, carente de cualquier precisión respecto al sentido y al alcance de la proporción, de manera que no puede sostenerse en puridad que la decisión no se haya ajustado al mismo**

En este sentido, la determinación de si la oposición a la demanda arbitral podía ser tenida en cuenta a efectos de decretar o no el vencimiento de la Instada, o de si la estimación de las pretensiones declarativas de la Instante

podía tener la influencia finalmente otorgada en la imposición de las costas arbitrales frente a la menguada condena dineraria también pretendida, cuestiones sobre las que nada se precisaba en el acuerdo de las partes, estaban plenamente abarcadas por la discrecionalidad de criterio reconocida al Árbitro por la LAB y el Reglamento del TAB -al que las partes se sometieron (art. 4.b LAB)- y su revisión es completamente ajena a este procedimiento de anulación, máxime si se tiene en cuenta que -como denuncia la Instante y aquí demanda- la demandante no denunció en su día ante el propio Árbitro la pretendida extralimitación al amparo del art. 39.1.d) LAB.

Tampoco concurre el supuesto del art. 41.1.f) LAB, relativo a la pretendida contrariedad al "orden público".

Respecto de lo que deba entenderse por "orden público" a los efectos de la anulación del Laudo arbitral, hemos de recordar que el TC ha venido incluyendo la vulneración de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas constitucionalmente a través del art. 24 CE, singularmente, el derecho de defensa y los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad, aunque también la de algunos otros derechos fundamentales mencionados en el art. 53 CE (SSTC 43/1986 de 15 abr. ., 54/1989 de 23 feb. ., 132/1991 de 17 jun. . y 91/2000 de 30 mar .).

De todas formas, ello debe ser puesto en relación con el criterio que ha dominado de forma reiterada y constante la jurisprudencia, que ha venido impidiendo que por la vía del procedimiento de anulación puedan volver las partes sobre la controversia ya resuelta por los árbitros, sino solo sobre la regularidad del proceso y la correcta observancia de los principios esenciales por los que ha de regirse, de forma que el control judicial derivado del art. 41 LAB está limitado al aspecto externo del Laudo y del procedimiento arbitral (SSTC 62/1991 de 22 mar ., 259/1993 de 23 jul. ., 174/1995 de 23 nov . y 176/1996 de 11 nov .)

En este sentido, cuanto se ha dicho anteriormente excluye la posibilidad de apreciar la incongruencia del Laudo en lo relativo a las costas del arbitraje y, consecuentemente, tampoco la indefensión alegada, teniendo en cuenta, además, que el examen de las actuaciones arbitrales permite comprobar que en ellas se observaron escrupulosamente y con pleno respeto a los principios de contradicción, bilateralidad e igualdad, todos los trámites de alegaciones y que la LAB no establece ninguno específico relativo a las costas del arbitraje, ya sea antes de la emisión del Laudo o después de decidida la cuestión arbitral y antes de emitir formalmente aquel."

3.2.2.1. Determinación de los honorarios del árbitro.

Para la misma, hay que partir del análisis de las siguientes premisas y circunstancias, y para una mayor claridad en la exposición vamos a desarrollar las citadas cuestiones en diferentes apartados, aunque es evidente la interrelación existente entre las mismas:

- a. No existe entre las partes y los miembros del Colegio Arbitral la relación bilateral incardinable dentro del artículo 1.544 del Código Civil, sino que esa relación nace del convenio arbitral que tiene el carácter de contrato de mandato atípico, mixto y multilateral;
- b. Existencia de actuaciones o documentos que demuestren indubitadamente que exista un pacto o aceptación expresa e inequívoca por las partes de la cantidad a abonar en concepto de honorarios y gastos de los árbitros y que dicho acuerdo haya sido reconocido y respetado por ambas partes a lo largo de todo el procedimiento arbitral³⁸⁰.

La Sentencia nº 251/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, de 24 de Mayo de 2011, en su fundamento tercero, señala:

- c. *“El segundo y último motivo de anulación del laudo arbitral deducido en la demanda de SOLABR KUANTICA S.L se funda en el artículo 41.1.d) de la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, en el que se dispone " Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley. Y es norma imperativa infringida la contenida en el artículo 37.6LAB que dispone que los árbitros "se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral".*
- d. *Según la demandante al no incluirse en el laudo "la tasación de costas" el mismo sería nulo, pretensión a la que se opuso la parte contraria al ser exigencia el pronunciamiento en costas, la cual existe, habiéndole sido impuestas en su integridad a la parte, por lo que las normas indicadas en su demanda únicamente las ya referidas, no se habrían infringido.*
- e. *Este Tribunal entiende que el árbitro sí cumplió la exigencia legal denunciada como infringida, artículo 37.6LAB porque si se pronunció, sin que hubiera de incluir en el mismo ninguna "tasación de costas" como afirma; lo que dispone la norma es que se pronuncie, y a su vez define cuáles son esas costas, pero sin que tenga que concretarlas en ese momento, porque lo esencial a efecto de una posible nulidad es la condena o no a su cargo. Y debe indicarse que en las resoluciones referidas por la parte en su demanda no se contiene una doctrina jurisprudencial en el sentido indicado, en ninguna de las dos sentencias del Tribunal Supremo de fecha 20 de noviembre de 1989 de las que fuera Ponente el Magistrado Sr. González Poveda, ni en las procedentes de la Audiencia de Barcelona, sección 15ª de fecha 27 de mayo de 2005, y Sección 4ª de la Audiencia de Baleares de*

³⁸⁰ En el caso de que solo una vez conocido el laudo, una o ambas de las partes pretendan negar el pacto y fijar unilateralmente a los árbitros la cuantía de sus honorarios sería contrario a sus propios actos, supondría fraude de Ley y vulneraría la buena fe procesal.

26 de junio de 2001; en esta última se dice, refiriéndose a la del Tribunal Supremo primeramente reseñada lo siguiente: "En esta línea se pronuncia el Tribunal Supremo cuando afirma en su sentencia de fecha 20.11.89 **que si el objeto del arbitraje es establecido por voluntad de las partes, vinculante para los árbitros en razón al principio de congruencia, esto no implica que los árbitros estén obligados a interpretar este principio tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria, ya que la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciar no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada** (Cfr. TS 1.ª SS 13 Mayo 1960, 25 Oct 1982, 15 Dic ., 24 Feb. ., 17 Jun. de 1987 y 17 Mar. 1988).", es decir, la exigencia de ajustarse a lo convenido, en primer lugar, pero sin que el tema a resolver fuera la "tasación de costas" y lo mismo cabe indicar respecto de la otra resolución.

- f. *En el convenio arbitral no existe una referencia expresa a las costas del procedimiento arbitral, remitiéndose a las normas contenidas en la Ley 60/2003, en cuyo artículo 37.6 se contiene la exigencia de pronunciarse sobre las costas, por tanto el pronunciamiento en costas tiene su fundamento en dicha norma, que dispone que "con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral". Y sin que el inicio de este precepto ("con sujeción a lo acordado por las partes") suponga que, en ausencia de una expresa referencia en el convenio arbitral a las costas del procedimiento no se pueda hacer en el laudo pronunciamiento alguno sobre las mismas. En absoluto. **Lo único que significa es que, de haber un acuerdo entre las partes, el pronunciamiento arbitral, contenido en el laudo relativo a las costas, debe sujetarse a ese acuerdo. Y en ausencia de acuerdo decidirá el árbitro el pronunciamiento en costas que proceda. Lo que hizo dando respuesta a lo pedido que fue la condena de la contraria, y así se pronunció imponiendo "todas" las costas del arbitraje a la ahora demandante, lo que no se considera contrario a la norma indicada.***

3.2.2.1.1. Inexistencia de la relación bilateral del artículo 1.544 CC entre los árbitros y las partes

La relación existente entre el demandante y el demandado no es incardinable dentro del artículo 1.544 CC, pues resulta claro que el árbitro (o el Colegio arbitral) no se relaciona con las partes mediante el art. 1.544 CC sino mediante el convenio arbitral, un contrato de mandato atípico, mixto y multilateral, ya que la relación no es bilateral árbitro-parte, sino partes-Colegio Arbitral; que ser abogado en ejercicio es un requisito objetivo que se le exige al árbitro en los arbitrajes de derecho, al

igual que su independencia, pero no se trata de que el abogado contratado haga de árbitro, sino de que la persona contratada para ser árbitro deba ser abogado en ejercicio; y que los árbitros, como parte adherida al convenio arbitral, pueden reclamar la ejecución del laudo firme para cobrar sus honorarios.

Aún siendo abogado en ejercicio el árbitro, los honorarios arbitrales tienen su causa no en una actuación profesional como Abogado del demandado sino en su actuación como árbitro en un procedimiento arbitral, lo que significa que las relaciones entre el Colegio Arbitral, y los árbitros-abogados que lo conforman, y las partes, no se corresponden con un contrato bilateral de arrendamiento de servicios instituido por el artículo 1.544 CC sino con un convenio arbitral, según lo define el artículo 9 NLAB (como antes lo hacía el 5 de la Ley 36/88).

La adhesión de los árbitros al convenio arbitral se realiza a través de su nombramiento y aceptación, que puede proceder, según la NLAB, de las partes, de terceros o del juez. En el caso de un arbitraje ad hoc, las partes originarias, es decir, las que van a ser las partes en el procedimiento arbitral, pueden haber determinado el nombre del árbitro o árbitros o haber establecido los criterios de determinabilidad de los mismos. Sin embargo, hasta que el convenio arbitral no empieza a surtir sus efectos no se adhieren al mismo el árbitro o árbitros que, mediante la notificación de aceptación del nombramiento, perfeccionan el contrato aceptando su condición de mandatarios. Esa notificación, aún en el caso de que el árbitro designado sea abogado en ejercicio, no instituye un relación bilateral del árbitro con cada una de las partes por separado, sino que forma parte del convenio arbitral, puesto que en realidad lo que supone es la adhesión al mismo, en la condición de árbitro, de la persona designada como tal, que debe aceptar todo lo establecido en el mismo. A partir de ese momento, el convenio arbitral amplía su multilateralidad y adquiere su verdadera efectividad, puesto que el mismo ha evolucionado de un acuerdo de dos mandantes en el que se delimita el mandato del arbitraje, a un acuerdo en el que ya participa el mandatario o mandatarios.

Puesto que la NLAB, respetando la voluntad de las partes, permite que el convenio arbitral se complete sucesivamente en su contenido obligatorio e incluso permite que los mandantes defieran al mandatario la posibilidad de completar determinados contenidos necesarios del mismo o que sea el propio Juez de primera instancia competente el que lo haga, los diferentes documentos en que tales contenidos se vayan recogiendo formarán parte integrante del convenio arbitral.

Todo ello lleva a que esa relación deba calificarse como contrato de mandato atípico, mixto y multilateral, pero en ningún caso se puede situar la relación del árbitro con las partes dentro del ámbito del artículo 1.544 CC, bajo la premisa de la condición de abogado en ejercicio del árbitro.

En nuestra afirmación de que la relación entre el árbitro-abogado con la parte es diferente de la relación abogado-cliente, consideramos sumamente definitiva la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Octubre de 1998, de la que fue ponente GULLÓN BALLESTEROS, que señala:

“Es un contrato de arrendamiento de servicios el que le vincula con su cliente, salvo que haya sido contratado para una obra determinada, como un informe o dictamen. A lo que está obligado, pues, es a prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso (art. 1258 CC). En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas.”

Ciertamente el citado artículo 1.544 sirve de marco jurídico para la relación contractual entre un abogado y su cliente, y un abogado puede actuar como árbitro, tanto en un arbitraje de derecho como en uno de equidad. Pero en ninguno de ambos casos se establece la relación de dependencia entre el abogado y el cliente que exige el citado artículo 1.544 CC, sino que precisamente por imperio de la Ley, en la relación existente entre el árbitro y todas las partes litigantes los rasgos de independencia y ajeneidad son fundamentales. Tan fundamentales que su no concurrencia obligaría a la abstención del árbitro o, en su caso, a la recusación.

Asimismo, la forzada interpretación del artículo 1.544 CC como referente de las relaciones entre el árbitro y las partes lleva al absurdo de plantear un escenario en el que las relaciones que se mantengan entre los sujetos del arbitraje difieran si éste se resolviera en equidad o en derecho, cuando obviamente la legislación vigente ha dejado muy claro que no se trata de dos tipos de arbitraje, sino de dos opciones dentro de una única naturaleza del arbitraje. Y esto es así porque en el arbitraje de equidad no es preciso que el árbitro o los árbitros sean abogados en ejercicio, por lo que cabría incluso el absurdo, de defender la hipótesis del artículo 1.544 CC como modo de relación entre las partes y los árbitros, de que en un arbitraje de equidad los árbitros juristas y los árbitros legos mantuvieran una diferente relación jurídica con las partes, debiendo desempeñar la misma función, con idénticas obligaciones y derechos.

En conclusión, en ningún caso se debe considerar la condición de abogado en ejercicio, que es un rasgo que completa la capacidad de la persona natural para ser árbitro en un arbitraje de derecho - como lo es tener plena disposición de los derechos civiles o la ajeneidad con el objeto litigioso y con las partes que antes comentábamos -, como una prueba de que nos encontramos con uno de los servicios que un profesional de la abogacía presta a sus clientes.

La inadecuación de la actuación del árbitro al artículo 1.544 CC se patentiza aún más si tomamos en consideración las diferentes formas en las que puede producirse el nombramiento del árbitro en el que concurra la condición de letrado en ejercicio, que varían desde una elección directa por una de las partes hasta al nombramiento por tercero o terceros, pasando por el nombramiento judicial, lo que quiebra en todos los casos la bilateralidad de la relación entre el árbitro o árbitros y cada una de las partes por separado. No hace falta incidir en lo absurdo que sería defender una bilateralidad relacional entre un árbitro nombrado judicialmente y el Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia que le designó.

Igualmente, cuando más palpablemente se ve que la relación de los árbitros con las partes viene configurada por un marco autónomo, en parte contractual (contrato de mandato) en parte imperativo (ley de arbitraje), es en aquellos casos en los que no se trata de un árbitro único sino de un Colegio Arbitral, que debe decidir no solo los honorarios de los árbitros sino también el importe estimado de los gastos del arbitraje, que en su conjunto conforman las costas del arbitraje. De hecho, en este arbitraje, como es la práctica habitual, ha sido el Colegio Arbitral, en su fase de constitución, quien por decisión consensuada de sus miembros ha decidido, entre otros aspectos fundamentales del arbitraje, el importe de los honorarios de los árbitros, encargándose como persona jurídica impropia de su cobro y distribución entre los árbitros, ya que debemos tener muy presente que en virtud del artículo 37.6 NLAB³⁸¹ (como antes lo hacía el artículo 35 LAB) éstos carecen de capacidad, a título personal, para modificar los citados honorarios y su distribución, debiendo tales decisiones ser tomadas colegiadamente y plasmadas en el laudo. Y si uno de los árbitros disiente, sólo le cabrá expresar su parecer discordante con un voto particular sobre ese extremo en las correspondientes resoluciones interlocutorias previas, y en el laudo, y en su caso, en su aclaración. De no realizarlo, ello irremisiblemente implica que las costas del arbitraje son adoptadas por unanimidad de los árbitros.

Finalmente, en relación con la naturaleza y operatividad del Colegio Arbitral, resulta importante no caer en el error de confundir dos ámbitos legislativos absolutamente diferentes, como son el civil y el fiscal. Evidentemente el Colegio Arbitral, como entidad con derechos y obligaciones durante el período en el que se encuentra en constitución y constituido, puede ser considerado como una persona jurídica impropia. Sin embargo, la legislación fiscal, especialmente la relativa al IVA y al IRPF, no le reconoce personalidad como sujeto pasivo de los citados impuestos, como tampoco lo hace, p.e., a una UTE el Impuesto sobre Sociedades, por lo que los obligados tributarios deben ser las personas naturales que conforman el Colegio Arbitral, es decir, los árbitros de forma personal o a través de sociedades profesionales o empresariales, con personalidad jurídica, que tengan capacidad para comprometer y obligar al árbitro a su actuación como tal. Por ello, las facturas por honorarios y gastos suplidos deben ser giradas directamente por los árbitros a las partes, en su propio nombre y por su cuenta, sin que ello

³⁸¹ El artículo 37.6 NLAB presenta la siguiente redacción: “Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.” La ENMIENDA NUM. 101 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) propuso modificarlo obligando a que los honorarios y gastos de los defensores de las partes fueran “razonables”, fundamentando tal propuesta en que “En el procedimiento arbitral no es obligatoria la participación de letrados ni representantes. Si las partes desean ser asesoradas por letrados, estos gastos deben tener un importe razonable, tal como exige el artículo 31 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, al objeto de evitar un coste exagerado del mismo.”

suponga en ningún caso la existencia de una relación civil bilateral entre cada árbitro y las partes en el arbitraje.

Por todo lo anterior, podemos afirmar, como ya adelantábamos, que la actuación del árbitro con respecto a las partes nunca podría conceptuarse como un puro arrendamiento de servicios u obra que bilateralmente pueda ser resuelto y modificado, pues la relación del abogado-árbitro no se circunscribe a una parte sino que se proyecta también a la otra parte litigante, quien tienen capacidad para influir en la citada relación; ni es un contrato de obra, puesto que si bien el laudo es el resultado más visible del trabajo del árbitro, no agota el mismo y en algunos casos ni siquiera llega a producirse. Por el contrario, la relación partes – Colegio Arbitral nace a través del convenio arbitral, que es un contrato de mandato atípico, mixto y multilateral.

3.2.2.1.2. Existencia de un pacto o aceptación expresa e inequívoca por las partes de la cuantía de los honorarios y gastos de los árbitros.

La mejor doctrina conviene en que hay una serie de hechos relativos a esta cuestión que, por su trascendencia, prueban la existencia de un pacto entre los árbitros y las partes del arbitraje, sin necesidad de un documento detallado. Los más significativos son los siguientes:

- a) Existencia de un acuerdo contenido en el Acta de Constitución del Colegio Arbitral y aceptado expresamente por las partes en el que se reconozca al Colegio Arbitral la facultad de fijar las cuantías de los honorarios y gastos de administración del arbitraje.
- b) Existencia de una comunicación expresa y detallada de los honorarios y gastos hecha por Presidente del Colegio Arbitral a las partes, en ejecución del citado acuerdo y de una petición de pago de los mismos, mediante la oportuna provisión de fondos coincidente en su cuantía con la cantidad total de los honorarios y gastos arbitrales.
- c) Posibles peticiones de las partes al Colegio Arbitral, del desglose y criterios seguidos para la determinación de la cuantía solicitada como provisión de fondos y contestación del Colegio Arbitral explicando los criterios seguidos para la fijación de la cantidad total.
- d) Pago de las partes de la parte alícuota que le corresponda a cada una sin manifestar discrepancia, objeción o reserva alguna

Por todo ello, de la concurrencia de las anteriores circunstancias puede concluirse que existe un pacto o aceptación expresa e inequívoca por las partes de la cantidad a abonar en concepto de honorarios y gastos y que dicho acuerdo ha sido respetado por ambas partes, a lo largo de todo el procedimiento arbitral y hasta que se dictó el Laudo.

Resulta, por lo tanto, improcedente de todo punto que, una vez conocido el contenido del laudo, si entiende que el mismo no es lo suficientemente favorable para sus intereses, una de las partes, adoptando una postura contraria a sus propios actos, pretenda fijar unilateralmente a los árbitros la cuantía de sus

honorarios, en un cuanto menos pintoresco ejercicio de “retribución por objetivos”, totalmente contrario a la independencia que exige la NLAB para los árbitros.

Si bien, como hemos acreditado anteriormente, no se deben confundir los servicios prestados por un abogado, que vienen incardinados en el artículo 1.544 del Código Civil, con la actuación como árbitro de una persona física en la que concurra la condición de abogado y en consecuencia, no cabe hablar de la Hoja de Encargo referida al medio habitual de formalización del contrato de arrendamiento de servicios del citado artículo 1.544 del Código Civil, sí que podemos traer la misma a colación en lo relativo a la acreditación de la existencia y contenido de la misma, puesto que analógicamente entendemos aplicable la jurisprudencia recaída al efecto a la que podríamos denominar “Hoja de Encargo del Arbitro”.

En este sentido, un escrito de comunicación de costas arbitrales y un escrito de aclaración de las mismas, mediante los que se notifique y aclare por el Colegio Arbitral a las partes las costas del arbitraje solicitándoles la provisión de fondos prevista en el artículo 21.2 NLAB (antes 16 LAB), pueden ser considerados como una hoja de encargo - para la que ni siquiera se exige forma escrita (STS 29/11/96) -, y en la misma se fijan las costas en un precio cierto y determinado, por lo que no cabe hacer interpretaciones sobre su cálculo, pues éste ya habrá sido realizado con conocimiento y aceptación de los árbitros y de las partes, habiendo procedido éstas a realizar su pago en el plazo indicado por el Colegio arbitral sin reserva ni objeción alguna, y es que la relación jurídica existente entre el árbitro y las partes litigantes, como hemos señalado anteriormente, se recoge en el propio convenio arbitral, ya sea en su redacción originaria, ya sea en sus acuerdos o remisiones voluntarias o imperativas.

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que la Hoja de Encargo no es preciso que sea un documento único firmado por Abogado y Cliente, al fijarse en el conjunto de ellos los servicios a prestar (actuación como árbitro); el precio cierto por los mismos; y los criterios que se utilizarán para fijar la retribución.

En este sentido, debemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1996, dictada en el Recurso de Casación núm. 309/1993, de la que fue ponente GONZÁLEZ POVEDA, que señala:

“Se ataca la sentencia «a quo» en cuanto declara en su fundamento jurídico primero no compartir «los razonamientos (de la sentencia de primera instancia, se entiende) relativos por un lado a dar valor a la viciosa práctica de realizarse proyectos sin la previa hoja de encargo, toda vez que siendo un deber reglamentario suscribir la hoja de encargo, el uso alegado aun cuando fuese cierto, no puede admitirse contra la norma debiendo en todo caso y conforme a lo dispuesto en el artículo 1214 del Código Civil la parte que así concertó el proyecto soportar la carga probatoria». Al exigir así la Sala de instancia que el contrato de arrendamientos de servicios celebrado entre un arquitecto y su comitente ha de constar por escrito en la llamada «hoja de encargo», está desconociendo la reiterada jurisprudencia de esta Sala en sentido contrario recogida en las

Sentencias de 10 febrero 1989 (RJ 1989\825), 24 octubre 1990 (RJ 1990\8043), 15 abril y 24 junio 1991 (RJ 1991\2686 y RJ 1991\4578) y), citadas por extenso en el motivo; dice la Sentencia de 15 abril 1991 (RJ 1991\2686) que **el principio espiritualista que rige nuestro sistema de contratación no impide la exigencia de forma alguna para la validez de los contratos que «serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que concurren las condiciones esenciales para su validez»** (artículo 1278 del Código Civil), y, como dice la Sentencia de 30 mayo 1987 (RCL 1987\3852) **tales principios inspiradores del susodicho sistema espiritualista que en nuestro Derecho instauro el Ordenamiento de Alcalá y mantiene inalterado el vigente Código Civil, se proyecta sobre aquel contrato en cuya virtud se encarga a un arquitecto la elaboración de un proyecto de edificación sin que pueda afectar a la validez del contrato el no cumplimiento de las complementarias formalidades escritas de orden administrativo, garantizadoras de la observancia de ciertas exigencias cuyo incumplimiento por decisión unilateral de una de las partes no puede dejar a la otra sin posibilidad de reclamar su derecho a la compensación debida;** en el mismo sentido la Sentencia de 10 febrero 1989 (RJ 1989\825) afirma que la circunstancia alegada como fundamento, o sea, no haberse presentado en el momento oportuno en el citado Colegio por parte del arquitecto señor C. H. la oportuna «hoja de encargo», no implica que cual pretende el recurrente y **por virtud del artículo 9.1 del Estatuto general para el Régimen y Gobierno de los Colegios de Arquitectos RCL 1931\472 y NDL 1758), el citado Colegio no pudiera reclamar los honorarios que consideraba debidos al indicado profesional, ya que lo único que hace referido precepto es señalar la obligación que los colegiados tienen de comunicar el encargo a su respectivo Colegio, lo cual no pasa de ser un deber u obligación colegial cuyo incumplimiento no puede provocar la nulidad radical (como se pretende por el recurrente), ni siquiera la anulación del negocio arrendaticio de obras, de servicio, o de obras y servicios celebrado por el arquitecto señor C. H. con el demandado recurrente, toda vez que sólo es una mera formalidad dirigida a acreditar la previa existencia de un concierto entre el Arquitecto en cuestión y el dueño de la obra, y consiguientemente, la falta de referido requisito no provoca la invalidez del contrato** (Sentencia de 9 abril 1956 [RJ 1956\1554]).

Al no entenderlo así la sentencia recurrida en su fundamento jurídico primero, predeterminante del fallo, ha infringido la referida doctrina jurisprudencial así como el artículo 1278 del Código Civil por lo que ha de ser acogido este tercer motivo.”

Es importante igualmente destacar que la citada sentencia, en su fundamento de derecho tercero, señala que:

“El motivo cuarto alega infracción de los artículos 1225 y 1228 en relación con los artículos 1216 y siguientes, todos del Código Civil, por error de derecho en la valoración de la prueba documental privada, al no haber otorgado valor probatorio el documento privado aportado con el número 69 de la demanda consistente en la carta de fecha 4 de septiembre de 1990 dirigida por el representante de la sociedad demandada al actor, reconocida en confesión judicial por aquél cuyo

texto dice: «Por la presente le notificamos que "Monocosmos, SA" ha dado orden de pago a "Jyske Bank" (España), agencia Avda. de Suel Puebla Lucía, Fuengirola, para que le sea abonado a Vd. en concepto de honorarios por sus trabajos realizados en la urbanización "Cosmópolis" de Mijas Costa para "Monocosmos, SA", la cantidad de 4.925.744 ptas. más 12% IVA 591.093 ptas. sumando un total de 5.516.867 ptas. (cinco millones quinientas dieciséis mil ochocientas sesenta y siete ptas.) previa presentación y entrega por su parte de un factura y el recibo adjunto debidamente firmado por Vd.».

Reconocido en confesión judicial dicho documento por el representante de la sociedad demandada recurrida, sin que respecto al mismo se haya opuesto tacha alguna, ha de reconocérsele la fuerza probatoria que a los de su clase otorga el Código Civil en sus artículos 1225 y 1228, por lo que al no tener en cuenta la Sala de instancia el repetido documento y, en consecuencia, no darle valor probatorio alguno, ha incidido en el error de derecho que se denuncia y procede la estimación del motivo.”

Por lo tanto, en el contrato de arrendamiento de servicios, en el que se incluyen los servicios prestados por un abogado bilateralmente a su cliente, no es necesaria una hoja de encargo previa y formalizada, sino que la existencia y realidad de la relación contractual puede probarse por otros medios, como en la citada sentencia se señala: “ “La prueba aportada a los autos acredita la existencia de una relación contractual, aunque verbal, entre el demandante don José María M. D. y la sociedad demandada «Monocosmos, SA», encuadrable dicho contrato en la categoría de arrendamiento de servicios que tenía por objeto los que el primero habría de prestar a la segunda en su condición de arquitecto; la existencia de dicho contrato surge no sólo de las manifestaciones de los testigos que se recogen en la sentencia de primera instancia, testigos que en la época del contrato eran socios de la sociedad demandada e intervinieron en los tratos y conversaciones habidos entre las partes sino, y más fundamentalmente, de la carta de 4 de septiembre de 1990, a que se refiere el anterior fundamento jurídico, en la que paladinamente la demandada reconoce adeudar al actor una determinada cantidad en concepto de honorarios profesionales y se la remite por conducto bancario; ello **constituye un acto propio** de la recurrida **en el sentido que a esta figura jurídica atribuye la jurisprudencia de ser un acto que «por su carácter trascendental o por constituir convención, causa estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir un derecho»**, y su fuerza vinculante para la parte no puede ser desvirtuada por las alegaciones que acerca de los motivos por los que se ofreció el pago de aquella cantidad se hacen en la contestación a la demanda, ajenos a toda idea de hacer pago al actor de unos honorarios debidos.”

Es igualmente relevante la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1159/2000 (Sala de lo Civil), de 15 diciembre, que resolvía el Recurso de Casación núm. 3523/1996 siendo ponente VILLAGÓMEZ RODIL, que sigue la citada línea jurisprudencial. En la sentencia de referencia se señala que:

“Se hace necesario para el adecuado enjuiciamiento casacional del recurso relatar sustancialmente los hechos probados y que acceden incólumes, al no haber sido combatidos en forma: a) El Arquitecto don Miguel O. P. participó y fue seleccionado junto a la firma Arquinde en el concurso de ideas convocado por la recurrente (ARESERVICE) en junio de 1986, para la construcción de un Parque Acuático en la localidad de Alcobendas y por carta de 24 de octubre de 1986 se le encargó la realización de un Máster-Plan que recogiera las características generales del Proyecto; b) Por carta de 18 de diciembre de 1986, que firma don Joaquín E. P., Areservice comunicó al Arquitecto que debería reformar la documentación que había confeccionado, en relación a las observaciones (cuatro puntos) que hizo constar la entidad Prosa en la carta de 3 de diciembre de 1986, que se acompañó, y se refiere bien claramente a la confección de Proyecto Básico, pues las modificaciones interesadas permitirían desarrollar con todas las garantías el Proyecto definitivo, una vez confeccionado el Básico; c) A dicha carta contestó el Arquitecto por misiva de 21 de diciembre de 1986, aceptando la elaboración del Proyecto Básico, visado por el Colegio Profesional, cuya confección se comprometía a llevar a cabo en el plazo de cuatro semanas después de recibir la **conformidad al contenido de la referida carta**, aportando indicaciones sobre el importe de los honorarios que le correspondían; d) El Proyecto Básico, cuya realización tuvo efectivamente lugar, fue presentado en el Ayuntamiento de Alcobendas en abril de 1987 y acusadas deficiencias por el Ingeniero del Ayuntamiento, las mismas fueron subsanadas y rectificadas, mediante la presentación de un nuevo Proyecto, el 7 de octubre de 1987, según certifica el Secretario de dicho ente municipal el 16 de octubre de 1987, haciendo constar la necesidad de requerir al interesado para que aporte la documentación que se detalla, entre ella, dos ejemplares del Proyecto Básico visado por el Colegio de Arquitectos y firmado el original por el Arquitecto proyectista y la propiedad, así como las hojas de dirección facultativa de arquitecto y aparejador; e) Don Miguel O. P. presentó para su aprobación y visado el Proyecto Básico en el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid y éste en el año 1988 comunicó a ARESERVICE que tenía a su disposición el mismo, debiendo satisfacer la minuta de honorarios que ascendía al importe total de 103.045.364 pesetas - cantidad cuyo pago se reclama en la demanda -, sin que la recurrente hubiera retirado el Proyecto ni satisfecho la deuda profesional, la que tampoco atendió a la posterior reclamación a través de abogado de fecha 24 de mayo de 1988, limitándose a comunicar por carta de 27 de Julio de 1988, que no habían hecho encargo directo alguno del Proyecto Básico referente al Parque Acuático, recreativo, deportivo y cultural «Aqualandia».

La recurrente, a medio del primer motivo, que denuncia infracción de los artículos 1256 y 1544 del CC, en relación a los apartados 1.4.2, 1.4.3, 1.5, 1.7, 1.8 y 1.10 del Decreto 2512/1977, de 17 de junio (RCL 1977, 2113 y ApNDL 713), lo que viene a impugnar en concreto es la cuantía de los honorarios reclamados, tras un largo alegato con referencia a lo que dice manifestó en el acto de la vista del recurso de apelación, que no consta certificado en la correspondiente acta, sosteniendo, en definitiva, que, partiendo del precio total del coste de la obra, fijado en 1.877.648.760 pesetas, los honorarios que corresponderían por el

Proyecto Básico serían de 37.552.975 ptas., más IVA, para lo que efectúa selección de las tarifas oficiales que más le conviene, sin tener en cuenta las características especiales de la obra y contradecir su conducta anterior, ya que **en ningún momento impugnó ni hizo protesta alguna sobre la cuantía de los honorarios discutidos, pues el Arquitecto ya anticipadamente había comunicado su importe en carta de 21 de diciembre de 1986**, que la sentencia declara aceptada por ARESERVICE y lo mismo sucedió con las comunicaciones del Colegio Oficial.....

.....Conviene decir pronto que las relaciones que mantuvieron los litigantes se desarrollaron en diversas fases. Un primer momento representado por el concurso anunciado y la selección del demandante como efectivo ganador del mismo, en razón al trabajo presentado, que actúa como efectivo Estudio Previo y que viene a operar como principio de nacimiento de una relación obligacional, conforme a las particulares reglas del concurso, la que se consolidó definitivamente entre las partes (S. de 12 de junio de 1997 [RJ 1997, 4771]) y posteriormente para penetrar en el ámbito de efectivas relaciones contractuales válidamente establecidas, con el encargo del Master-Plan, que actuaba como anteproyecto ya que debía recoger características generales, sirviendo como antecedente del Proyecto Básico, mediante la inclusión en éste de los datos y estructuras que lo configuran como tal (memoria, mediciones y presupuestos), generando dicho anteproyecto los correspondientes honorarios (S. de 24-6-1991 [RJ 1991, 4578]) por aplicación de la Tarifa de 1.4.2 del de 17 de junio de 1977, que no se reclamaron, al interesarse solamente los correspondientes al Proyecto Básico, tratándose de actividades continuadas y representando el Proyecto Básico la culminación de las mismas.

La decisión del Tribunal de Instancia de que **el encargo del Proyecto Básico efectivamente se produjo conforme hecho probado, que no fue desvirtuado por las alegaciones del motivo**, atendiendo a los actos concurrentes representados básicamente por la carta de 18 de diciembre de 1986, que ARESERVICE incorpora, viniendo a hacer suya la de PROSA de fecha 3 de dicho mes y año, ya que ambos documentos necesariamente se relacionan y no puede aislarse uno de otro, como hace la recurrente para aportar su propia e interesada interpretación.

La carta del Arquitecto de contestación de 21 de diciembre de 1986, resulta consecuente con la propuesta efectuada, y se refiere bien claramente a haber recibido encargo de ejecutar el Proyecto Básico con las modificaciones solicitadas por PROSA referentes a cuatro puntos explicados y aunque ARESERVICE no la contestó, tampoco adoptó la mínima medida para deshacer lo que ahora combate como una interpretación equivocada del técnico proyectista que acciona.

.....**En cuanto a que no se suscribió Hoja de Encargo, ha de aplicarse la doctrina reiterada de esta Sala que proclama su innecesidad** y no afecta a la validez del contrato la no observancia de complementarias formalidades de orden administrativo por garantizar ciertas exigencias sólo de trascendencia colegial y **las relaciones contractuales creadas resultan eficaces, aun sin contar con tal formalidad, siempre que concurren los requisitos esenciales que determinan**

su validez (SS. de 15-4-1991, 24-6-1991 [RJ 1991, 4578], 29-11-1996 [RJ 1996, 8566] y 26-4-1999 [RJ 1999, 2696]).

...Para rechazar el motivo basta tener en cuenta las sucesivas relaciones que mantuvieron los litigantes desde la primera convocatoria y adjudicación del concurso y una vez más se hace supuesto de la cuestión al dejar de lado que la sentencia recurrida declaró que se había logrado probar la existencia del contrato de arquitecto cuestionado, integrado por lo que constituye su objeto específico, es decir, las obras necesarias para levantar el Parque Acuático, que fue lo que motivó que ARESERVICE convocara el concurso previo y culminó con el encargo decidido de confeccionar el Proyecto Básico preciso y necesario.”

En conclusión, después de lo expuesto, podemos afirmar que no existen unos honorarios arbitrales que sean justos e injustos *per se*, sino que su bondad deberá siempre tomarse en consideración sobre la base de que hayan sido aceptados o no por las partes. Esa aceptación se produce de forma tácita en el caso del arbitraje administrado, puesto que todas las entidades arbitrales cuentan con una tabla financiera que marca los baremos aplicables a cada arbitraje en atención a la cuantía en controversia; y esa primera aceptación se convierte después en una aceptación específica cuando la institución arbitral calcula al caso concreto la cuantía de los honorarios arbitrales y de los gastos de administración del arbitraje y solicita una provisión de fondos a las partes en litigio. Es importante reseñar que será en este momento cuando el cálculo sea detallado y preciso, puesto que si se ha producido reconvencción de la contraparte, el *quantum litis* se habrá incrementado y por ende también lo habrán hecho los honorarios de los árbitros y los gastos de administración, que se calculan proporcionalmente a la citada cuantía.

Obviamente, en ese momento las partes están aceptando esa cuantía y salvo que expresamente se opongan a la misma de forma fehaciente, aunque presten la provisión de fondos, no podrán posteriormente atacar las costas arbitrales que serán parte del fondo del laudo, en virtud de la restricción que impone el artículo 6 NLAB. No obstante, podemos defender que tendrían las partes una última oportunidad de expresar su descontento con los costas arbitrales a través del recurso de aclaración, solicitando en el mismo que se corrija el cálculo que a su criterio es erróneo. Incluyendo tal solicitud en el citado recurso aclaración, podría ser instado ese motivo por la parte en la acción de impugnación del laudo en lo que se refiere al punto específico y parcial de las costas arbitrales y de ser apreciado, sería la base para reclamar al árbitro el importe de los honorarios cobrados en exceso, tomando como referencia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia³⁸². Por lo tanto, el hecho factual sería el cálculo de las costas arbitrales

³⁸² Sin embargo, la anulación parcial del laudo en lo referente a la decisión de los árbitros no puede considerarse como un título constitutivo y probablemente ni siquiera declarativo, salvo que el Tribunal Superior de Justicia hubiera bajado al detalle del cálculo de cuáles eran las costas arbitrales correctas a tenor de lo pactado. Por ello, la parte reclamante debiera acudir al Juzgado de Primera instancia para solicitar el resarcimiento.

y/o de su imputación a las partes, en desacuerdo con lo pactado en el arbitraje; el daño causado, el diferencial entre el importe recogido en el fundamento anulado del laudo relativo a las costas arbitrales y el importe correcto; y el nexo causal entre el hecho factual y el daño es la apreciación de esa nulidad por parte del Tribunal Superior de Justicia. El elemento que falta para completar la exigencia de responsabilidad es la intencionalidad, que en este caso debemos reputar como dolosa³⁸³ o como de negligencia grave, puesto que como hemos señalado, al menos una vez a lo largo del procedimiento la parte reclamante ha expuesto al árbitro sus argumentos explicando el error de cálculo cometido por el árbitro – posteriormente reconocido por el Tribunal Superior de Justicia- y éste no lo ha enmendado, dejando la redacción final del laudo en el punto relativo a esa materia contaminado con el error.

En el caso del arbitraje *ad hoc* lógicamente no existe una tabla que permita *a priori* conocer a las partes los honorarios del árbitro y los posibles gastos de administración, por lo que será preceptivo que el árbitro prepare un presupuesto para las partes, y normalmente condicionará su propia aceptación del nombramiento como árbitro a la aceptación del citado presupuesto. Igualmente lo habitual es que solicite una provisión de fondos. En cualquier caso, las reflexiones realizadas en el párrafo anterior son plenamente aplicables a éste.

Dado que resulta inimaginable una situación en la que un procedimiento arbitral se desarrolle sin haber fijado los árbitros y las partes el contenido económico de la prestación de los servicios del árbitro, hemos de concluir que, en definitiva, la problemática con respecto a las costas arbitrales no viene motivada por una discusión teórica sobre si los honorarios son altos o bajos o por cómo se distribuyen los mismos entre las partes; sino por las posibles divergencias empíricas en el cálculo de los citados honorarios y demás gastos del procedimiento arbitral³⁸⁴, así como en la imputación de los mismos a las partes, que realice el árbitro y que no se compadezca literalmente con lo previsto por las partes y aceptado por el árbitro.

³⁸³ Podríamos hablar especialmente de dolo en el caso de que el árbitro decidiera realizar una prueba a la que ambas partes se opusiera, imputando su coste dentro de las costas arbitrales. Un ejemplo pudiera ser un informe pericial de perito independiente nombrado por el árbitro, para que conociera de una materia sobre la que cada parte hubiera aportado un informe de su propio perito. Por mucho que le pudiera resultar más cómodo al árbitro contar con ese tercer informe, si ambas partes se oponen al mismo y no quieren asumir su coste, normalmente elevado, el árbitro no puede imponer su voluntad y obligar a que las partes finalmente lo asuman a través de las costas arbitrales.

³⁸⁴ Se han debido de fijar los criterios no solamente para los honorarios y los gastos de administración del arbitraje, sino también sobre todo lo relativo a los gastos derivados de las pruebas, ya sean de confesión, testificales, periciales, fijando las normas de quien sufraga los costes y hasta que cuantía, etc.. De hecho, puesto que la norma habitual en el arbitraje es que cada parte sufrague las pruebas que propone, ello tiene el positivo efecto de desanimar tácticas procesales tendentes a entorpecer el proceso basadas en la propuesta de múltiples y complejas pruebas, ya que incrementar el coste sensiblemente para esa parte.

3.2.3. Obligación de determinar y conducir el procedimiento y cumplir los principios y formalidades

Como explica FERNANDEZ DE BUJAN, A.³⁸⁵, “La idea motriz del arbitraje romano es la de la autonomía de la voluntad y el acuerdo *inter partes*, por lo que no constituyen la norma las disposiciones que prevén la intervención del magistrado jurisdiccional con carácter vinculante para las partes que acuerdan someter una o varias controversias a arbitraje, así en D. 4.8.32.21: «El árbitro no puede hacer nada que no esté previsto en el compromiso...».

El lugar en el que se va a desarrollar el arbitraje será el fijado por las partes, y a falta de acuerdo entre estas, será determinado por los árbitros. Así en D. 4.8.21.10: «Si el árbitro dispuso, por ejemplo, que los litigantes compareciesen en una provincia, habiéndose no obstante acordado en Roma el arbitraje compromisario, se pregunta si se puede dejar impunemente de obedecer al árbitro, y es más cierto lo que dice Juliano, de que se entiende que el lugar en el que deba desarrollarse el compromiso es aquel en el que este se ha formalizado, por lo que se puede impunemente dejar de obedecer al árbitro, si este hubiese dispuesto que se compareciese en otro lugar...».

Lo que sí puede el árbitro, en determinados casos, es citar para la sustanciación de las actuaciones en un lugar próximo a la ciudad en la que se hubiese acordado el compromiso. Así en 4.8.21, *in fine*: « ¿qué sucederá si el árbitro convoca a las partes en un lugar próximo a la ciudad en la que se hubiese acordado el compromiso? Pegaso opina que la disposición es válida, lo que me parece que es cierto en el caso de que el árbitro fuese de tal autoridad que acostumbrase a citar a las partes en un lugar apartado de la ciudad, al que los comparecientes pueden acceder sin dificultad».

En cuanto a la comparecencia de las partes, cabe señalar que en D. 4.8.27.4 se prevé la necesaria presencia de las partes en el momento de dictar la sentencia y las consecuencias del incumplimiento: «Si hubiese estado ausente alguno de los contendientes, y por esta causa no se hubiese dictado la sentencia arbitral, el ausente incurrirá en la pena prevista (en la estipulación). Conforme a este punto de vista, la sentencia dictada sin estar presentes los contendientes no será válida, salvo que en el compromiso se haya acordado de forma expresa que la sentencia se puede dictar aunque uno o los dos comprometidos estén ausentes...».

Aunque no se alude a la posibilidad de que el comprometido alegue una justa causa de su ausencia, en D. 4.8.27.4 parece razonable pensar que el régimen clásico aplicable al respeto sería el previsto en D. 4.8.21.9, en el que se alude a la exoneración de responsabilidad en el caso de que pueda realizarse un nuevo compromiso. En el Derecho justiniano, por el contrario, como se afirma en D. 44.4.4.2, la alegación de una justa causa que impida la realización del arbitraje exime de responsabilidad a la persona afectada.

³⁸⁵ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN A.: *Bases romanísticas*.....Op. cit.

En materia de justa causa de la no comparecencia, los textos de mayor relevancia son, por tanto, los correspondientes a D. 4.8.21.9, correspondiente a Ulpiano: «Si alguno de los litigantes no hubiese comparecido, por serle imposible a causa de enfermedad, por ausencia a causa de asunto público, por su magistratura o por otra justa causa, dicen Próculo y Atilio que incurre en la pena estipulada; pero si el litigante estuviese dispuesto a realizar un nuevo compromiso con el mismo árbitro, se denegará la acción en su contra o quedará protegido mediante excepción. Sin embargo, esto será solamente cierto si el árbitro estuviese dispuesto a asumir el arbitraje, pues escribe acertadamente Juliano, 4 Dig., que no puede ser obligado contra su voluntad...», y a D. 44.4.4.2, en el que afirma Ulpiano: «Si hubiéramos quedado mediante un compromiso en someter una controversia a arbitraje, y como consecuencia de mi incomparecencia por un problema de salud incurriese en la pena estipulada, ¿podré valerme de la excepción de dolo?, Pomponio opina que cabrá ejercitar la excepción de dolo malo». En ese caso, la exoneración de responsabilidad por incomparecencia debida a enfermedad no se supedita a la realización de un nuevo compromiso, lo que se explicaría por una alteración justiniana del texto clásico tendente a eliminar o atenuar la responsabilidad de los compromitentes cuando concurra una justa causa, como es la incomparecencia por enfermedad. En este sentido se pronuncia TALABMANCA cuando afirma que, en definitiva, prevalece el interés del compromitente que no comparece por razón de una causa inimputable frente al interés de la otra parte que en el juicio arbitral despliega todos los remedios procesales, por medio de las acciones estipulatorias complementarias, contra la parte ausente, lo que, por otra parte, representa una consecuencia de la propia evolución de las instituciones jurídicas³⁸⁶.

Conforme a D. 4.8.49.1: «El árbitro puede disponer la comparecencia de los litigantes bien por mensajero bien por carta».

Las partes podrán comparecer ante el árbitro por sí mismas o por medio de representante, así en D. 4.8.47-48 y 49.pr., donde se afirma que: 47: «Si el compromiso se hizo para que el árbitro dicte la sentencia en presencia de ambas partes, o de sus herederos, y uno de los litigantes hubiere fallecido habiendo dejado una persona sometida a tutela como heredera, no se entiende dictada la sentencia si no constase la autorización del tutor. 1. Asimismo, si uno de los compromitentes hubiere perdido el juicio. 48: No será obligado el árbitro a dictar sentencia. 49: Sino que, por el contrario, no podrá dictar sentencia, por falta de validez de lo actuado en la sola presencia de la persona sin juicio. 1. Pero si la persona incapacitada por locura tuviese curador o lo hubiese tenido durante el transcurso de la controversia sometida a arbitraje, puede dictarse la sentencia en presencia del curador».

Conforme a D. 4.8.40: «Dispuso un árbitro que las partes comparecieran el primero de enero, pero falleció antes de ese día y uno de los litigantes no compareció; no cabe duda de que en modo alguno se incurrió en la pena estipulada. Porque dice Aristón haber oído a Casio afirmar que no se incurre en la

³⁸⁶ Vid., al respecto, en TALABMANCA, «Sull'interpretazione di Ulpiano L. 13 ad edictum, D. 4.8.21.9-11», en *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974, págs. 4244 y sigs.

pena cuando es el árbitro quien no acude el día fijado, así como dice Servio que no se incurre en la pena cuando la causa de no cobrarla es la ausencia del estipulante».

Volviendo a los tiempos modernos, indicar que el artículo 21.1 LAB. señalaba que *«el procedimiento arbitral se ajustará en todo caso a lo dispuesto en esta Ley, con sujeción a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes»*.

Este artículo se encontraba encuadrado en el Título IV de la LAB.: *«Del procedimiento*. En el PLAB este Título estaba rubricado *«Del proceso arbitral*, y el artículo 22 (finalmente 21) y concordantes recogían el término «proceso donde hoy aparece «procedimiento. Esta modificación se debió a la enmienda número 214, presentada por el Grupo Coalición Popular³⁸⁷, que se justificaba por «una terminología más precisa y que responde a la moderna concepción doctrinal del proceso, que no puede aplicarse al arbitraje. Esta enmienda no prosperó -por voto de la mayoría-, según se desprende del Informe de la Ponencia³⁸⁸. Sin embargo, defendida esta enmienda por el diputado HERRERO RODRIGUEZ DE MIÑÓN, en la Comisión de Justicia e Interior, con competencia legislativa plena, se aprobó por unanimidad³⁸⁹. Su defensa fue la siguiente: *«La enmienda 214 propone la sustitución de la calificación de «procesal» por la calificación de «procedimental en cuanto al arbitraje se refiere. Hay diversos motivos para esta enmienda. En primer lugar, he de confesar que inciden en mi exposición de ahora motivos eminentemente subjetivos. Yo reconozco mi filiación doctrinal, «guaspiana en cuanto al Derecho se refiere, porque he tenido el honor de trabajar 16 años bajo la dirección de aquel gran jurista liberal que fue Jaime Guasp, y Jaime Guasp, que fue, por otra parte, el primer comentarista moderno de nuestra legislación arbitral - que hoy tratamos no de rechazar, sino de superar, como todo lo bueno ha de ser superado por algo mejor insistió mucho y muy doctamente en el carácter procedimental y no procesal del arbitraje. Efectivamente, el arbitraje no es un proceso es un procedimiento, y permítanme, señores diputados, que para que así conste en el Diario de Sesiones, me permita reiterar las definiciones que JAIME GUASP da del proceso y el procedimiento.*

Dice GUASP que la verdadera esencia de la institución procesal no es la idea de resolución del conflicto, sino la idea de satisfacer la pretensión de un particular, y ello mediante una decisión del Juez que expresa la soberanía del Estado. La obra del Juez vale jurídicamente como emanación de la soberanía del Estado, y la fuerza de obligar de la decisión del Juez no viene de que se le hayan reconocido las partes, como ocurre en el arbitraje, sino que deriva de la propia soberanía estatal, que sabemos es la de soberanía de la nación.

Por eso, el arbitraje no puede, de acuerdo con esta concepción moderna del proceso, considerarse como una institución procesal.

³⁸⁷ B.O.C.G., núm. 69-5, cit., pág. 77.

³⁸⁸ B.O.C.G., núm. 69-7, cit., pág. 93

³⁸⁹ Diario de Sesiones..., cit., págs. 10767, 10768 y 10778

El arbitraje no es una justicia privada paralela, es otra cosa. Es un contrato o convenio, como acertadamente dice el texto del Proyecto y de la Ponencia, es decir, un concurso de voluntades que tiene un tracto procedimental; no es un contrato de tracto continuado, como podría ser el suministro, sino de tracto procedimental, de manera que cada una de las actuaciones viene predeterminada por la anterior y va a posibilitar y predeterminar la siguiente. Por eso insiste Guasp y yo solicito que así lo haga en este momento la Comisión, en que se califique de procedimiento y no de proceso al arbitraje.”

Todas esas disquisiciones quedan superadas con la redacción del actual artículo 24.1 de la NLAB, encuadrado en el TÍTULO V, De la sustanciación de las actuaciones arbitrales, bajo el nombre de “Principios de igualdad, audiencia y contradicción”, que señala que *“Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.”* La Exposición de Motivos de la NLAB nos aclara que *“la Ley vuelve a partir del principio de autonomía de la voluntad y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es.”*

De la simple lectura de este precepto se pueden extraer dos conclusiones elementales: La primera es que el procedimiento tendrá que cumplir necesariamente las formalidades legales; la segunda es que han de respetarse unos principios a los que la Ley atribuye el carácter de esenciales. Si ponemos en relación el artículo 24.1 con el 41 NLAB (como en la LAB había que hacer con el 21.1 y el 45.2) resulta que el laudo se puede anular si los árbitros, en el desarrollo de su actuación (es decir, durante la tramitación del procedimiento y al dictar el laudo), quebrantan dichas formalidades y/o principios esenciales. Así, la sentencia de 28 de octubre de Tribunal Supremo de 1963 señala que *“Que es denominador común de ambos recursos, el frecuente olvido que en ellos se incurre, de la existencia de un laudo originado por un compromiso pretendiendo hacer tabla rasa de sus pronunciamientos y fundamentación jurídica, que es la única vía autorizada por el legislador para poder examinar las actuaciones procesales anteriores llevadas a cabo por los árbitros de Derecho con relación a las bases previas establecidas, para la resolución de las diferencias surgidas entre las partes con fundamento en los contratos discutidos por falta de acuerdo sobre su interpretación y alcance pues **el recurso de casación trata de censurar la resolución de los árbitros, cuando no se hayan atemperado en su actuación a unas normas preestablecidas que ponen límite a su actividad.”***

Disponía el artículo 21.2 LAB que *«El desarrollo del procedimiento arbitral se regirá por la voluntad de las partes o por las normas establecidas por la Corporación o Asociación a la que se haya encomendado la administración del arbitraje y, en su defecto, por acuerdo de los árbitros».*

Respetando, pues, los mínimos legales previstos en los artículos 22 y siguientes de la LAB, para el procedimiento arbitral, la tramitación del arbitraje se dejaba principalmente en manos de los comprometidos. Ellos mismos podían

encomendar el arbitraje a una de las instituciones recogidas en la Ley aceptando las normas procedimentales previstas en sus respectivos estatutos. En defecto de la voluntad de las partes, eran los árbitros los que establezcan las correspondientes reglas³⁹⁰.

El laudo podía impugnarse si los árbitros no respetaban las normas legales y/o las establecidas por las propias partes, por las Instituciones que pueden desarrollar funciones arbitrales y por ellos mismos en el procedimiento arbitral.

La actuación de los árbitros culminaba con la emisión del laudo, que debía ajustarse a las formalidades previstas en la LAB en los artículos 30 y ss., donde la autonomía de la voluntad de las partes estaba notablemente restringida respecto de la estructura del laudo, motivación, sistema de mayoría, costas, protocolización, notificación y aclaración. Quedaba sólo a la disponibilidad de las partes la determinación del plazo y el tipo de arbitraje.

Así pues, el artículo 21.2 de la LAB señalaba claramente que el procedimiento arbitral se regía por la voluntad de las partes y, en su defecto, por acuerdo de los árbitros, si bien se requería la observación de lo dispuesto en la propia Ley y el respeto a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes. En el caso de que las partes no alcanzaran un acuerdo sobre el procedimiento, el mismo podría ser adoptado por acuerdo de los árbitros.

Como hemos visto, todas esas precisiones se reproducen en el articulado de la NLAB. Sin embargo, parece oportuno señalar, en primer lugar, que la tendencia, en algunos casos, de utilizar en el arbitraje, por comodidad o desconocimiento, la terminología propia de los procesos jurisdiccionales pudiere llevar, en ocasiones, a errores conceptuales graves. Así, el uso de los términos de actor o demandante y demandado no tienen cabida en la naturaleza jurídica del arbitraje, y en la NLAB hay que entender los mismos, como nos aclara su Exposición de Motivos, desde una exclusiva función de simplificación a la hora de referirse a las partes. El arbitraje no es un procedimiento jurisdiccional a través del cual se ejerza una acción sino una institución que permite que personas naturales o jurídicas se comprometan y puedan someter las cuestiones litigiosas que puedan surgir o hayan surgido a la decisión de un árbitro o árbitros y en la que converge la mutua voluntad de solucionar las diferencias y la legítima aspiración a la defensa de sus respectivas posturas, pero sin el enfrentamiento institucionalizado a través de los conceptos formales de parte actora y demandante, por un lado, y de parte demandada, por otro.

Como señala GONZALEZ SORIA³⁹¹, el hecho de que una parte sea la que solicite el arbitraje no le da el carácter de demandante ni a la contraparte, la de demandada, y la mejor prueba de ello es que es perfectamente posible, y de

³⁹⁰ En el mismo sentido, FONT SERRA, ORTIZ NAVACERRADA y SERRANO ALONSO.

³⁹¹ Cfr. GONZALEZ SORIA, JULIO: *Reflexiones básicas sobre el arbitraje*. SAR. Madrid. 2015. Pags 3 y ss

hecho así sucede en la práctica, que el arbitraje sea solicitado simultáneamente por ambas partes.

En este sentido, la Sentencia de 6 de Septiembre de 1991 de la Audiencia Provincial de Zaragoza es tajante al respecto, al decir que **“en relación a la quiebra del principio de contradicción, del hecho de que el Tribunal Arbitral acordara que las partes formularan sus escritos de alegaciones, no sucesiva sino simultáneamente, dado que ambas litigantes conocían sobradamente los temas discutidos y la posición de la otra parte, no puede estimarse que se produjera la quiebra del principio de contradicción”**.

Igualmente, hay que señalar que Corporaciones de Derecho Público que, al amparo de lo dispuesto en el art. 10.1 LAB (y del 14 en la NLAB), desempeñan funciones de administración del arbitraje, como son, por ejemplo, la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid y el Tribunal de Arbitraje de Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Málaga, contemplan en sus Reglamentos un trámite de alegaciones simultaneas a realizar por ambas partes (artículos 31 y 33 el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid y art. 23 del Reglamento del Tribunal de Arbitraje de Málaga).

Todo ello es absolutamente coherente con la libertad procedimental consagrada por la NLAB, que configura un procedimiento muy próximo al que regía con anterioridad para los arbitrajes de equidad y que otorga una gran relevancia a la voluntad de las partes, de modo que las normas de la NLAB tienen el carácter de exigencias mínimas inderogables, lo que coincide con los criterios que la constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido manteniendo desde la vigencia de la Ley de 1953 y que, en definitiva, permite, incluso, por ejemplo, que el mismo se desarrolle en su totalidad de forma oral, con o sin documentación de todas o algunas de sus fases.

A este respecto puede citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 21 de Octubre de 1991, cuyo tenor literal es el siguiente:

*“Segundo. Otra opinión autorizada puede ser la de Ortiz Navacerrada, quien analiza las novedades que se introducen respecto de la Ley anterior y afirma que se **extiende a toda modalidad de arbitraje la libertad procedimental que la anterior sólo atribuía al de equidad**, citando diversas sentencias en ese sentido y señalando que se configura un procedimiento muy próximo al que regía para la equidad; finalmente, Serrano Alonso, catedrático y Magistrado opina sobre la **gran relevancia de la voluntad de las partes para fijar el procedimiento arbitral de modo que las normas de la Ley tienen el carácter de exigencias mínimas inderogables**, lo cual también es indudable que coincide con los criterios que la constante y reiterada jurisprudencia del tribunal Supremo ha venido manteniendo bajo la vigencia de la Ley de 1953.*

*Cuarto. Ya se ha indicado más arriba, pero conviene puntualizarlo, que **el criterio de la Ley nueva en materia de trámites, lo que se podría denominar proceso arbitral, viene a coincidir con lo que la antigua establecía para el arbitraje de equidad, sobre la base de principios de libertad, pero exigiendo el artículo 21***

la sujeción a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, señalando la voluntad de estas el desarrollo del procedimiento no existiendo plazos determinados salvo para el laudo, fijando los árbitros plazos preclusivos para formular las alegaciones (artículo 25) y siendo los árbitros quienes deciden acerca de la pertinencia de las pruebas (artículo 26); con esta base legal se invoca por el impugnante una segunda causa de la nulidad, al amparo del artículo 45.2 de la Ley, al no haberse observado las formalidades y principios esenciales establecidos por la Ley y que centra en la no fijación de plazos preclusivos para hacer alegaciones, y acordar de oficio una sola prueba, la auditoría a cargo de la firma A.A. en la que se vulneró el principio de igualdad, y practicándose sin citación de los impugnantes.

Quinto. Nada más lejos de la realidad como se desprende del examen de todo lo actuado: con fecha 2 de marzo de 1990 el árbitro señor R. Hace saber a don J.L.P. que el plazo de tres días haga las alegaciones que estime oportunas (folio 50), el impugnante no propuso ninguna prueba y el árbitro acordó el informe de A.A. por propia iniciativa, dentro de las facultades que le concede el artículo 26 de la Ley de Arbitraje, lo que hizo saber en su día a las partes y más en concreto en la carta de 20 de febrero de 1990 que don J.L.P. recibió el día 22, como consta en el folio 35, con lo cual se han cumplido todos los requisitos, pudiendo recordarse que sobre estos extremos ha sido siempre muy clara y contundente la jurisprudencia, como demuestran a modo de simples ejemplos las sentencias de 20 de marzo de 1990 (**es enjuiciable tan sólo la observancia de las formalidades esenciales y el sometimiento del árbitro a los límites de lo convenido, pero no el mayor o menor fundamento de lo decidido**), 25 de septiembre de 1989 (**oídas las partes y posibilitadas para aportar sus pruebas, quedan cumplidos los principios de audiencia y contradicción sin que afecte a ello la pretendida insuficiencia aprobatoria**) y 28 de octubre de 1988 (**el derecho de proponer pruebas no conlleva la necesaria admisión y práctica de las que el árbitro reputa no pertinentes**); a la luz de esta doctrina es evidente que se aprecia la comisión de ninguna infracción de los principios básicos del arbitraje, lo que conlleva el perecimiento de este de impugnación.”

Igualmente, es enormemente ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 19 de Septiembre de 1996 en sus Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero, que se transcriben a continuación:

“Segundo. La pretensión de la recurrente se ampara, en primer lugar, con cita de los artículos 21, 22, 25.2, 32 y 45.2, en una presunta infracción de las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley de 5 de diciembre de 1988.

La desestimación del motivo obliga a precisar que, aunque la actual Ley no contenga, respecto del arbitraje de equidad, un precepto semejante al artículo 29 de la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953, sancionador del principio de libertad de formas en cuanto al procedimiento, sino más bien parezca, al no realizar distinguos con el de Derecho y del tenor literal de los artículos 3.1, 21.1, 25.2 y 45.2, que contiene normas imperativas cuya vulneración acarrearía la

nulidad del laudo, con la consiguiente desvinculación de la tradicional doctrina jurisprudencial (SSTS de 2 de mayo de 1962; 16 de febrero de 1968; 28 de marzo de 1970; 4 de febrero de 1983; 30 de noviembre de 1987 y 2 de febrero de 1990), reconocedora de, que "... en la modalidad de equidad caracteriza su procedimiento la libertad y flexibilidad y la falta de formas legales, es decir carente de normas reguladoras de cómo se debe proceder..." (STS de 2 de febrero de 1990), lo cierto es que, como la mejor doctrina científica reconoce (DE ANGEL YAGÜEZ, Comentarios a la Ley de Arbitraje, Tecnos, Madrid 1991, Págs. 329 y ss.), **la actual Ley contempla al Arbitraje desde un punto de vista "contractualista" donde la voluntad de las partes, en materia de procedimiento, tiene una decisiva importancia, sin más limitaciones que el respeto de las garantías procesales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, y en tan limitado sentido deben entenderse las palabras "en todo caso" contenidas en el apartado 1º del artículo 21 de la Ley. Este carácter convencional del proceso arbitral que ratifican otros estudiosos de la Ley (PRIETO-CASTRO, MUÑOZ ROJAS, ORTIZ NAVACERRADA) permite, por ejemplo, que el mismo se desarrolle en su totalidad de forma oral, con o sin documentación de todas o algunas de las fases del mismo.**

En cualquier caso, entendemos perfectamente aplicable la doctrina constitucional sobre interpretación de disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE, evitando formulismos enervantes y obligando a la ponderación del vicio procesal advertido con la sanción al cierre del proceso y del acceso a la justicia que del mismo se pudiera derivar (SSTC 17/85, 57/88, 62/89, 157/89), 164/91), debiendo en dicha ponderación atenderse a la entidad del defecto y a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, y su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso (SSTC 41/92, 64/92 y 331/94), teniendo siempre presente que, la indefensión proscrita en el artículo 24 CE no nace de la simple infracción de las reglas procesales sino de la privación del derecho a alegar y a demostrar en el procedimiento los propios derechos e intereses, o para replicar las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción (SSTC 31/89, 145/90, 106/93 y 366/93).

Tercero. Resta, pues, por analizar, desde la precedente perspectiva doctrinal, si los defectos procesales que se citan en el escrito de recurso existen y poseen la capacidad anulatoria pretendida, lo que nos servirá también a los efectos del tercer motivo de nulidad invocado (art. 45.5º LAB), el que se justifica por una pretendida vulneración de **los precitados principios de audiencia y contradicción, los que, dicho sea, no significan otra cosa que "la posibilidad de la parte de ser oída y formular alegaciones y pruebas en defensa de su derecho" (audiencia), y, "la garantía o cautela encaminada a que las partes pueden efectuar un auténtico debate, con la posibilidad de formular sus contestaciones o réplicas frente a las posiciones del contrario" (contradicción).**

La respuesta tiene que ser necesariamente negativa, pues, de acuerdo con lo relatado en el fundamento primero de la presente, es evidente que los señores V. y A. aceptaron condición de árbitros cuando firmaron el convenio de 20 de octubre de 1990 que contenía el compromiso arbitral. Ambos tenían, por su condición de Letrados de las partes contractuales, perfecto conocimiento de la controversia existente, pudiendo decirse, sin temor a equivocarse, que el señor C.S. y la señora S.B. hicieron una auténtica delegación en sus personas respecto de las normas procedimentales a seguirse, de tal manera que no es extraño que “surgidas diversas desavenencias entre las partes a la hora de llevar a su cumplimiento el citado contrato se sometieron dichos acuerdos a Arbitraje, designándose como tercer árbitro al Letrado don M.B.M...” (párrafo 4º del antecedente primero del escrito de recurso), iniciándose seguidamente, tras la lógica acotación verbal de éste, las conversaciones para solucionar la controversia, con visita conjunta (la señora S. confiesa a la quinta que incluso su esposo asistió) a las obras, de tal manera que con cabal y completo conocimiento de las posturas de las partes, que habían hecho valer sus intereses a través de sus letrados, se dictó el laudo cuya anulación se pretende.

Existió, pues, un procedimiento arbitral del que participó activamente la ahora impugnante a través de su letrado, llevado a cabo de una forma atípica si se quiere, pues no es lo más normal que el desarrollo del mismo sea completamente oral, pero válida y eficaz por haberse respetado de forma sustancial los indeclinables principios de audiencia, contradicción e igualdad (este último ni siquiera puesto en duda), sin que sea óbice a ello el que, por pura lógica, y como consecuencia del desfase de fechas, se modificara el mismo el 5 de agosto de 1994 para adecuar lo resuelto a tal momento”

En la citada Sentencia, que se apoya en opiniones doctrinales y Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, entendemos que quedan perfectamente explicitados los criterios aplicables para determinar si los defectos procesales que se alegan en el recurso existen y poseen la capacidad anulatoria pretendida.

Veamos ahora la Sentencia n. 17/2003 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 11 de Diciembre de 2003, que se centra en un arbitraje en el que el procedimiento y calendario establecidos para la tramitación del mismo, según consta en el Laudo, consistió, en primer lugar, en una comparecencia de las partes ante el Colegio Arbitral para la fijación de los motivos de la controversia (17 de julio de 2002). Posteriormente, en un primer trámite simultáneo para ambas partes para que presentasen su escrito de primeras alegaciones (hasta el 5 de septiembre de 2002); un segundo trámite, también simultáneo, para responder a las alegaciones contrarias en un escrito de segundas alegaciones en el que podían también proponer las pruebas de las que cada parte quisiera valerse (hasta el 30 de septiembre de 2002); un plazo para que el Tribunal se pronunciase sobre las pruebas propuestas (11 de octubre de 2002) que deberían ser practicadas hasta el 11 de noviembre de 2002; y, por último, un trámite final en el que las partes habrían de presentar sus conclusiones, el 29 de noviembre de 2002, disponiendo los árbitros hasta el 2 de enero de 2003 para emitir el Laudo.

Según consta igualmente en el Laudo, ambas partes presentaron, en plazo, los escritos de primeras y segundas alegaciones y propusieron las pruebas que estimaron convenientes. En lo que se refiere al trámite de conclusiones ABENSUR presentó en tiempo y forma su escrito y CHRCAC por su parte, presentó un escrito el día 28 de noviembre manifestando que el plazo para dictar el Laudo había concluido, a su juicio, el día 20 de noviembre anterior por lo que quedaba expedita la vía judicial y extinguido el convenio arbitral. Esta actitud, sin entrar a valorar si es justificada o no, evidentemente supone una renuncia voluntaria de CHRCAC a presentar sus conclusiones, decayendo así en su derecho a tenor de lo establecido en el art. 22.2 de la Ley, que señala que la inactividad de las partes no impedirá que se dicte el Laudo ni le privará de eficacia.

Del examen del procedimiento descrito y a la luz de los criterios y las Sentencias a que nos hemos referido *ut supra* y a las que podría añadirse la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de julio de 1986, que relacionó los principios de igualdad y contradicción en los siguientes términos *“De lo actuado deriva que las dos partes implicadas en el arbitraje tuvieron las mismas oportunidades de alegaciones, oposiciones o contraalegaciones y formulación o proposición de pruebas y su práctica; quedando, claro es, a la lógica y arbitrio de cada parte la forma, términos literales o circunstancias de redacción de cada uno de los escritos presentados a los árbitros.”*, la citada Sentencia concluye afirmando ***“que no se ha producido vulneración alguna de los repetidamente citados principios de audiencia, contradicción e igualdad ya que las partes han tenido las mismas oportunidades de ser oídas y formular alegaciones y pruebas en defensa de su derecho y han tenido la posibilidad de formular sus contestaciones frente a las posiciones del contrario.”***

La Sentencia nº 4/2013 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Albacete), Sala de lo Civil y Penal, de 10 de Octubre de 2013, en sus fundamentos tercero y cuarto, es un perfecto ejemplo de cómo se ha asentado la jurisprudencia a lo largo de estos años, desde la promulgación de la NLAB, en relación a los criterios interpretativos antes expuestos:

“TERCERO.....En el presente caso el demandante, que recusó al árbitro en el procedimiento arbitral y resultó desestimada, deduce su parcialidad de determinadas actuaciones practicadas dentro del procedimiento, en concreto en la resolución de 12 de Febrero de 2013, denegatoria de la suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil, en la que el árbitro posteriormente recusado, sostiene que el 30 de Octubre de 2012 -al tiempo de celebrarse determinada testifical- emitiera verbalmente su parecer sobre la improcedencia de la suspensión y que hubiera dado traslado a FUNDACION CARRAL de la cuestión prejudicial, que el 5 de Noviembre existiera un escrito de la demandada oponiéndose a la suspensión y que anunciara la resolución escrita a la cuestión para el final del procedimiento; afirmaciones que el demandante reputa falsas y respondería a una composición acordada con FUNDACION CARRAL.

El presente motivo se encuentra abocado al fracaso, pues aunque fueran ciertos los hechos en que se sustenta en nada acreditaría la falta de

imparcialidad del árbitro; sino que, más bien, afectaría la validez del procedimiento tramitado. En cualquier caso no se habría producido indefensión a la parte por resolver la cuestión posteriormente, si resulta concordante con el resultado del proceso.

Además, y como señala el demandado, constando en autos que efectivamente el demandado presentó con fecha 5 de Noviembre de 2012, escrito de impugnación de la petición de suspensión del proceso arbitral por cuestión prejudicial civil (ff.797 y ss.) los hechos denunciados no encuentran asidero, huérfanos entonces de cualquier probanza, más allá de meras afirmaciones de parte. Sí consta escrito de impugnación de la suspensión de la contraparte, por lo que consideramos que existió traslado por el Árbitro. **Que la resolución escrita documente el parecer verbal anunciado o no, aparte de la falta de prueba, carece de relevancia efectiva en este procedimiento y no merece la conclusión que de tal silogismo obtiene la parte.**

CUARTO. - El tercero de los motivos, al abrigo del art.41.1.d) LAB, por el que se pretende la nulidad del laudo arbitral se residencia en haberse prescindido de los trámites de demanda y contestación, sustituidos por genéricas alegaciones, vulnerando los derechos de igualdad, audiencia y contradicción; citando como infringidos los arts.24, 25 y 29.1 LAB. La demandada se opone alegando que a la vista del procedimiento arbitral establecido en la primera comparecencia (ff.573 y ss.) -a la que no asistió la hoy demandante- no puede sostenerse indefensión alguna pues en el Dispongo TERCERO se preveían dos trámites de alegaciones; y una comparecencia posterior con la misma finalidad de la audiencia previa en el juicio ordinario regulado por la LEC.

El motivo alegado debe decaer la vista de la regulación del procedimiento arbitral, sin que se denuncie que no fuera cumplido, y cuya tramitación consta en el expediente que se aporta como prueba documental. En concreto se preveía conceder a las partes por término común de quince días desde la notificación de las normas de actuación para formular alegaciones que concretaran con precisión y exactitud la cuestión o cuestiones debatidas; dado traslado de las anteriores alegaciones se abría un segundo trámite de alegaciones por término de diez días otro posterior, para ampliar o rectificar sus respectivas alegaciones y formular cuantas otras alegaciones, aportar documentos e informaciones estimen oportunas en defensa de sus pretensiones; que en dichos escritos se formulara la oportuna petición de prueba; y, finalmente, la celebración de una comparecencia en las que se oíría a las partes sobre el contenido del arbitraje, aclarando las cuestiones suscitadas y subsanando aquellos defectos que se hayan observado, remitiéndose por analogía a la comparecencia prevista en la LEC (parece querer referirse a la audiencia previa del ordinario, pero terminológicamente acude a la comparecencia del antiguo menor cuantía, precedente de aquella). Aunque pudiera parecer más acorde a la finalidad del procedimiento arbitral una tramitación similar a la de los procedimientos judiciales, con demanda, contestación y prueba -resultando opcional un segundo traslado en alegaciones o la misma audiencia previa-, lo cierto es que el procedimiento

aquí examinado (que el árbitro funda en la especificidad del propio procedimiento) respetó los principios constitucionales de igualdad, audiencia y contradicción a que se refieren los arts.24 y 29 LAB. El demandante en este procedimiento de nulidad dispuso de un primer trámite para exponer su reclamación, otro posterior de impugnación de la reclamación efectuada de contrario y aún un tercero, en la comparecencia personal, para efectuar las alegaciones que a su derecho conviniera. El efectivo ejercicio que de tales oportunidades hiciera la parte en modo alguno perjudican el respeto procedimental de sus derechos constitucionales en el arbitraje. Y no debemos olvidar que las previsiones de la Ley sobre procedimiento arbitral son ciertamente parcas.

QUINTO.- Con amparo en el art.41.1.d) LAB, vuelve el actor a pretender la nulidad del laudo por haber sido dictado en un procedimiento no ajustado a la Ley, alegando con infracción de los arts.24 y 32.2 LAB y 24 CE, por haber sido dictado con vulneración de los derechos de audiencia y contradicción por imposibilitar su intervención en la ratificación del informe pericial con aclaraciones. Habiendo sido citado al acto de ratificación de la prueba pericial admitida en el procedimiento con menos de 48 horas de antelación (plazo que fija el art.291 LEC), se imposibilitó su presencia en dicho acto, lo que provocó que la diligencia se practicara sin la debida contradicción provocándole indefensión.

Como dice la SAP, Civil sección 6 del 15 de Diciembre del 2010 (ROJ: SAP V 6581/2010) **es doctrina muy reiterada y perfectamente extrapolable al proceso arbitral, que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela judicial efectiva se plasma en la exigencia de que no se produzca indefensión, lo que significa que en todo proceso debe respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar lo que a sus derechos e intereses convenga (SSTC 4/1982 , 48/1984 , 237/1988 , 6/1990 , 57/1991 y 124/1994), pues ello es una consecuencia inescindible que se deriva de los principios de contradicción y audiencia bilateral, que son básicas manifestaciones del derecho consagrado en el artículo 24.1 CE (SSTC 112/1987 , 191/1987 y 11/1995). Obvio corolario de lo anterior es la afirmación, tan constantemente reiterada por el Tribunal Constitucional, según la cual no puede justificarse una resolución judicial dictada inaudita parte más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita, o por negligencia imputable a la parte que pretende hacer valer este derecho fundamental (SSTC 151/1987, 114/1988, 31/1989, 102/1990, 57/1991, 196/1992, 234/1993, 300/1994 y 10/1995). Entre sus múltiples manifestaciones, aquel derecho reconocido en el art. 24.1 de la C.E. implica no sólo el derecho de acceso al proceso y a los recursos legalmente previstos, sino también un ajustado sistema de garantías para las partes, entre las que se encuentra el adecuado ejercicio del derecho de defensa, para que puedan hacer valer en el proceso sus derechos e intereses legítimos. El acceso al proceso, en todas y cada una de sus instancias, y la realización, dentro de ellas, del principio de contradicción, que constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, tienen como lógico presupuesto el deber de los órganos judiciales de posibilitar la**

actuación de las partes a través de los actos procesales establecidos en la Ley. De otro lado, **es copiosa la doctrina que declara para que pueda apreciarse una posible indefensión contraria al art. 24.1 CE , es necesario que esta sea material y no meramente formal, lo que implica que el pretendido defecto haya supuesto un perjuicio real y efectivo para la parte en sus posibilidades de defensa y que la indefensión padecida no sea imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia del interesado; no procediendo, en ningún caso, la retroacción de las actuaciones cuando el resultado del litigio hubiera permanecido inalterable de no haberse producido la omisión denunciada**, S.T.C. 22-4-1997 , que recoge las SS.T.C. 43/1989, 101/1990, 6/1992 y 105/95; siendo también reiteradas las resoluciones del T.S. y del T.C. que señalan que **la indefensión que proscribe el art. 24.1 de la Constitución es la que resulta imputable al Tribunal que debe prestar tutela a los derechos e intereses en litigio, pero no la que nace de la propia conducta de la persona afectada**, S.T.C.3-5-1993 que, glosando las SS.T.C. 109/1985, 64/1986, 102/1987, 205/1988 y 48/1990, añade, con cita de la S.T.C.155/1988 , que **aquella se produce únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses legítimos, o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado, situación que no se da si el defecto es debido a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representan o defienden, en igual sentido SS.T.C.29-3-1993 y 30-6-1993, por lo que ha de establecerse la necesaria ponderación entre el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho del que también son titulares las restantes partes del proceso a que éste se resuelva sin dilaciones indebidas, de modo que este último deberá ceder ante el primero si el recurrente ha sido colocado en una situación de indefensión de la que no pudo librarse actuando con la diligencia que sus medios le permiten, pero no así cuando, por el contrario, tuvo oportunidades razonables de conocer cuál era la situación en la que se encontraba y de reaccionar frente a ella, pues en ese caso el reconocimiento de una primacía absoluta a su propio derecho equivaldría a hacer pagar a los titulares de aquél las consecuencias de una conducta ajena** (glosa en este punto la S.T.C. 8/1991), en parecida línea S.T.S.18-7-2002 , que cita las SS.T.C. 105/1995 de 3 de julio, 122/1998 de 15 de junio, 26/1999 de 8 de marzo, 1/2000 de 17 de enero, 74/2001 y 77/2001, ambas del 26 de marzo, 113/2001 de 7 de mayo y 184/2001 de 17 de septiembre.

El correcto examen del motivo alegado exige la relación fáctica de los hechos acontecidos. Habiéndose acordado la práctica de la prueba pericial en el seno del arbitraje, designada la perito y consignada la oportuna provisión, inició la perito las labores de su encargo. Según manifiesta testificalmente en el juicio la perito Sra. Antonia , se retrasó el informe porque hasta finales de 2012 no consiguió que el hoy demandante le facilitara determinada documentación, pese a haber dirigidos varios e- mail al Árbitro, sin justificación alguna por el retraso; debiendo obtener otra a directamente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Que

entrega el informe al árbitro el 31 de Enero de 2013, en una reunión en la que le ilustra sobre su contenido. Que se señala la ratificación de su informe para el 7 de Febrero, porque tenía previsto un viaje a Marruecos al día siguiente. Documentalmente consta que dado traslado del informe a las partes para conclusiones por escrito, D. Mauricio presenta un escrito solicitando la práctica de la diligencia de ratificación a presencia de las partes, que se señala en resolución de 6 de febrero para el siguiente día 7, a las 19:30 horas. Tal resolución se notifica por fax al despacho del letrado de la parte - dónde habitualmente se practicaban las notificaciones-, constando en el recibo haberse recibido a las 22:47 hrs. La parte presentó escrito (doc.25 de la demanda) interesando la suspensión del acto alegando imposibilidad genérica para asistir -ni concretó la causa (doc.27 de la demanda) ni, menos aún, la justificó entonces ni ahora-.

Efectivamente, el art.32.2 LAB dispone que, salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando los árbitros lo consideren necesario, todo perito, después de la presentación de su dictamen, deberá participar en una audiencia en la que los árbitros y las partes asistidas por si o asistidas de peritos podrán interrogarle. Por ello, a petición de D. Mauricio, el Árbitro señaló la comparecencia de ratificación, con citación de las partes. La cuestión entonces se constriñe a determinar si la celebración de dicha diligencia sin presencia de la parte que lo interesó vulneró su derecho de defensa, atendido el corto plazo que medió entre la citación y la diligencia, reconociendo la parte haber tenido conocimiento de la citación con anterioridad a la práctica de la diligencia, alegando la imposibilidad de asistir por tener otras ocupaciones profesionales.

Queda claro que del informe se dio traslado previo a la citación pues al menos el día 4 de Febrero la parte presentó escrito solicitando la práctica de la comparecencia del perito a su presencia. Es decir que tuvo tiempo suficiente para el examen del resultado de la pericia; y se le dio traslado para conclusiones sobre el mismo, trámite que pudo aprovechar para poner en conocimiento del Árbitro las discrepancias con el informe aportado y las causas de la misma. Otra cuestión es si se vulneró su derecho de defensa por la perentoriedad en la citación, sin apenas tiempo entre ella y el señalamiento. **Lo cierto es que pese a las manifestaciones de la parte, desconocía el Árbitro cuando desestimó la solicitud de suspensión de la prueba y desconoce este Tribunal ahora cuáles eran las concretas ocupaciones del letrado que impedían su asistencia a la diligencia señalada. Evidentemente si desconocemos cuales era los motivos (debemos señalar que no se ha probado nada al respecto) no se justifica siquiera que existieran realmente o que fueran preferentes. Y este particular debe ponerse en relación con las manifestaciones de la perito sobre la actitud obstruccionista de la parte en la elaboración del informe. Además, tampoco se ha hecho concreta mención de cuáles eran los extremos particulares sobre los que se pretendía interesar tales aclaraciones de la perito. Por todo ello, independientemente del incumplimiento del plazo del art.291 LEC -que no resulta de aplicación en el procedimiento arbitral-, considera esta Sala que procede desestimar el motivo de anulación porque **no viene justificada suficientemente la imposibilidad de asistencia de la parte a la diligencia señalada y que por ello, si existió indefensión de la parte únicamente se****

debe a su propia actuación; porque desconocemos efectivamente en qué consistió el perjuicio real y efectivo de la parte en sus posibilidades de defensa, lo que no lo hace merecedora de protección alguna; y, también, porque tuvo ocasión de haber trasladado al Árbitro en fase de conclusiones las discrepancias con el informe pericial.”

Vamos a continuación a analizar los principios que pueden ser quebrantados en la actuación de los árbitros para, a continuación, examinar las formalidades legales que afectan al procedimiento y laudo arbitrales, de cuyo conjunto pudieren derivarse responsabilidades para los árbitros.

3.2.3.1. Principios esenciales según la NLAB.: Audiencia, contradicción e igualdad

Los árbitros están obligados a conducir el procedimiento arbitral pero este procedimiento tiene una singularidad institucional muy destacada que lo diferencia del procedimiento ordinario. La predeterminación de ritos, la rigidez de los trámites y plazos, ceden el paso a fórmulas de gran flexibilidad. El principio de rogación sufre también importantes alteraciones, pues los árbitros disponen de facultades que, al servicio de la finalidad perseguida, tienen el deber de utilizar. Así pueden, en defecto de acuerdo de las partes o de reglamentación dispuesta por la entidad administradora del arbitraje, regir el desarrollo del procedimiento, determinar el idioma, el lugar de celebración o el específico de alguna actuación, salvo lo que disponga el convenio arbitral o el reglamento de la institución arbitral, o acuerdo de las partes. Tampoco están sujetos a plazos determinados, salvo acuerdo de las partes y sin perjuicio de lo establecido en la ley respecto al plazo para dictar el laudo, que ni siquiera deja de ser válido aunque sea extemporáneo; e incluso los árbitros pueden practicar pruebas a su propia iniciativa, en el momento oportuno.

Pero esta libertad, como ya hemos repetido, encuentra unos límites insoslayables en los principios de igualdad, audiencia y contradicción, que ya fueron recogidos por la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal entre otras, en la importante Sentencia de 19 febrero de 1944 [5] (R.A. 296), que dice que ***“porque si a las partes es lícito condicionar las actividades del común amigo, dentro del amplio marco del juicio de composición que es objeto de la Sección Segunda. Título Quinto, Libro Segundo de la Ley Procesal Civil; si al amigable componedor es dado también fallar sin atenerse a formas legales, y según lo que su leal saber y entender le dicte, es obligado en cambio, para todos cumplir lo que disponen las normas del derecho necesario, una de las cuales es la de prestar audiencia a las partes que recoge el segundo párrafo del artículo 833 de la Ley Procesal; lo que revela inequívocamente, que el principio de contradicción, que, con el de igualdad, es rector del proceso, contenido en los axiomas "audiatur ex altera parte", o también "nemo debet inauditum damnari", no sólo es fundamento y supuesto de validez del proceso público, en el que tiene numerosas aplicaciones, sino que constituye base necesaria de la actuación pacificadora de los comunes amigos; y que sólo acatándolo está rodeada la decisión de éstos de aquellas garantías que exige la***

alegación, defensa y prueba de las contrapuestas pretensiones que en pro de intereses, igualmente contradictorios, están llamados a zanjar".

De ahí que, con un criterio convencional, nos limitemos a señalar que el *principio de audiencia* es aquel según el cual ha de darse a las partes la oportunidad real de formular alegaciones y proponer pruebas; que el *principio contradictorio* consiste en dotar al procedimiento de una estructura dialéctica³⁹², y que el *principio de igualdad* supone conceder a las partes las mismas oportunidades en el procedimiento arbitral.

Estos principios aludidos por la jurisprudencia en numerosísimas ocasiones no han sido delimitados con claridad y aparecen interrelacionados, lo que, por otra parte, difícilmente podría ser de otra manera. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1962, refiriéndose al principio de contradicción, recogió el de audiencia: "*...Que en el supuesto del arbitraje de equidad, el procedimiento se simplifica y se limita a la garantía del principio de contradicción y a exigir para la emisión del laudo un mínimo formal, según recoge el artículo 29 de la Ley Especial al disponer que no tendrá que someterse el procedimiento a formas legales, ni que ajustarse a derecho en cuanto al finado, debiendo, no obstante, los árbitros dar a las partes oportunidad adecuada para ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias, dirimiendo después el conflicto según su saber y entender, dictando el laudo por escrito, ante Notario, y por mayoría de votos*"³⁹³.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1986 [f.4] (R.A. 4.507) relacionó los principios de igualdad y contradicción: "***De lo actuado deriva que las dos partes implicadas en el arbitraje tuvieron las mismas oportunidades de alegaciones, oposiciones o contra alegaciones y formulación o proposición de pruebas y su práctica; quedando, claro es, a la lógica y arbitrio de cada parte la forma, términos literales o circunstancias de redacción de cada uno de los escritos presentados a los árbitros.***"

Teóricamente, la vulneración, en abstracto, de cualquiera de estos principios -en tanto y cuanto fueran separables- podría dar lugar, como decíamos antes, a la anulación del laudo; sin embargo, creemos que es necesario concretar el trámite procedimental donde se pudo cometer tal violación.

³⁹² Cfr. LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARIA: *Derecho de arbitraje interno e internacional*. Biblioteca universitaria de Editorial Tecnos. Tecnos 1989, pág. 81, señala que el principio contradictorio presenta peculiaridades en el arbitraje, «ya que éste no es posible identificarlo con las mismas señas de identidad que el proceso seguido ante los jueces y tribunales estáticos, pues, si bien el contradictorio en el arbitraje propugna el acuñamiento del término partes, no coadyuva, en cambio, su planteamiento a la utilización de expresiones comunes en el proceso civil como son actor y demandante, por un lado, y demandado, por otro, puesto que en el arbitraje debe converger (...) la mutua voluntad de descartar no la contienda y la legítima aspiración a la defensa de las propias posturas, pero sí el enfrentamiento institucionalizado a través de la formal conceptualización de parte actora y demandante, de un lado, y de parte demandada, de otro».

³⁹³ Vid., sobre el principio de audiencia, SS. de 30 de noviembre 1987 (R.A. 8.703); 28 de noviembre de 1988 (R.A. 8.716).

Estos principios no están sometidos, no obstante, al cumplimiento de formas solemnes, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1987 [2] (R.A. 9.417), respecto al principio de audiencia: **”No existen para el árbitro de equidad unas formas solemnes mediante las cuales precisamente haya de cumplir con la exigencia de la audiencia a que se refiere el párrafo segundo del artículo veintinueve invocado y el número cuarto del artículo mil setecientos treinta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil y así basta con que se aprecie haber sido oídos los recurrentes.”**

La jurisprudencia, como decíamos anteriormente, ha declarado la vulneración de estos principios cuando del examen de las actuaciones arbitrales se deriva su incumplimiento. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986 declaró la nulidad del laudo por infracción del principio de audiencia al no quedar constancia del cumplimiento del trámite de alegaciones y pruebas:

“3. Aunque realmente en el escrito de interposición del recurso no se han cumplido con rigurosidad las exigencias formales, es lo cierto que de su contenido se desprende de manera clara y manifiesta cuál es el número del artículo 1.783 al que se acoge la nulidad; y como el artículo 29 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 establece que aunque el arbitraje de equidad no está sujeto a reglas procedimentales ni ha de ajustarse a derecho en cuanto al fondo, los árbitros deberán dar a las partes oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias, trámite éste que no aparece cumplido, dirimiendo después el conflicto según su saber y entender, dado el contenido del artículo 30, modificado por el 27-3 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el número 4.0 del 1.733 de esta propia Ley, es claro que el principio de tutela efectiva de los Juzgados y Tribunales consagrado en el artículo 24 de la Constitución (desarrollado más tarde en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) obliga a decretar la nulidad del laudo arbitral, sin que a ello obsten las manifestaciones contrarias de que el árbitro fue designado por auto de 1 de noviembre de 1980, aceptando su cargo el día 8 de los propios mes y año, y que, según las Sentencias de este Tribunal de 6 de febrero de 1962 (R.A. 669) y 20 de noviembre de 1963 (R.A. 4.842) , al intervenir la autoridad judicial ya no es necesario el otorgamiento de escritura pública con idéntico contenido, pues que dicho auto acordó la formalización en tal documento, así fue aceptado por las partes y sigue sin constar que se diese al recurrente la posibilidad de contradicción y aportación de pruebas, que es precisamente lo que origina la nulidad pretendida, sin que el mero transcurso del tiempo permita deducir lo contrario»³⁹⁴.

Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1990 [f. 1] (R.A. 653), deja patente del contenido del laudo la vulneración del principio de audiencia al no conceder a las recurrentes oportunidades procesales:

³⁹⁴ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1987 (R.A. 3.559), 2 de marzo de 1989 (R.A.1.743).

«"Los árbitros deberán no obstante (se refiere a la ausencia de formas en el procedimiento de equidad) dar a las partes oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias, dirimiendo después el conflicto según su saber y entender", y es que aunque dada la estructura de este arbitraje en su modalidad de equidad caracteriza su procedimiento la libertad y flexibilidad y lo que es más de destacar la falta de formas legales, es decir, carente de normas reguladoras de cómo se debe proceder, esto es "normas in procedendo", sin embargo, o no obstante como dice la Ley, se impone a los árbitros en acatamiento al principio de contradicción, y si en verdad los árbitros de equidad pueden hacerlo todo, esto no alcanza a negar audiencia adecuada a las partes; en consecuencia se les impone aquella obligación de dar dicha audiencia en forma adecuada, que queda a su discreción, para que las partes formulen las alegaciones que estimen oportunas y necesarias a su defensa y propongan las pruebas que les interesen, de tal modo y dada la importancia que ello representa, que de no hacerlo es causa para pedir, ante este Tribunal Supremo, la nulidad del laudo arbitral y, como es lo cierto, que según el laudo arbitral de equidad, de fecha 11 de abril de 1988, por otra parte modelo de laboriosidad llevada a cabo por los árbitros en su labor "in judicando" , **no aparece que dichos árbitros concediesen o diesen oportunidad al recurrente para ser oído y en su caso aportar pruebas, se incurre en el vicio que se acusa en el motivo que determina su estimación y con ello la nulidad de dicho laudo arbitral»³⁹⁵.**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1986 (R.A. 4.507) en su [f. 3 y 4] concreta el alcance de estos principios:

"3. El motivo segundo se formula "al amparo del motivo cuarto del artículo mil setecientos treinta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los árbitros se dice no han concedido a mi parte la oportunidad de ser oída y de presentar las pruebas". Tanto en la fase de alegaciones como en la probatoria se ha dado a la parte siempre traslado de todos los escritos de las fases de alegaciones y prueba y de los documentos anejos presentados por la contraparte, bajo la más absoluta igualdad de trato entre ambas partes. Los términos del debate quedaron perfectamente perfilados en los escritos de alegaciones y contraalegaciones. (...)
En el caso debatido se dio a ambas partes las mismas oportunidades de defensa y pruebas, por lo que en todo momento, según lo actuado, quedó a salvo el principio de audiencia bilateral y de contradicción (...).

*4. Por las mismas consideraciones recién apuntadas debe ser igualmente desestimado el tercero de los motivos, que es continuación del anterior y formulado en idénticos términos, para añadir otros supuestos que según la recurrente implicaron infracción del principio procesal de contradicción. De lo actuado deriva que **las dos partes implicadas en el arbitraje tuvieron las mismas oportunidades de alegaciones, oposiciones o contraalegaciones y formulación o proposición de pruebas y su práctica; quedando, claro es, a la***

³⁹⁵ SS. de 22 de octubre de 1969 (R.A. 4.893); 25 de mayo de 1979 (R.A. 1.894); 19 de septiembre de 1989 (R.A. 6.319).

lógica y arbitrio de cada parte la forma, términos literales o circunstancias de redacción de cada uno de los escritos presentados a los árbitros, y tratando éstos dentro de su función propia de subsanar las posibles deficiencias a través de una última comparecencia para mejor proveer, ala que no asistió la recurrente ni intervino en ella, sin que en momento alguno se le coartase o limitase de algún modo su posibilidad de alegación u oposición.

La jurisprudencia más reciente sobre esta materia, recaída ya sobre la NLAB, continúa con el mismo criterio, habiendo aportado adicionalmente el valor técnico de precisar cuál es el encuadre correcto en el marco de la acción de impugnación del laudo del incumplimiento de los principios de audiencia, contradicción e igualdad, excluyéndolos de la causa tasada del Orden Público, que por desgracia es usada por presuntos juristas como cajón de sastre para tratar de justificar la anulación de laudos que no satisfacen en su contenido a sus clientes. De entre ellas, podemos citar la Sentencia 65/2013 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de Julio de 2013, que señala:

“SEGUNDO

Motivo primero.- Infracción del artículo el 41.1.f) de la LAB, y los artículo 24 y 31 de la Ley de Arbitraje y 25.2 del Reglamento de la Corte.

La desestimación se relaciona con la referida infracción del precepto citado, considerándola contraria al orden público, y por ende determinante de la anulación del laudo interesada por la demandante; sin embargo no pueden aceptarse las alegaciones al respecto.

1. - *Doctrina y jurisprudencia sobre el concepto de orden público.-*

Como ya pusiera de manifiesto esta Sala en Sentencias de 14 de Enero de 2.013, Recurso 5/2.2011 , y 23 de Mayo de 2.012, Recurso 12/2011 , "... por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, nº 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3 de la Constitución , y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión..",

En cuanto a la acción de anulación, constituye doctrina consolidada del Tribunal Supremo (SSTs, entre otras, de 20-1-1.982 , 14-7 y 13-10-1.986 , 15-12-1.987 y 20-3-1.990), de plena aplicación al actual marco normativo configurado por la Ley de Arbitraje 60/2.003 de 23 de diciembre, que el

cometido revisor de la jurisdicción ordinaria solo alcanza a emitir un juicio externo acerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento de los árbitros a los límites de lo convenido, anulando lo que constituya exceso en el laudo, pero sin entrar en el fondo de la controversia, sustraído al control de los Tribunales justamente por el efecto propio del contrato de compromiso en el que las partes, por voluntad concorde, han renunciado expresamente a someter sus divergencias a la Jurisdicción Civil Ordinaria atribuyendo la resolución de las mismas a la Arbitral a la que han de atenerse, debiendo pasar por sus decisiones. En suma, sólo nos incumbe decidir la regularidad del proceso y la correcta observancia de los principios esenciales por los que ha de regirse, a saber el de rogación, bilateralidad, contradicción, igualdad de partes, congruencia y proscripción de cualquier situación de indefensión, todos los cuales se plasman y quedan recogidos en los tasados motivos de nulidad que enumera el art. 41 de la Ley, cuya interpretación debe ser estricta.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las SSTC 62/91, de 22 de marzo (EDJ 1991/3180) y 228/93 de 4 de octubre, 259/93 de 23 de julio (EDJ 1993/7399), 176/96 de 11 de noviembre (EDJ 1996/7029. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional, Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre (EDJ 1995/6552), señala que "el posible control judicial derivado del artículo 45 de la Ley de Arbitraje -hoy art. 41- está limitado al aspecto externo del laudo y no al fondo de la cuestión sometida al arbitraje, al estar tasadas las causas de revisión previstas y limitarse éstas a las garantías formales"; razón por la cual únicamente procede conocer de las causas de nulidad tasadas que, además dice la STS de 23 de abril de 2001 (EDJ 2001/6431), en su Fundamento Séptimo, con remisión a la de 16-2-68, "han de ser interpretadas y aplicadas estrictamente a fin de evitar la acusada tendencia de quienes renunciaron a las garantías que les brindaba la severa aplicación del Derecho, de lograr su anulación por los órganos jurisdiccionales de carácter oficial cuando no logran el éxito de sus aspiraciones".

2. - Aplicación al presente caso.-

El motivo se funda, como se dijo, en la infracción del procedimiento citando los artículo 24 y 31 de la Ley de Arbitraje y 25.2 del Reglamento de la Corte; esta infracción vendría determinada por hecho de haberse admitido a la Comunidad de Propietarios demandada, contestar fuera de plazo la demanda, personarse en las actuaciones, y proponer prueba; sin embargo no pueden aceptarse las alegaciones al respecto.

En primer término, no nos encontramos en un supuesto de ser contrario el Laudo al orden público, sino, en todo caso, se habría producido y dada la específica conducta imputada, la vulneración de los apartados b. o d) del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje, esto es, "que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos ", o bien, como en el segundo apartado, " que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre

las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley" , por lo que no es de aplicación el apartado f) por su carácter genérico atinente al orden público.

En segundo lugar, porque, la personación de la comunidad se produce aún en la fase instructora del procedimiento arbitral, y por causa plenamente justificada, motivada, y aceptada por el árbitro, cual fue la falta de constancia de haber sido emplazada en debida forma, no retrotrayendo actuaciones, sino subsanando un defecto procesal fundamental que había impedido defenderse a la demandada, todo, además, dentro de las plenas facultades que las partes y la propia ley reconoce al árbitro, para solventar las incidencias de acuerdo con los artículos 22 , 25 y 29 de la Ley de Arbitraje , en concordancia plenamente con las órdenes quinta y séptima emanadas del mismo; a partir de ese momento la demandante pudo contradecir las alegaciones de la demandada, proponer prueba y formular conclusiones en igualdad de oportunidades y armas procesales, cuestión distinta es la disconformidad con el resultado del laudo, que es la verdadera razón de la impugnación instada, sin necesidad ni posibilidad de entrar a debatir las cuestiones de fondo que han sido puntualmente resueltas.

En consecuencia, no existe vulneración alguna de los preceptos que se invocan, debiéndose desestimar el motivo.

TERCERO: Motivo segundo.- Infracción del artículo 41.1.f), por la parcialidad del árbitro, desigualdad de armas e incongruencia del laudo.

No hay solución de continuidad con los anteriores argumentos, pues la demandante pretende relacionar esas decisiones arbitrales con los conceptos de parcialidad y desigualdad de armas, incluida la considerada improcedente por el árbitro, personación del representante legal de la entidad Conimper, ejecutora de las obras objeto de controversia, Sr. Valentín , ajena a ninguna de las partes intervinientes en el procedimiento arbitral, decisión adoptada en el ámbito de sus facultades, sin haberse cercenado derecho alguno de las partes, a tenor del contenido de las resoluciones procesales y de fondo que constituyen el laudo arbitral dictado; la incongruencia no es sino una mera confrontación de parte sobre las cuestiones de fondo resueltas, entre la valoración de la prueba que realiza la demandante y aquellas conclusiones finalmente obtenidas por el árbitro, sin que pueda confundirse esta figura jurídico-procesal, con la disconformidad de laudo dictado.

Por todo ello, establecido por voluntad de las partes arbitraje de Derecho, el árbitro designado tenía plena competencia y facultad resolutoria, limitándose la función de este órgano jurisdiccional, a verificar la regularidad del proceso y la correcta observancia de los principios esenciales, antes enunciados de audiencia, contradicción y defensa, por los que ha de regirse, facultades generales del árbitro que se hacen extensivas a las cuestiones incidentales, regidas por las propias normas procedimentales establecidas por las partes, o subsidiariamente por la ley rituaría, infracción que no

consta producida, sin que concurren ninguno de los tasados motivos de nulidad que enumera el art. 41 de la Ley, cuya interpretación debe ser estricta, no siendo por tanto formalmente acertado el planteamiento de la demandante, al reconducirla al supuesto del apartado 1. f), esto es, basado en el hecho de haberse vulnerado dichos principios que informan el concepto de orden público, cuando no le asiste la razón en dicha vulneración concreta ni en la de fondo.

Todo lo anteriormente expuesto lleva a colegir la íntegra desestimación de la demanda de anulación del Laudo Arbitral impugnado”.

Como hemos analizado en detalle en sus correspondientes epígrafes, existen muchas situaciones procesales en las que el árbitro puede cruzar la línea roja e incumplir alguno o varios de estos principios, por lo que resulta imposible hacer una enumeración exhaustiva de todas esas posibles situaciones. Lo que es verdaderamente importante para el buen árbitro es entender, tal y como hemos tratado de mostrar en esta obra, el verdadero sentido que estos principios tienen con respecto al arbitraje y ponderar todas sus actuaciones sobre la base de los mismos para evitar que ninguna de ellas suponga indefensión, inaudición o falta de contradicción para una de las partes.

También es importante entender que siendo los principios fundamentales del procedimiento arbitral, la obligación de su cumplimiento es absoluta sin que quepa relajarse considerando que un mínimo incumplimiento de los mismos podrá quedar impune al no tener un efecto en el laudo, supuestamente. Ese planteamiento es contrario a la definición del arbitraje, en el que prima la autonomía de la voluntad de las partes y como garantía a las mismas se establece un procedimiento con unas características garantistas que no deben ser incumplidas y que de hecho son las que fundamentan una lista tasada de motivos de anulación del laudo, que en realidad se asemeja a una revisión de sentencia.

En los epígrafes siguientes de esta obra describiremos cuales son los hechos factuales que pudieren dar origen a la responsabilidad del árbitro, debemos analizar el grado de intencionalidad de la conducta del mismo, puesto que únicamente si concurre dolo o negligencia grave podrán serle exigidas responsabilidades. Como ya hemos comentado, el *onus probandi* recae en la parte reclamante y eso hace que sea muy complicado poder probar conductas movidas por el dolo, salvo que hayan sido enormemente groseras en su ejecución. Puede ayudar en la argumentación el hecho de haber sido recusado el árbitro -por ser tachado de parcial- al que se le acusa de dolo y que éste hubiera rechazado tal recusación, ya que ello introduce una conexión lógica con la conducta dolosa.

En cuanto a la negligencia grave, podemos encontrarla en conductas del árbitro que impliquen una dejación de su especial diligencia, superior a la exigida a un buen padre de familia, que no sea enturbiada por la supuesta complejidad de una decisión jurídica. A simple modo de ejemplo, el árbitro que admita a una de las partes la posibilidad de hacerle llegar un escrito adicional de conclusiones tras haber presentado ambas partes sus respectivos escritos de conclusiones conculca los principios precitados y es una negligencia grave porque cualquiera que asuma

la condición y responsabilidad de árbitro está obligado a saber que no deben contar las partes con posibilidades desequilibradas a la hora de expresar sus razonamientos jurídicos y su interpretación de los hechos.

Otro caso, citado a modo de ejemplo, que podría calificarse de negligencia grave, vendría dado por no notificar un informe pericial recibido por el árbitro en el mismo plazo a ambas partes, dejando sin tiempo material a una de ellas para su revisión y comentario en la audiencia pertinente o en la ratificación del perito. Y es que cualquier árbitro tiene la obligación de saber que las notificaciones, en todo el procedimiento arbitral, deben hacerse -o por lo menos intentarse con toda la diligencia precisa- de forma simultánea a ambas partes. De hecho, ni siquiera podría liberarse de su responsabilidad en el arbitraje administrado, en el que sea la entidad arbitral quien se encargue físicamente del registro y notificaciones, ya que la misma actúa como un mero ejecutor, cómo lo haría un secretario del Colegio Arbitral.

Es importante enfatizar que las partes pueden reclamar la responsabilidad a la entidad arbitral a la que hayan encomendado el arbitraje pero no por actos concretos realizados por la misma una vez iniciado el arbitraje que sean acciones instrumentales, tales como las notificaciones, puesto que la base de la reclamación que prescribe la NLAB se basa en un *error in eligendo* de la entidad arbitral con respecto a los árbitros elegidos para el procedimiento, quienes con su actuación han hecho peligrar el buen fin del mismo. Por contra, sí es admisible plantear la posibilidad de que el árbitro que ha sido demandado por la parte acusado de negligencia grave en las comunicaciones que físicamente han sido realizadas por la entidad arbitral, demandé a su vez a esta repitiendo contra ella la indemnización que le pudiera venir impuesta. Es decir, así como la entidad arbitral puede repetir contra el árbitro por la indemnización a la que pudiera ser condenada por el citado *error in eligendo*, los árbitros a su vez podrán hacerlo contra la entidad arbitral, exclusivamente en relación a aquellas acciones que correspondan a la esfera meramente operativa de la entidad arbitral, una vez iniciado el arbitraje.

Tras la intencionalidad, debemos ahora centrarnos en la existencia de un daño cierto y cuantificable. Y éste, en todos los casos, será la anulación del laudo que venga motivada por el incumplimiento de alguno de los citados principios esenciales puesto de manifiesto por la parte reclamante en la acción de impugnación, y que previamente tenía la obligación de manifestar en el procedimiento arbitral a tenor de lo previsto en el artículo 6 NAL, con el fin de que no se le cerrara la puerta de la acción de impugnación. La anulación del laudo trae consigo la frustración del fin del arbitraje y la necesidad para las partes de acudir a un nuevo procedimiento arbitral o a la jurisdicción ordinaria, dependiendo de lo que disponga el convenio arbitral que las partes se hubieran otorgado. Por lo tanto, el importe del daño se corresponde con las costas arbitrales. Es decir, que aunque se hubiera producido el hecho factual³⁹⁶, incluso en el mayor grado de

³⁹⁶ Se entiende por **Hecho factual** todo aquello que puede probarse o verificarse; es toda aquella información que se presenta en posesión de una realidad objetiva.

intencionalidad, ergo, que fuera doloso, si ello no conduce a la anulación del laudo no puede ser objeto de reclamación, ya que no existe un daño directo causado por el mismo.

El último elemento a considerar en el análisis de la responsabilidad civil del árbitro es el nexo causal entre el daño y el hecho factual. En este caso la identificación del mismo es sencilla, puesto que el hecho factual debe constituir necesariamente el motivo de la acción de impugnación que finalmente suponga la anulación del laudo.

3.2.3.2. Principios técnicos dimanantes de la NLAB

Además de los tres principios esenciales que expresamente establece la NLAB., de su articulado pueden deducirse otros principios, que siguiendo a HINOJOSA³⁹⁷ hemos calificado de técnicos y que son los que analizamos a continuación:

3.2.3.2.1. Principio de libertad formal

Se reconoce explícitamente en la Exposición de Motivos para el convenio arbitral, pero es extensivo también al procedimiento que sólo ha de respetar los mínimos legales³⁹⁸ que se consideran exigencias en orden público.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1961 [1] (R.A. 113) señala que **“no pudiendo por ende exigirse ni deducirse de los términos de la Ley, que el laudo en el arbitraje de equidad, pueda ser discutido ni combatido con apoyo en infracciones de índole legal desprendiéndose así también del artículo 29 de la misma Ley, a menos que rebasen preceptos de un acusado carácter de orden público y por consecuencia de imperiosa aplicación o respeto”**.

Como señalaba CARRERAS LLANSANA³⁹⁹ antes de la aprobación de la LAB. de 1953, «las legislaciones germánicas tienden a establecer la libertad absoluta del procedimiento, sujetándolo en todo caso tan sólo a las reglas que las partes hayan convenido; en el Derecho anglosajón se tiende, por el contrario, a sujetar al árbitro a las mismas formas procesales que vinculan al Juez; finalmente, en los sistemas francés y español, ..., se sujeta a los árbitros iuris a un procedimiento más o menos semejante al judicial o al judicial mismo; se deja, en cambio, mucha mayor libertad a los amigables compondores». Este principio de libertad formal inspiraba también el procedimiento del arbitraje de equidad en la legislación de 1953, como lo puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de de 25 de mayo de 1979 [1] (R.A. 1.894): **“y si de arbitraje de equidad se trata el procedimiento es libre y de acentuada flexibilidad, pues no tiene que sujetarse a formas legales ni acomodarse a pautas de derecho material en**

³⁹⁷ Según se recoge en el excelente libro de HINOSA SEGOVIA, RAFAEL, *“El Recurso de Anulación contra los laudos arbitrales (Estudio Jurisprudencial)*. Edersa, 1991”, del que esta obra es deudora y a la que rinde homenaje.

³⁹⁸ S. de 19 de febrero de 1944 [3] (R.A. 296): «que dentro de la amplitud y sencillez de trámites que caracterizan el llamado juicio de amigable composición, señala las garantías mínimas que la defensa de las partes a él sometidas requiere».

³⁹⁹ Cfr. CARRERAS LLANSANA, JORGE: *Contribución.....Op. cit...*

cuanto al fondo, cumplida la exigencia que por imperativos del principio de contradicción, también operante en su ámbito -sentencia de 19 febrero 1944 (R.A. 296)».

La LAB rompió con nuestra tradición histórica al establecer un procedimiento común para ambos tipos de arbitraje, y si el arbitraje de derecho se flexibilizó, el de equidad se vio sometido a un mayor rigor formal. La flexibilización fue destacada por la mayoría de la doctrina⁴⁰⁰, bien acogida en algunos casos⁴⁰¹ y criticada en otros. Nosotros nos incluimos entre los primeros.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986 [f.3] (R.A. 7.188) establece que **“...el arbitraje de equidad no está sujeto a reglas procedimentales ni ha de ajustarse a derecho en cuanto al fondo, los árbitros deberán dar a las partes oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias”**; la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1987 [f.2] (R.A. 8.400) dice que **“la exposición de motivos de la Ley de 22 de diciembre de 1953, otorga al arbitraje de equidad un carácter sumamente sencillo y desprovisto de rigorismo formal, hasta el punto de expresar que en tal supuesto el procedimiento se simplifica y se limita a la garantía del principio de contradicción ya exigir para la emisión del laudo un mínimo formal.”**; y la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1987 [f.2] (R.A. 9.417) determina que **“No existen para el árbitro de equidad unas formas solemnes mediante las cuales precisamente haya de cumplir con la exigencia de la audiencia a que se refiere el párrafo segundo del artículo veintinueve invocado y el número cuarto del artículo mil setecientos treinta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil y así basta con que se aprecie haber sido oídos los recurrentes.”**

Sin embargo, los árbitros deben ser muy cuidadosos y evitar que esa libertad formal pueda suscitar desigualdades entre las partes. En este sentido, la Sentencia 5/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de Mayo de 2014, señala que **“ningún precepto del Real Decreto 238/2008 fuerza a la celebración de una audiencia para someter a crítica y contradicción un informe pericial, ni tal exigencia se contiene tampoco en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje (que atribuye a los árbitros la decisión de si ha de practicarse audiencia para la práctica de la prueba, o si las actuaciones se sustanciarán solamente por escrito, sin perjuicio de la posibilidad de que las partes la soliciten), ni en el artículo 32 de la misma Ley (pues condiciona la celebración de la audiencia a que lo solicite una parte o a que los árbitros lo entiendan necesario).**

Pero ha de constatar que:

⁴⁰⁰ Así CREMADES SANZPASTOR, BERNARDO; FONT SERRA; y ORTIZ NAVACERRADA

⁴⁰¹ GIMENO SENDRA, VICENTE: Derecho Procesal Civil. Colex, 2007 pág. 627; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: Derecho Procesal Civil tomo II, 4ª Edición. Bosch, 1990, págs. 1277-1278.

- a. Según el tenor del laudo impugnado, dicha audiencia se celebró, sin que conste la convocatoria o conocimiento de la hoy demandante; y que
- b. **Aunque la audiencia no sea preceptiva, sí lo es el traslado del informe, pues tanto el artículo 30.3 de la Ley de Arbitraje, como el artículo 42.3 del RD 238/2008 establecen que el colegio arbitral "pondrá a disposición de las partes los dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión".**

Corresponde, pues, dilucidar si la omisión de dicho traslado (de la que hemos de partir, insistimos, por no haber probado el demandado que se produjera) tiene significación suficiente como para determinar la nulidad del laudo, o si es una mera irregularidad que no ha producido indefensión por carecer de incidencia en el fallo.

Al respecto conviene decir que **el laudo funda su decisión parcialmente estimatoria de la reclamación exclusivamente en el informe pericial, y la "ampliación y explicación del mismo por el Perito en la audiencia al efecto", a la que no fue convocada la reclamada, por lo que ésta quedó sin posibilidades de discutir ante el colegio arbitral si era o no cierto que la práctica profesional exigía la necesidad de, al tiempo de elaborar el presupuesto, "seguir investigando hasta encontrar la auténtica causa del mal funcionamiento del motor" o si el diagnóstico inicial responde a las exigencias de la buena práctica profesional, cuestión ésta que ha resultado decisiva.**

En consecuencia entendemos que **la falta de traslado del dictamen y la celebración de una audiencia con el Perito para someter a crítica su dictamen sin haber convocado a la misma a la empresa reclamada ha supuesto para ésta una "imposibilidad de hacer valer sus derechos", lo que comporta la causa de nulidad prevista en el apartado b' del artículo 41 LAB, y la consecuente retroacción de actuaciones al momento anterior al dictado del laudo, a fin de que por el colegio arbitral se adopten las medidas necesarias para que la entidad reclamada tenga conocimiento del informe pericial escrito de D. Urbano y la posibilidad de realizar alegaciones, ya por escrito, ya en una audiencia con formal convocatoria a las partes."**

En nuestra opinión, la correcta interpretación de este principio significa que no se podrán depurar responsabilidad al árbitro en el desarrollo del procedimiento arbitral más allá del cumplimiento estricto de los principios de audiencia, contradicción e igualdad, de hecho limitando el alcance en la interpretación de los mismos al tratar de evitar cualquier enervación de los formalismos del proceso, prestando atención a la realidad objetiva de lo sucedido y no a la apariencia de lo sucedido. Por ende, no resulta posible deducir responsabilidades directas de este principio en relación a los árbitros.

3.2.3.2.2. Principio del secreto de las actuaciones

Como ha señalado GONZÁLEZ SORIA⁴⁰², es ésta una de las ventajas del arbitraje frente al inconveniente de la publicidad que presenta la solución judicial, fruto de la exigencia de la seguridad jurídica. CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN⁴⁰³ manifiestan que es esencial para el arbitraje privado el principio del secreto hasta el punto de que el carácter confidencial de la actuación arbitral es, a veces, razón determinante de su existencia.

La Sentencia nº. 9/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 6 de Febrero de 2014, coincide en esa apreciación al señalar que *“Para ello ponderan y sopesan los **beneficios** e inconvenientes de acudir a tal institución en lugar de a los órganos jurisdiccionales. **Entre los primeros en relación con el arbitraje, se consideran la celeridad, especialización y confidencialidad** y entre los segundos, la limitación de las posibilidades de impugnación del laudo, que por otra parte puede contemplarse también como una ventaja frente al acceso a la jurisdicción ordinaria y a su sistema de recursos.”*

Este principio no contradice el derecho a un proceso público previsto en el artículo 24.2 de la C.E., dada la naturaleza contractual y no jurisdiccional del arbitraje. Las reflexiones de GONZALEZ SORIA se han visto corroboradas con la redacción del artículo 24.2 NLAB, que señala que *“Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.”*

En este sentido, es clarificadora la Sentencia n. 53/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y lo Penal, de 24 de Julio de 2014, que señala que *“En cuanto a los tribunales arbitrales, nada se dice en la LAB sobre la forma en que deban practicarse las deliberaciones del colegio arbitral y sobre el secreto de las mismas, salvo al tratar del derecho de las partes a recuperar la documentación presentada en el procedimiento arbitral, al hilo del cual **se asume sin más "el secreto de la deliberación arbitral" como una eventual limitación de aquel** (art. 38.3 LAB), si bien suele afirmarse por la doctrina que **la razón de ser del secreto de las deliberaciones del tribunal arbitral descansa en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el proceso y de resguardar su derecho de defensa (art. 24.1 LAB), tanto como en la de preservar la independencia de los propios árbitros, además de constituir una consecuencia inevitable del deber de confidencialidad de las informaciones contenidas en las actuaciones arbitrales (art. 24.2 LAB), cuya infracción, al regularse entre los principios del procedimiento arbitral, podría dar lugar a la nulidad del Laudo conforme al apartado d) del art. 41.1 LAB.***

*En cualquier caso, aunque **la especificidad de la función arbitral permitiría reconocer una mayor flexibilidad en dicho secreto que el que afecta a los tribunales de justicia** y sin perjuicio de lo que las partes o las reglas estatutarias*

⁴⁰² Vid. GONZÁLEZ SORIA, JULIO: *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo arbitral*. Cámara de Comercio e Industria de Madrid (1988).

⁴⁰³ Cfr. CHILLÓN MEDINA, JOSE MARIA y MERINO MERCHÁN, JOSE FERNANDO. *Sistema de.....Op. cit.*

o reglamentarias en los supuestos de arbitraje institucional pudieran disponer al respecto -no existe ninguna previsión específica en la reglamentación de los transportes terrestres-, nada obligaba al tribunal de la Junta Arbitral del Transporte a extender acta de su deliberación ni tampoco existe indicio de ninguna infracción relacionada con ella que, en su caso, hubiera debido ampararse en el apartado d) del art. 41.1 LAB.”

La citada sentencia afirma igualmente: “**Lo cierto es que el art. 35 LAB no exige que los tribunales arbitrales deban extender acta de sus deliberaciones, de la misma manera que tampoco se exige para las deliberaciones de los tribunales de justicia (arts. 249 y ss. LOPJ), lo cual se comprende si se tiene en cuenta que, en el caso de estos, tanto las deliberaciones como las votaciones de los tribunales colegiados son secretas, sin perjuicio de lo previsto sobre los votos particulares (art.233 LOPJ).**”

En nuestra opinión, el principio de secreto de las actuaciones viene a limitar el alcance de los principios esenciales aplicables al procedimiento arbitral, señalando que en nada se ven perjudicados los mismos si, por ejemplo, el Colegio Arbitral no levanta acta de sus deliberaciones y votaciones, considerándolas secretas. Por ende, no resulta posible deducir responsabilidades directas de este principio en relación a los árbitros.

3.2.3.2.3. Principio de incontingencia de asistencia letrada

En la LAB se derivaba, entre otros, del artículo 21.3 LAB., según el cual «*las partes podrán actuar por sí mismas o valerse de abogado en ejercicio*». Por su parte, el artículo 26 *in fine* disponía que «*a toda práctica de prueba serán citadas y podrán intervenir las partes o sus representantes*», o el artículo 29, «*los árbitros podrán acordar, una vez practicadas las pruebas, oír a las partes o a sus representantes*».

De lo anterior se deducía que, en el procedimiento arbitral, las partes podían ser representadas por abogados en ejercicio. En este punto, la LAB pareció haber recogido la opinión de GUASP⁴⁰⁴, para quien los letrados no actúan en el procedimiento arbitral igual que en un proceso judicial y, por tanto, no actúan como defensores, si no ciertamente como representantes. Ello implica que hace falta la forma de la representación, no bastando con la designación formal⁴⁰⁵. En cambio, el Procurador no interviene en el procedimiento arbitral⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ Cfr. GUASP, JAIME: *Comentarios a.....Op. cit.*

⁴⁰⁵ Por el contrario, SERRA DOMINGUEZ, MANUEL: *Naturaleza jurídica del arbitraje. Estudios de Derecho Procesal*, 1969, manifestaba, respecto de la LAB. de 1953, que: «Aunque no sea necesaria la intervención de Letrado en el proceso arbitral, máxime cuando en la práctica normalmente los Letrados de las partes actúan como árbitros, el legislador faculta a las partes para que en el informe oral, ..., puedan intervenir por sí mismos o asistidos de Letrado, sin que sea preciso que este Letrado ostente poder o representación de alguna de las partes, bastando que conste en el proceso arbitral, en cualquier forma, su nombramiento.» (El subrayado es nuestro.)

⁴⁰⁶ FONT SERRA, afirma que: «no se prevé la postulación a través de Procurador de los Tribunales»; LORCA NAVARRETE, tras una interpretación forzada, parece mantener el carácter

En la NLAB encontramos igualmente el mismo principio en los artículos 30.2 y 37.6, por lo que entendemos que las conclusiones expuestas al respecto sobre la LAB son directamente aplicables a la NLAB.

No obstante, para entender su interpretación jurisprudencial, es importante traer a colación la Sentencia n. 8/2014 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 19 de Febrero de 2014, que señala **“No existe precepto alguno, por razón del procedimiento y su naturaleza, que exija o siquiera refiera la intervención de Letrados y Procuradores en su tramitación, precisamente en aras a dotarlo del carácter autónomo e independiente que justifica su existencia, en relación con los procesos judiciales ordinarios, pues como dice la exposición de Motivos, “.. esta ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido”.**

En consecuencia, la parte es libre de nombrar o no Letrado que le defienda, y lleve a cabo todas y cada una de las actuaciones que la ley atribuye siempre y de forma exclusiva a "las partes", esto es, personas físicas o jurídicas a las que afecta la controversia y forman parte del procedimiento, sin que los árbitros estén obligados a efectuar indicación alguna al respecto, sino, simplemente, tratar a las partes con igualdad y darle a cada una suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, por lo que, como dice el artículo 29 de la Ley de Arbitraje , " el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula, y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda. Las partes, al formular sus alegaciones, podrán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer" , es decir, nunca exige la intervención de abogado o procurador, por lo que la posibilidad de defensa se constriñe al ejercicio de esa facultad de alegaciones, aportación de documentos y práctica de pruebas , independientemente de la dirección letrada, pues eso pertenece al ámbito estricto de la voluntad autónoma de las partes, de acuerdo con los principios y preceptos enunciados, sin que el nombramiento de dicho profesional por una de las partes suponga perjuicio a la contraria y desigualdad en el proceso, cuando este depende exclusivamente de la propia voluntad de quien le designa.

Confirma igualmente esta facultad de parte en cuanto a su nombramiento, el apartado 6º del artículo 37, cuando incluye, respecto a la condena en costas, y "en su caso", esto es, de haberlos nombrado, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, de donde se colige claramente el carácter no preceptivo de su designación.”

potestativo de la intervención del Procurador. En este mismo sentido, NAVARRO PÉREZ, JOSE LUIS: Ley de Arbitraje. Comares, Granada, 1990

En nuestra opinión, el principio de incontingencia de la asistencia letrada viene a limitar el alcance de los principios esenciales aplicables al procedimiento arbitral, señalando que en nada se ven perjudicados los mismos si una de las partes decidiera asistirse de representación letrada y la otra no, ya que no ello no causa indefensión alguna, así como tampoco puede en ningún caso la parte que haya optado por representación letrada escudarse en posibles errores cometidos por la misma en la ejecución de su mandato profesional⁴⁰⁷. Por ende, no resulta posible deducir responsabilidades directas de este principio en relación a los árbitros.

3.2.3.2.4. Principio del impulso de oficio

Se desprendía del artículo 22.2 LAB, que decía que “*la inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni le privará de eficacia*”⁴⁰⁸. La NLAB va aún más allá con la redacción de su artículo 31, dedicado a la falta de comparecencia de las partes, que señala que “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros,...../.....*

b) el demandado no presente su contestación en plazo, los árbitros continuarán las actuaciones, sin que esa omisión se considere como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante;

c) una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas, los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan.”

Dentro de este principio de impulso de oficio podemos incluir igualmente los deberes instrumentales del árbitro, que se integran en el deber general de conducir al procedimiento. Por ejemplo, deberá notificar su aceptación a las partes para promover el inicio del procedimiento; constituir el colegio arbitral; nombrar, en su caso el Secretario, nombrar el Presidente, solicitar el auxilio judicial para la práctica de aquellas pruebas que lo precisaren; repetir las pruebas practicadas si se incorporara válidamente un nuevo árbitro al colegio arbitral salvo que se considerara innecesario; acordar potestativamente oír de nuevo a las partes después de practicar las pruebas, etc..

Como señalan CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN⁴⁰⁹, «se cumple en el arbitraje privado el principio del impulso oficial (impulso del árbitro), en vez de

⁴⁰⁷ No obstante, es importante señalar que de cara al fluido devenir del procedimiento arbitral resulta muy conveniente que las partes se representen por medio de abogados –preferentemente juristas con conocimiento de la material arbitral-, ya que ello permitirá que se alcance con mayor facilidad y garantías los resultados deseados para el arbitraje, que no son otros que un laudo que resuelva la controversia, obviando enfrentamientos personales entre las partes que no empeczan, como señala GONZALEZ SORIA, para el futuro desenvolvimiento de sus relaciones mercantiles.

⁴⁰⁸ Cfr. SANTOS VIJANDE, JESUS MARIA: *Consideraciones en torno a la nueva ley de arbitraje: la alternativa arbitraje de derecho o de equidad, los plazos preclusivos de alegaciones, la inactividad de las partes y la documentación de las actuaciones en el procedimiento arbitral*. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 4, 1989.

⁴⁰⁹ Vid. CHILLÓN MEDINA, JOSE MARIA y MERINO MERCHÁN, JOSE FERNANDO. *Sistema de.....Op. cit.*

moverse su procedimiento por impulso de las partes. El impulso de los actos por parte del árbitro evita innecesarios vacíos procedimentales, acelerándose la tramitación arbitral. La agilidad en el arbitraje privado constituye también, en algunos casos, uno de sus principales motivos de su existencia».

Ello muestra que el árbitro está obligado a penetrar en la dirección del procedimiento, más allá de limitarse a actuar según las proposiciones de las partes. La proximidad del árbitro a las partes y a sus letrados le obliga no sólo a recibir las versiones y de su pasiva recepción deducir la verdad, sino también a buscar activamente la verdad y conocerla incluso con actuaciones positivas del árbitro.

Es malo concebir el arbitraje como un conjunto de actos procesales formales, donde el juez sólo recibe. Al contrario, sin llegar a un procedimiento inquisitivo, el árbitro tiene el deber de saber y averiguar lo que ha pasado, para fallar concienzudamente, más allá de la estética del expediente y de su corrección formal. Un reglamentarismo excesivo, una tendencia al incremento de lo formal, una pérdida de la agilidad arbitral, puede ensombrecer las excelencias de una institución que descansa en la confianza en el árbitro, bien directa, bien como consecuencia de la confianza que se tiene en el designante (*fides in eligendo*).

En conjunto, el árbitro tiene una gran flexibilidad en el ejercicio de su deber de conducir el procedimiento. En el fondo, pesa sobre él, gracias a los medios con que cuenta, el deber de averiguar diligentemente la verdad. Como señala GONZALEZ SORIA⁴¹⁰, dentro del debido respeto y salvaguardia de determinados principios mínimos, el árbitro goza de una gran libertad que le sitúa en el deber de acentuar su intervención positiva en la averiguación de lo ocurrido, y en la búsqueda de la solución más oportunamente justa.

En relación con este deber de impulsar el procedimiento y la especial diligencia que se le exige al árbitro para ello, hemos de hacer hincapié en la importancia de proceder de forma adecuada a realizar todas las notificaciones a las partes, en todas las fases del procedimiento arbitral, dejando constancia fehaciente de todas ellas, puesto que lo contrario podría implicar una fuente de responsabilidad para los árbitros, dada la estrecha relación que existe en muchos casos entre una inadecuada notificación fallida y la indefensión de la parte no notificada en plazo.

El artículo 5 NLAB presente el siguiente tenor literal en su letra a): “*Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial, se aplicarán las disposiciones siguientes:*

a) Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por telex, fax, u otro medio de

⁴¹⁰ Cfr. GONZALEZ SORIA, JULIO: *Reflexiones básicas sobre el arbitraje*. SAR. Madrid. 2015. Pags 3 y ss

telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.”

Las ENMIENDAS NUM. 75, 76 y 77 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) propusieron la siguiente redacción: «a) Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario...» (resto igual) «...se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada por segunda vez su entrega de manera infructuosa, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.» «b) Los plazos establecidos en la presente Ley se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación o, en su caso, desde el día siguiente al del intento de entrega de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere festivo en el lugar de recepción o del intento de entrega de la notificación o comunicación, se prorrogará hasta el primer...» (resto igual). «c) (Nueva letra). Al formularse por cada parte su primer escrito en el procedimiento designarán un domicilio para recibir notificaciones.

Este domicilio sólo podrá modificarse a instancia de la parte interesada manifestada fehacientemente.». Igualmente, propusieron la siguiente precisión con respecto a los plazos por días: «Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación...» (resto igual) «... los plazos establecidos por días se computarán por días naturales.»

La justificación para ello es que “El proyecto asimila la notificación intentada una sola vez a la entregada en determinados supuestos. Esto no ocurre ni tan siquiera en el ámbito del procedimiento administrativo, que exige un segundo intento en día y hora diferentes. Debe tenerse en cuenta que los poderes públicos, cuando tramitan procedimientos de cualquier tipo, disponen de la posibilidad de publicar edictos conteniendo notificaciones, lo cual sin ser muy fiable sí resulta formalmente garantista. Dado que esto tampoco se contempla en el borrador, sí parece razonable prever al menos un doble intento infructuoso de notificación efectiva.” Continúa señalando que “en coherencia con la previsión del apartado a) de este mismo precepto, de acuerdo con la cual se considerará recibida la notificación y comunicación el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, es necesario tener en cuenta el día del intento de entrega con a «die a quo» para computar los plazos.”

En conclusión, afirma que “A efectos prácticos y a fin de evitar problemas que podrían presentarse, se propone la enmienda en la línea actual de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Para mejor comprender la trascendencia de las notificaciones, debemos traer a colación la Sentencia nº 55/2014 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de Octubre de 2014, que establece:

“Para el análisis del motivo de anulación planteado se ha de partir del tenor del art. 5.1 LAB, vigente a la firma del convenio arbitral el 28 de mayo de 2010, como anexo al contrato de arrendamiento de la misma fecha, que dispone:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial, se aplicarán las disposiciones siguientes:

- a. *Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.”*

A su vez, hay que tener en cuenta que en el laudo arbitral impugnado, de fecha 23 de octubre de 2013, en el Antecedente de Hecho Séptimo, se hace constar, con respecto a las comunicaciones a la demandada, que el apartado e) del Convenio Arbitral -acompañado como doc. nº 11 de la contestación a la demanda- dispone que "Las notificaciones del árbitro a las partes y de éstas a aquél se practicarán a través de la Secretaría General de esta institución Arbitral, por medio fehaciente...La puesta a disposición fehaciente será requisito suficiente para que la notificación se considere recibida por su destinatario y surta efecto dentro del curso del procedimiento arbitral. A estos efectos...cada parte designa como domicilio el que figura en el contrato de arrendamiento referenciado en este documento, y en su defecto el indicado posteriormente en la garantía del alquiler ... En todo caso, al arrendatario se le practicarán las notificaciones en el domicilio del inmueble arrendado. Cuando cualquiera de las partes en litigio cambiara su domicilio deberá comunicarlo a esta Institución Arbitral fehacientemente.

*Asimismo, el análisis de la cuestión suscitada exige partir de la **no necesaria equiparación, a efectos de notificaciones, entre laudos y sentencias**. Criterio afirmado por el ATC 301/2005 -que inadmite una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del art. 5.1 LAB-, en remisión expresa a los argumentos dados por el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, a saber: "**aunque exista semejanza entre el Laudo Arbitral y la Sentencia, no son idénticos, ni***

siquiera equiparables a los efectos de exigir una misma regulación para los actos de comunicación de tales resoluciones, fundamentalmente, por la relevancia que en el primer caso debe atribuirse a la voluntad de las partes". Ello refuerza la licitud constitucional de la diferencia de tratamiento, pues se ampara en una distinción objetivamente justificada (STC 110/1993, FJ 4). La simplificación del sistema de notificaciones de los Laudos debe ponerse en conexión con la simplificación de todo el procedimiento arbitral, del que es lógico correlato".

Y ello en el bien entendido de que, como señala el propio ATC 301/2005 (FJ 4), existe una enorme similitud entre el supuesto regulado en el art. 5.1 LAB y la atribución legal de efectos al intento de notificación de las resoluciones judiciales frustrado por causas no imputables a la Administración de Justicia (en especial, arts.156, 160 y 161 LEC).

Lo anterior, que pone de relieve la trascendencia de la autonomía de la voluntad en el procedimiento arbitral, no obsta a que, como también ha declarado esta Sala, **aunque las partes hayan pactado un régimen especial de notificaciones, pueda y deba ser aplicado el propio art. 5.a) LAB, en particular en lo que concierne a la necesidad de realizar una indagación razonable para el caso de que no constare domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección del destinatario de la comunicación [por todas, SSTSJ Madrid de 5 de junio de 2013 (ROJ STSJ M 8230/2013), 30 de julio de 2013 (ROJ STSJ M 11504/2013) y 15 de octubre de 2013 (ROJ STSJ M 15972/2013)].**

Se trata, en definitiva, de preservar en el seno del procedimiento arbitral las garantías igualdad, audiencia y contradicción ex art. 24.1 CE. Como dice la STC 9/2005 (FJ 5), "es indudable que quienes someten sus controversias a arbitraje tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (art. 12.3 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 17 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 21.1 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 24.1 de la Ley de arbitraje de 2003), 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 del recurso o 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".

TERCERO: En este punto la Sala considera, además de los criterios ya expuestos, los siguientes parámetros de enjuiciamiento, según doctrina constitucional conteste relativa a **la interdicción de la indefensión en materia de actos judiciales de notificación y, en particular, de garantías ineludibles en el acceso a la jurisdicción, que son extensibles al arbitraje, dada su naturaleza de "equivalente jurisdiccional" (por todas, STC 176/1996), y controlables a través de la acción de anulación ex art. 41.1.f) LAB, a saber:**

1.) El TC ha declarado reiteradamente, desde sus primeros pronunciamientos (STC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 6) que el art. 24.1 CE contiene un mandato implícito al legislador y al intérprete consistente en promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción. Por ello, "hemos subrayado la trascendental importancia que posee la correcta constitución de la relación jurídico procesal para entablar y proseguir los procesos judiciales con plena observancia de los derechos constitucionales de defensa que asisten a las partes y el deber de los órganos judiciales de velar por la correcta constitución de dicha relación. Como consecuencia de ello, **la falta o deficiente realización del emplazamiento a quien ha de ser o puede ser parte en el proceso, por ser titular de un derecho u ostentar un interés legítimo y propio en el mismo, coloca al interesado en una situación de indefensión que vulnera el referido derecho fundamental** (por todas, SSTC 123/2010, de 29 de noviembre; 196/2009, de 28 de septiembre, FJ 2; 166/2008, de 15 de diciembre, FJ 2; 12/1999, de 12 de enero, FJ 2).
2.) De ahí que, en palabras de la STC 268/2004 (FJ 4), "...pese sobre los órganos judiciales la responsabilidad de velar por la correcta constitución de aquella relación jurídica procesal ... **el deber de emplazar personalmente cabe derivarlo directamente del art. 24.1 CE cuando resulten con toda claridad de las actuaciones los posibles interesados en la causa, o le sea factible al órgano judicial efectuar el emplazamiento a partir de los datos que en dichas actuaciones obren, sin que, claro está, pueda exigirse al Juez o Tribunal correspondiente el despliegue de una desmedida labor investigadora, que llevaría más bien a la indebida restricción de los derechos de defensa de los restantes personados en el proceso.**
3.) También es un criterio clara y reiteradamente constatado aquel que afirma que **no hay indefensión real y efectiva cuando el interesado se coloca al margen del proceso por su actitud pasiva, o cuando tiene conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia falta de diligencia, no se persona en la causa** (por todas, SSTC 166/2008, de 15 de diciembre, FJ 2; y STC 207/2005, de 18 de julio, FJ 2). En palabras, de nuevo, de la STC 268/2000 (fj 4i n fine):

"...en supuestos de procesos seguidos inaudita parte, las resoluciones judiciales recaídas en los mismos no suponen una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la omisión o frustración de la audiencia procesal tienen su causa en la falta de diligencia del afectado en la defensa de sus derechos e intereses, bien porque se ha colocado al margen del proceso mediante una actitud pasiva con el fin de obtener una ventaja de esa marginación, bien cuando resulte probado que poseía un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigio en el que no fue personalmente emplazado (SSTC 80/1996, de 20 de mayo, FJ 2; 81/1996, de 20 de mayo, FJ 3; 121/1996, de 8 de julio, FJ 2; 29/1997, de 24 de febrero, FJ 2; 49/1997, de 11 de marzo, FJ 2; 86/1997, de 22 de abril, FJ 1; 99/1997, de 20 de mayo, FJ 4;

118/1997, de 23 de junio, FJ 2; 165/1998, de 14 de julio, FJ 3;; SSTC 219/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 7/2000, de 17 de enero, FJ 2; 12/2000, de 17 de enero, FJ 3; y 65/2000, de 13 de marzo, FJ 3). Al respecto no ha de olvidarse que la posible negligencia, descuido o impericia imputables a la parte, o el conocimiento extraprocésal de la causa judicial tramitada supuestamente sin conocimiento del interesado, que vaciaría de contenido constitucional su queja, **no puede fundarse sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas, sino que debe acreditarse fehacientemente para que surta su efecto invalidante de la tacha de indefensión, pues lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega** (SSTC 219/1999, de 29 de noviembre, FJ 2, y 128/2000, de 16 de mayo, FJ 5).”

En nuestra opinión, del principio de impulso de oficio del procedimiento no se pueden inferir responsabilidades directas del mismo de cara a los árbitros, sino que las mismas vendrán dadas por la posible extemporaneidad del laudo, a cuyo tratamiento nos remitimos. Es decir, consideramos que únicamente será relevante el incumplimiento de este principio a efectos de responsabilidad arbitral si el laudo se dictara fuera de plazo, debiendo entonces estarse a las consecuencias que hemos identificado para ese supuesto en el correspondiente epígrafe.

3.2.3.2.5. Principio de predominio de la escritura frente al de oralidad

Señalaba el artículo 23.1 LAB.: «*La oposición al arbitraje... deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales*», lo que implicaba una actuación escrita; por su parte, el laudo, según el artículo 32.1 LAB., debía también dictarse por escrito. Había, no obstante, concesiones a la oralidad en la práctica de la prueba (art. 26) y en el trámite facultativo de las conclusiones (art. 29).

Este principio, habida cuenta la libertad formal que inspira al arbitraje, no impide que las demás alegaciones puedan hacerse de forma oral, pero, en la práctica, lo usual es que tanto las alegaciones iniciales como las contraalegaciones se hagan por escrito⁴¹¹. Lo anterior no se contradice con el artículo 120.1 C.E., que establece la primacía de la oralidad, pues este precepto se refiere al procedimiento del proceso judicial.

La NLAB continúa en la misma línea, primando la escritura sobre la oralidad, como vemos en los artículos 5, 6, 28.1, 30.1, 30.3, 37.3, y 37.4. Especialmente ejemplificador es el artículo 30, que señala que “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la práctica de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones se sustanciarán solamente por escrito. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebren audiencias, los árbitros las señalarán, en la fase apropiada de las actuaciones, si cualquiera de las partes lo solicitara.*”

⁴¹¹ LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARIA: Derecho de arbitraje.....Op. cit. parece inclinarse por el predominio de la oralidad.

De todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una parte aporte a los árbitros se dará traslado a la otra parte. Asimismo, se pondrán a disposición de las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión.”

En el mismo vemos que incluso el Legislador de 2003 contempla la posibilidad, si así las partes lo hubieran acordado, de que el procedimiento arbitral se desarrolle enteramente en forma escrita. Desde luego, con la óptica de la posible exigencia de responsabilidades del árbitro, resulta evidente que un procedimiento en el que queda registro de las actuaciones otorga mayor seguridad jurídica tanto a las partes como al árbitro, pues ello permite dejar constancia de fechas, acciones y contenidos, que pueden ser posteriormente usados tanto como justificación de la reclamación y como defensa de la misma, según proceda. El citado registro puede consistir en un procedimiento escrito o en utilizar las nuevas tecnologías para, por ejemplo, grabar las audiencias, en toda su extensión; o grabar actas de lo actuado, en presencia de las partes, para que tengan conocimiento de su contenido y lo aprueben en ese momento.

En nuestra opinión, el principio de predominio de la escritura frente a la oralidad viene a limitar el alcance de los principios esenciales aplicables al procedimiento arbitral, señalando que en nada se ven perjudicados los mismos si el árbitro, dentro de los límites de la voluntad de las partes y del reglamento, de la entidad arbitral, si fuera un arbitraje administrado, optara por un procedimiento en el que predominara el elemento escrito en todas las interacciones con las partes, testigos y peritos. Por ende, no resulta posible deducir responsabilidades directas de este principio en relación a los árbitros

3.2.3.2.6. Principio de aportación de parte

En la LAB se podía extraer de los artículos 23.1, 25.2, 26 y 29, que consagraban la actividad alegatoria y probatoria como actividad de parte. Este principio, en lo que a la prueba se refiere, estaba compensado con la iniciativa de los árbitros que recogía el artículo 26 LAB ya citado. La NLAB sigue la misma línea, como podemos comprobar en los artículos 5, 6, 25 y 30.

En nuestra opinión, el principio de aportación de parte está íntimamente ligado al artículo 38.3 NLAB, que señala que “. *Los árbitros también ordenarán la terminación de las actuaciones cuando... los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.*”

Es decir, que el árbitro tiene la obligación de impulsar de oficio el procedimiento, tal y como hemos señalado anteriormente, pero ello no significa suplir por completo la actuación debida de las partes en el proceso, por lo que si las mismas llegan a un punto tal de inacción, el árbitro se verá forzado a terminar las actuaciones, aceptando la frustración del arbitraje, sin que de ello se puedan derivar responsabilidades, ya que tal terminación ha venido obligada por el comportamiento procesal de las partes. Nuestra sugerencia en ese caso es que el árbitro dicte una resolución en la que resuelva la terminación de las actuaciones y de forma razona explique las causas que le han llevado a ello, así como detalle en

el mismo el importe y su cálculo de las costas arbitrales efectivamente devengadas.

3.2.3.2.7. Principio de no preclusión de las actuaciones

En la LAB se recogía expresamente en el artículo 25.2, según el cual «los árbitros fijarán a las partes plazos preclusivos para formular las alegaciones». Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1989 [f. 2] (R.A. 757) señala que *“debiendo tenerse en cuenta que al no existir en este procedimiento trámite de oposición, es necesario que los compromitentes propongan toda la prueba que les interese al formular sus alegaciones; **concedido por los árbitros a las partes plazo para formular alegaciones y proponer toda clase de pruebas, observaron aquéllos el principio de contradicción sancionado por el artículo 29 en su segundo párrafo, sin que se haya producido, en consecuencia, vulneración del derecho de la recurrente a la aportación de las pruebas necesarias a su defensa ni indefensión para ella, ya que pudo defenderse suficientemente en el procedimiento arbitral y si no lo hizo, fue por su propia omisión al dejar transcurrir el plazo que, al igual que a la otra parte, le fue concedido para proponer toda la prueba que le interesase, proponiendo extemporáneamente y cuando los árbitros se encontraban ya deliberando sobre las cuestiones sometidas a su juicio, las pruebas a que se refiere el motivo, petición que, como se ha dicho, no era vinculan te para aquéllos”***.

CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN⁴¹², por lo que se refiere a la preclusión, estiman que «no tiene predicamento en el procedimiento arbitral, en donde la verdad material debe jugar con tal fuerza que hace deba tener lugar el principio contrario a la preclusión, es decir, el de libertad de aportación, en virtud del cual es posible presentar toda clase de hechos y pruebas hasta el final del procedimiento arbitral».

Por su parte, NAVARRO PÉREZ⁴¹³ sostiene que *“el número 2 del artículo 25 establece la exigencia legal de fijación de plazos preclusivos para la formalización de alegaciones; ello nos parece adecuado, pues si no se pone límite a las alegaciones, especialmente las posibles réplicas y contrarréplicas, el procedimiento podría hacerse interminable y consumirse en nimiedades un tiempo que puede ser fundamental para prueba o incluso para dictar el laudo.”*

Coincidimos con el eclecticismo de DE LA OLIVA SANTOS⁴¹⁴ quien señala que, siendo la preclusión necesaria, ha de arbitrarse algún medio que no provoque injusticias ni pérdidas de buenos derechos a causa de la rigidez unida a la dificultad que muchos casos presentan.

⁴¹² Cfr. CHILLÓN MEDINA, JOSE MARIA y MERINO MERCHÁN, JOSE FERNANDO. *Sistema de Derecho.....Op. cit.*

⁴¹³ Vid. NAVARRO PÉREZ, JOSE LUIS: *Ley de Arbitraje.....Op. cit.*

⁴¹⁴ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, ANDRES: *Curso de derecho procesal civil i. parte general*. Centro de Estudios Ramón Areces. (CERA). 2013

Precisamente la NLAB ha avanzado en esa dirección con su redacción del artículo 29, en el que señala que:

“1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros y a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula, y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda. Las partes, al formular sus alegaciones, podrán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho.”

Por lo tanto, la preclusión de los plazos, tan tajante en la LAB, queda atemperada en la NLAB si las partes así lo acuerdan y los árbitros consideran que es procedente al no ser excesivamente extemporánea la modificación o ampliación de la demanda o contestación. En la Exposición de Motivos de la NLAB leemos que *“En el arbitraje no se reproducen necesariamente siempre las posiciones procesales activa y pasiva de un proceso judicial; o no en los mismos términos. Al fin y al cabo, la determinación del objeto de la controversia, siempre dentro del ámbito del convenio arbitral, se produce de forma progresiva. Sin embargo, la práctica arbitral demuestra que quien inicia el arbitraje formula en todo caso una pretensión frente a la parte o partes contrarias y se convierte, por tanto, en actor; y ello sin perjuicio de que el demandado pueda reconvenir. Parece, por tanto, razonable que, sin perjuicio de la libertad de las partes, el procedimiento arbitral se estructure sobre la base de una dualidad de posiciones entre demandante y demandado. Esta conveniencia, sin embargo, debe ser flexibilizada a la hora de configurar los requisitos de los actos de las partes en defensa de sus respectivas posiciones. De este modo, no se establecen propiamente requisitos de forma y contenido de los escritos de alegaciones de las partes.*

La función de la demanda y de la contestación a que se refiere el artículo 29 no es sino la de ilustrar a los árbitros sobre el objeto de la controversia, sin perjuicio de alegaciones ulteriores. No entran aquí en juego las reglas propias de los procesos judiciales en cuanto a requisitos de demanda y contestación, documentos a acompañar o preclusión. El procedimiento arbitral, incluso en defecto de acuerdo de las partes, se configura con gran flexibilidad, acorde con las exigencias de la institución.”

Esta redacción del artículo 29 NLAB, que entendemos es un acierto al dejar en manos de los árbitros la decisión razonada de la procedencia de la ampliación o modificación de las pretensiones iniciales, fue cuestionada por la ENMIENDA NUM. 19 de GPMX, que con la justificación de conseguir una “Mayor seguridad jurídica”, propuso añadir al final del párrafo un texto del siguiente tenor: «de conformidad con lo establecido en el artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil.». También por la ENMIENDA NUM. 20 de GPMX, que propuso añadir un nuevo párrafo al apartado 2: «*En caso de modificación o ampliación de la demanda o su contestación se deberá dar traslado a la parte contraria para que en el plazo de siete días formule las alegaciones que se estimen oportunas en defensa de sus intereses.*» Y ello, “Con la finalidad de evitar la indefensión de la parte contraria se debe articular un plazo para formular alegaciones.”

Por nuestra parte, entendemos que la NLAB no debe fijar un plazo para la formulación de contra-alegaciones, cuando no lo hace para las alegaciones y contestaciones, dejando tal decisión al criterio de las partes; y resulta redundante insistir en la posibilidad de la parte contraria de conocer y contestar a las nuevas alegaciones de la contraparte, puesto que ello es una exigencia imprescriptible de los principios de igualdad, audiencia y contradicción contenidos en el artículo 24 NLAB.

En nuestra opinión, el principio de no preclusión de las actuaciones viene a limitar el alcance de los principios esenciales aplicables al procedimiento arbitral, señalando que en nada se ven perjudicados los mismos si se deja en manos de los árbitros la decisión razonada de la procedencia de la ampliación o modificación de las pretensiones iniciales. Por ende, no resulta posible deducir responsabilidades directas de este principio en relación a los árbitros.

3.2.3.2.8. Principio dispositivo

El principio dispositivo inspira la propia institución arbitral y se concretaba en la LAB, en cuanto a la terminación anormal del procedimiento arbitral, en lo previsto en el artículo 31⁴¹⁵. No en vano lo encontramos en el Derecho Romano, tal y como explica FERNANDEZ DE BUJAN, A.⁴¹⁶, a quien citamos literalmente:

“En D. 4.8.32 3 se hace mención de determinados supuestos de cesación del acuerdo compromisario: «...el compromiso se extinguirá por causa de transcurso del plazo establecido, muerte, manifestación expresa de satisfacción del débito por parte del acreedor, incoación de un proceso sobre el mismo asunto y acuerdo *inter partes*». En 4.8.32.5 se menciona asimismo la transacción entre las partes como causa de extinción del compromiso: «No debe ser compelido el árbitro a dictar sentencia si las partes transigieron sobre el asunto sometido a compromiso...».

En D. 4.8.14 se hace asimismo referencia, como ya ha sido señalado, al plazo previsto para la resolución de la controversia mediante arbitraje: «Si el compromiso se hizo sin fijar plazo, es absolutamente necesario que el árbitro fije uno con el consentimiento de las partes y que antes de su finalización se decida la controversia...». Es decir, que el compromiso requiere que la sentencia del árbitro se dicte dentro del plazo fijado con carácter previo en el acuerdo *inter partes* o, en un momento posterior, conforme a la voluntad de aquellas. En C. J. 2.56 se afirma que la sentencia dictada con posterioridad al plazo fijado es nula: «Si se pronunció

⁴¹⁵ Sobre la amplitud del principio dispositivo durante la vigencia de la LAB. de 1953, vid. CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHANT.

⁴¹⁶ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Bases romanísticas*.....Op. Cit.

sentencia, pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurre en pena alguna el que no la hubiere obedecido» (a. 213).

En relación con la muerte cabe señalar el carácter personalísimo del compromiso, así en D. 4.8.45: «el arbitraje conferido en los compromisos es personalísimo», lo que implica la intransmisibilidad del compromiso, es decir, que el fallecimiento de cualquiera de las partes supone la extinción del compromiso, salvo la previsión de la mención del heredero como sucesor en el compromiso de su causante, así en D. 4.8.27.1, Ulpiano, 13 ed.: «Si en el compromiso no se hubiese hecho mención del heredero o de los demás sucesores, el compromiso se extinguirá por la muerte...», y en D. 4.8.49.2: «Si tan solo una de las partes comprometidas hubiese hecho mención del heredero, el compromiso se extinguirá por la muerte de cualquiera de los litigantes, del mismo modo que se extinguiría si ninguno de estos hubiese previsto la transmisión al heredero del compromiso»⁴¹⁷.

La muerte del árbitro también conlleva la extinción del compromiso, así en D. 4.8.40: «Dispuso el árbitro que se compareciera el primero de enero, pero falleció con anterioridad a ese día, y uno de los litigantes no se presentó en el día previsto, y no por ello queda obligado al cumplimiento de la pena. Como afirma Aristón, que recuerda haber oído al respecto la opinión de Casio, no se queda obligado al cumplimiento de la pena cuando es el árbitro quien no comparece...».

El compromiso arbitral cesará también cuando las partes acuerden, en cualquier momento del procedimiento, la terminación de las actuaciones derivadas del pacto compromisorio, así en D. 4.8.32.3: «...el compromiso se extingue por pacto *inter partes*».

La declaración expresa, por parte del litigante victorioso, de cumplimiento de la sentencia arbitral o de la pena prevista, por parte del otro litigante, constituye asimismo otra causa de extinción del compromiso, así en D. 4.8.13.pr.: «Afirma Pomponio que si una de las partes ha dado por recibida la pena de compromiso, no debe ser el árbitro compelido a dictar sentencia».

En la NLAB encontramos el principio dispositivo en el artículo 36, que señala *que* «Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes.

2. El laudo se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente y tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.»

⁴¹⁷ No se quiere decir con ello, sin embargo, que el juicio del árbitro sea absolutamente igual al del juez ordinario, así en el título del Digesto dedicado a los tachados con infamia, se afirma en D. 3.2.13.5 que la sentencia del árbitro designado en virtud de compromiso no produce infamia porque no es igual en todo a la judicial: «*ex compromisso arbiter infamiam non facit, quia non per omnia sententia est*. A las semejanzas y diferencias entre la sentencia arbitral y la sentencia del juez ordinario, se refiere Voet en *Commentarius ad pandectas*, I, IV, 8, n. 1

Como señala la Exposición de Motivos de la NLAB, en la misma se *“prevé la posibilidad de que los árbitros dicten un laudo sobre la base del contenido de un previo acuerdo alcanzado por las partes. Esta previsión, que podría reputarse innecesaria -dado que las partes tienen poder de disposición sobre el objeto de la controversia-, no lo es, porque a través de su incorporación a un laudo el contenido del acuerdo adquiere la eficacia jurídica de aquél. Los árbitros no pueden rechazar esta petición discrecionalmente, sino sólo por una causa jurídica fundada. La Ley no hace sino dar cobertura legal a algo ya frecuente en la práctica y que no merece objeción alguna.”*

Por lo tanto, la responsabilidad de los árbitros en este tema habría que localizarla específicamente en su negativa a rechazar la pretensión de las partes de dictar un laudo sobre la base del contenido de un previo acuerdo alcanzado por las partes, en el caso de que la misma no estuviera fundada en una causa jurídica razonada, que habrá de ser claramente expuesta en un laudo parcial por el que se rechace el acuerdo de las partes, o en el laudo final y único, en el caso de que los árbitros decidieran decidir esa cuestión junto con el conjunto de la *litis* en un único laudo.

Podemos considerar este como un caso excepcional en relación a la obligación de “laudar bien”, que se produce cuando las partes, en medio del procedimiento arbitral, deciden de mutuo acuerdo desistir del procedimiento arbitral y le solicitan al árbitro que dicte un laudo cuyo contenido sea íntegramente el acuerdo alcanzado por las partes. A tenor de lo previsto en la NLAB, el árbitro podría llegar a negarse, y si bien la norma no explica los motivos para ello, la lógica nos dice que deberán venir fundamentados por el hecho de que el citado acuerdo contravenga normas imperativas o presente desequilibrios entre las partes que sean contrarios a la teoría general de los contratos.

Sin embargo, este es un terreno delicado para el árbitro, ya que si en el arbitraje tenemos muy claro que prima la autonomía de la voluntad de las partes, no debiera pretender constituirse el árbitro en una figura revisora, simulando el papel del Tribunal Superior de Justicia. Es decir, si la misión del árbitro es decidir un litigio y las partes son capaces de ponerse de acuerdo para resolverlo, el árbitro deberá respetar tal decisión y recoger la misma en una resolución que por imperio de la ley es considerada como un laudo arbitral y, por ende, sujeta a la revisión del Tribunal Superior de Justicia y que dependerá del auxilio jurisdiccional para su ejecución.

Lógicamente, podremos suponer que un laudo de esas características no será impugnado en anulación por las partes, ya que son ellas precisamente las que han conformado su contenido, por lo que devendrá firme y definitivo, lo que elimina cualquier posibilidad de reclamación contra el árbitro por anulación del citado laudo. Y si después las partes se encuentran con problemas para solicitar su ejecución ante un Juzgado de Primera Instancia o para inscribir en el correspondiente registro parte de sus disposiciones, tales hechos no podrán ser imputados al árbitro, puesto que son las partes las responsables completas de la estructura y contenido del laudo. No obstante, nuestra sugerencia para el árbitro, de cara a salvaguardar aún más su responsabilidad, es que en los casos en los

que aprecie posibles problemas de futuro en el contenido y forma del acuerdo de desistimiento por resolución de la litis que le propongan las partes, comunique a estas de forma fehaciente sus reflexiones y sugerencias de cara a la redacción del citado acuerdo de desistimiento que debe convertirse en el cuerpo del laudo. Asimismo, en cumplimiento de lo previsto en la NLAB, debiera el árbitro introducir obligatoriamente en el citado laudo el detalle del importe y cálculo de las costas arbitrales, sobre cuya distribución también podrían haber pactado las partes, siendo vinculante para el árbitro. Deberá igualmente ser vigilante con respecto al contenido del laudo, en el sentido de evitar que afecte a terceros que pudieran llegar a reclamarle una responsabilidad extracontractual.

Por contra, entendemos que el árbitro sí podría incurrir en responsabilidad si se negara a emitir el laudo que le solicitan las partes, y para que la misma no le fueran aplicable deberá fundamentar de forma muy detallada el porqué de su negativa, que en ningún caso podría estar basada en su interés porque el procedimiento arbitral se completara hasta el final y así poder cobrar la totalidad de los honorarios. Ese sería un caso claro de dolo, en el que el daño cierto cuantificado sería el total de los costes del arbitraje, ya que cuando el laudo se hubiera emitido por el árbitro sin recoger el contenido de las partes, éstas instarían su anulación, que se producirá por nulidad del convenio arbitral por falta de voluntad concorde de las partes y se verían abocadas a un nuevo procedimiento, arbitral o judicial, para poder contar con un título declarativo de su acuerdo que pueda ser ejecutable.

El nexo causal en este caso es la decisión de él árbitro de no emitir un laudo con el contenido acordado por las partes sino proceder a continuar hasta emitir un laudo basado en su exclusivo poder decisorial.

3.2.3.3. Medidas cautelares

3.2.3.3.1. Medidas cautelares solicitadas al Juez

Es bien sabido que de poco vale que el juez resuelva favorablemente, si por no haberse oportunamente asegurado la efectividad de la sentencia, anticipando en cierto modo su ejecución, esta última deviene ilusoria. Para satisfacer esta pretensión existe la tutela cautelar o función preventiva sobre cuya naturaleza y sustantividad existe ya prolija discusión científica.

Si conectamos el «ordo procesal» con el registral, la necesidad de anticipar los efectos de la inscripción del laudo futuro, pendiente el procedimiento arbitral, es tanto más necesaria cuanto que el principio de fe pública registral (art. 8 RRM: «*la declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudicará a los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a Derecho*») y 122.1 LSA: , «*la sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado*») puede resultar en la aparición de un tercero registral cuya posición jurídica sea protegida aunque la resolución declare la inexactitud y nulidad del contenido registral en cuya apariencia tabular fundó su confianza.

La anotación preventiva de demanda es una auténtica medida cautelar: Su naturaleza se revela en la «*instrumentalidad*» de la medida cautelar respecto al proceso principal y en la *provisionalidad registral* y «*homogeneidad*» con la futura medida ejecutiva⁴¹⁸, pues tiende a preordenar efectos indirectos de la cosa juzgada tales como la cancelación de la inscripción de acuerdo y de los asientos posteriores al de anotación preventiva (art. 122.3 LSA).

La anotación preventiva cumple la función de enervar la fe pública registral impidiendo que aparezca ese tercero registral protegido. Conocida pues la conveniencia, y aún la necesidad, de anotar previamente, pendiente el proceso - sea éste judicial o arbitral se plantea el problema, como es lógico, respecto a éste último, pues es preciso decidir si el proceso arbitral posee la idoneidad suficiente para conformar una medida cautelar autónoma (la anotación preventiva de pendencia de procedimiento arbitral) adoptada antes de que sea dictado el laudo.

Ciertamente la situación ha cambiado drásticamente con la NLAB, que suple el vacío de la LAB con su artículo 11.3, que señala que *“El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.”* Como dice la Exposición de Motivos, la NLAB *“aclara que la solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone en modo alguno renuncia tácita al arbitraje; aunque tampoco hace actuar sin más el efecto negativo del convenio arbitral. Con ello se despeja cualquier duda que pudiese subsistir acerca de la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado. Esta posibilidad es indudable a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero es importante que se recoja también en la legislación de arbitraje. Además, da cobertura a una eventual solicitud de medidas cautelares ante un tribunal extranjero respecto de un arbitraje regido por la ley española.”*

Con esta nueva regulación de la NLAB se han solventado las dificultades que planteaba la LAB., que sólo contemplaba las medidas cautelares después de dictado de laudo, en sede de recurso de anulación, lo que llevaba a una situación de injustificable diferencia entre el procedimiento arbitral y judicial.

Compartimos plenamente esta redacción que permite la posibilidad de estas medidas cautelares pendiente el procedimiento arbitral y en tanto se pronuncie el laudo por las siguientes razones:

- a. Por la profunda semejanza e «*identidad*», en los términos del art. 43 NLAB (37 LAB) tanto en la génesis (proceso) como en los efectos (cosa juzgada) entre laudo y sentencia, resulta coherente y ajustado art. 4.1. CC que ambos dispongan de unos similares mecanismos de conservación de efectos.
- b. Porque de lo contrario, el procedimiento arbitral impediría el logro del derecho constitucional de obtención de una justicia efectiva (art. 24.1 de la Constitución)

⁴¹⁸ Cfr. RAMOS MENDEZ, FRANCISCO: *La anotación preventiva de demanda*. Bosch, 1980.

significativamente citado en la propia Exposición de Motivos de la LAB cuando dice: «*El convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial consagrado en el art. 24 de la Constitución*»

- c. Porque, resultaría absurdo -y posiblemente contrario al art. 27 del C.C. que otorga al extranjero la misma condición que al nacional- que los laudos arbitrales extranjeros tengan mejor trato que los laudos internos. Es sabido que el Convenio Europeo sobre arbitraje internacional firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961 y ratificado por España, en su art. VI, ap. 4, permite expresamente la adopción de medidas cautelares⁴¹⁹.

Hay que indicar ahora que el artículo 8.3 NLAB señala que para *“la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴²⁰.”* Aunque existen jurisdicciones en que, como enseña el Derecho comparado, el propio árbitro puede acordarlas, prudentemente el Legislador español ha exigido en la NLAB la intervención judicial (una suerte de auxilio jurisdiccional cautelar, del mismo modo que existe auxilio para la práctica de las pruebas). En el caso concreto que comentamos queda patente las razones para ello, puesto que de alguna manera la anotación preordena una ejecución provisional, cuando los asientos registrales están bajo la salvaguarda de los tribunales.

Sin embargo, con esta regulación de la NLAB surge entonces el tema de la posible compatibilidad de dos procesos de diversa naturaleza: El cautelar ante la jurisdicción ordinaria para asegurar los resultados del procedimiento arbitral (singular instrumentalidad), y el propio procedimiento arbitral, por lo que sería muy recomendable que los propios reglamentos de las Instituciones que administran el arbitraje o el convenio arbitral contemplen expresamente cómo regular dicha adopción de medidas con auxilio o intervención jurisdiccional, que suministrará el título formal típico para la práctica de la anotación preventiva, como por ejemplo un mandamiento judicial ordenando la anotación de demanda o de suspensión de ejecución de acuerdo. El propio juez podrá, a su prudente arbitrio, aunque a solicitud de los árbitros, acordar las cauciones o fianzas que correspondan. Como quiera que la anotación de demanda, por su propia naturaleza, debe ser coetánea y en ningún caso anterior a la demanda principal, deberá acreditarse al juez los extremos necesarios (cláusula arbitral, iniciación del arbitraje, etc.)

⁴¹⁹ Cfr. ALMAGRO NOSETE, JOSE: *Jurisdicción y arbitraje.*, Butlletí n. 2 del Tribunal Arbitral de Barcelona de la Asociación Catalana para el Arbitraje., p. 61 y 55.

⁴²⁰ LEC, Artículo 729. Tercerías en casos de embargo preventivo. En el embargo preventivo, podrá interponerse tercería de dominio, pero no se admitirá la tercería de mejor derecho, salvo que la interponga quien en otro proceso demande al mismo deudor la entrega de una cantidad de dinero. La competencia para conocer de las tercerías a que se refiere el párrafo anterior corresponderá al tribunal que hubiese acordado el embargo preventivo.

Queda, por último, analizar si la legislación registral plantea problemas para aceptar una anotación preventiva. En principio, existe un *numerus clausus* de anotaciones preventivas. En Derecho Mercantil registrable estamos además singularmente mal pertrechados para encontrar una regulación general de anotaciones preventivas, ni siquiera de anotaciones preventivas de demanda, aunque no creemos que sea difícil construir una teoría general de la anotación preventiva de las demandas «con trascendencia mercantil registral» (aquellas en las que se ventilan pretensiones que implicarían, de estimarse, la declaración de inexactitud o invalidez de hechos inscribibles estén o no inscritos); por su aplicación supletoria «*mutatis mutandis*» de la teoría de la anotación preventiva de las demandas con trascendencia real del Registro de la Propiedad.

Resta, sin embargo, el hecho evidente de que la anotación preventiva viene referida a una demanda, no a la iniciación del procedimiento arbitral, lo que queda salvado claramente con la nueva redacción de la NLAB, en conjunción con la conocida falta de precisión del término «demanda», lo que puede hacer evidentemente referencia a la solicitud del arbitraje. En conclusión, debemos afirmar que la introducción efectiva del arbitraje y su pendencia pueden ser títulos causales suficientes de una anotación preventiva de pendencia del procedimiento arbitral, dentro de los límites del artículo del artículo 11.3 NLAB.

Por su parte, FERNANDEZ-BALLESTEROS⁴²¹ argumenta que quizá porque repite de forma mimética el art. 9 de la Ley Modelo de UNCITRAL, también el contenido del párrafo 3º del art. 11 NLAB resulta extraño y superfluo. Su contenido esencial —simple y no discutido— es éste: La petición de medidas cautelares, antes o durante la sustanciación del arbitraje no supone renuncia al convenio arbitral. Y eso es algo que se deduce ya, de forma indirecta pero clara, tanto del art. 8.3 NLAB (que fija el Juez competente para acordar esas medidas) como del art. 722 y concordantes LEC, pues carecería de sentido entender que las partes pueden pedir —y los jueces acordar— medidas cautelares en apoyo de un arbitraje pendiente o de próxima iniciación y entender, a la vez, que la petición o concesión de medidas cautelares en apoyo de ese arbitraje supone renuncia tácita al convenio arbitral (que haría imposible el arbitraje e inútiles las medidas cautelares acordadas).

No obstante, FERNANDEZ-BALLESTEROS⁴²² señala que aún así, al precepto puede dársele cierta utilidad en la medida en que:

1) Deja clara la plena compatibilidad entre el arbitraje y la adopción de medidas cautelares jurisdiccionales (los árbitros también pueden acordar medidas cautelares) e incorpora, aunque sea por remisión tácita, la regulación que los arts. 722 y concordantes LEC contienen sobre medidas cautelares acordadas en apoyo de un proceso arbitral. Así pues, hoy no puede caber duda de que, indirectamente, los arts. 8.3 y 11.3 NLAB y de forma explícita el art. 722 LEC

⁴²¹ Cfr. FERNANDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ANGEL. *Comentarios a la Ley 60/2003*. Editorial Aranzadi. Madrid. 2011.

⁴²² *Ibidem*.

facultan a quien son o serán parte para acudir a los órganos jurisdiccionales en petición de medidas cautelares “en apoyo” de un arbitraje (art. 722 LEC; sea interno o internacional; sea un arbitraje *ad hoc* o internacional)⁴²³ que esas medidas cautelares deben servir de apoyo al arbitraje, que su petición y adopción no ponen en peligro el convenio arbitral y que el régimen jurídico de esas medidas cautelares es, como regla, el general previsto en los arts. 721 ss. LEC. Aunque con algunas particularidades como:

i) Aunque el art. 730 1 LEC quiere que, como regla, las medidas cautelares se pidan “junto con la demanda”, no parece que ese deseo pueda ser cumplido cuando se trata de una demanda arbitral. De inicio, porque en muchos procedimientos arbitrales no se produce una verdadera interposición de demanda⁴²⁴. Y, sobre todo, porque resulta físicamente imposible solicitar las medidas cautelares “junto con la demanda” (es decir, en el mismo escrito de la demanda o en otro unido a ella), pues mientras la demanda, cuando exista, o la petición de arbitraje se presenta ante los árbitros, la solicitud de medidas cautelares debe presentarse ante el juez que corresponda. Y como no se puede dar cumplimiento en sus propios términos a lo dispuesto en el art. 730.1 (que, a pesar de todo, sigue siendo Derecho vigente), cabría entender con carácter general que su *ratio* queda cumplida si las medidas cautelares se solicitan a lo largo del día en que comience a encontrarse “pendiente” el proceso arbitral (solución que también parece hallar cierto respaldo en la literalidad del art. 722.1 LEC).

ii) Claro debe quedar que las medidas cautelares pueden solicitarse, también, durante la sustanciación del arbitraje (11.3 NLAB) sin necesidad de acreditar que “*la petición se basa en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos*”; art. 730 4 LEC).

iii) Las medidas cautelares pueden pedirse y acordarse antes del comienzo del arbitraje siempre que concurren los dos requisitos clásicos: a) que el solicitante acredite razones de urgencia o necesidad (730 2 I LEC)⁴²⁵ y b) si el arbitraje es *ad*

⁴²³ El legislador parece ser consciente de que la deseable generalización del arbitraje y su propia efectividad quedan inevitablemente limitados si no se le dota de la misma protección jurídica de la que ha dotado al proceso jurisdiccional. Antes de la entrada en vigor de la LEC, la adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje ni estaba expresamente permitida ni expresamente prohibida; y eso había llevado a que las Audiencias Provinciales –no todas entusiastas del arbitraje– se negaran a acordar medidas cautelares en la gran mayoría de los supuestos en que constataban la existencia de un convenio arbitral.

⁴²⁴ Bien porque las partes formulan sus primeras alegaciones de forma oral ante el tribunal arbitral, bien porque presentan ante él escritos de alegaciones que no participan realmente de las características ni de los efectos típicos del escrito de demanda e, incluso, porque presentan conjuntamente la solicitud de que se inicie el arbitraje.

⁴²⁵ Adviértase que, bien leído, el artículo 730.3 sólo exonera al solicitante que pide las medidas cautelares antes del comienzo del proceso arbitral de la carga de interponer demanda en los veinte días siguientes a su concesión; pero no de la carga de acreditar las “razones de urgencia o necesidad”.

hoc, que se haya ya solicitado la formalización judicial; y, si es institucional, que se haya solicitado ya a la institución correspondiente su incoación (art. 722.1 LEC). Así pues, aunque permite al Juez acordar medidas cautelares con anterioridad al comienzo del proceso arbitral, la LEC supedita su adopción a requisitos más gravosos que aquellos a los que supedita la adopción de medidas cautelares anteriores al comienzo de un proceso declarativo judicial. Para obtener la adopción de unas medidas cautelares antes del comienzo de un proceso judicial, el solicitante tiene la carga de acreditar que existen *fumus boni iuris*, *periculum in mora* (art. 728 LEC) y especiales razones de “urgencia o necesidad” (730 2 I). En cambio, quien desee obtener medidas cautelares antes del comienzo del proceso arbitral tiene, además de la carga de acreditar todos los extremos anteriores, la de instar la formalización judicial del arbitraje o la de dirigirse a la institución encargada de administrarlo. Es decir, tiene la carga añadida de dar los primeros pasos encaminados a lograr el comienzo del procedimiento arbitral⁴²⁶.

iv) El actor que solicita y obtiene medidas cautelares con anterioridad al comienzo del procedimiento arbitral, no tiene la carga de presentar la demanda dentro de los veinte días siguientes a la adopción de las medidas cautelares. Para que las medidas acordadas se mantengan su vigor, le basta con seguir llevando a cabo “*todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral*” (art. 730 3 LEC). O, lo que es igual, basta con no desistir del procedimiento de nombramiento de árbitros o con seguir los cauces que marque el reglamento de la institución de arbitraje —a las directrices o instrucciones que den sus órganos— para dar comienzo al procedimiento arbitral. El criterio que sigue aquí el legislador es en parte razonable: mientras la formalización judicial del arbitraje o la incoación del procedimiento por la correspondiente institución no hayan tenido lugar, no resultará posible dar comienzo al arbitraje; y cuánto se demoren la formalización judicial o la incoación institucional del arbitraje es cuestión que difícilmente puede controlar el futuro actor y que habitualmente dura más de veinte días⁴²⁷.

⁴²⁶ La decisión del legislador me parece extraña y de no fácil justificación. Extraña, porque en aquellos casos en que exista acuerdo de las partes sobre la identidad de las partes y no sea necesaria la formalización judicial del arbitraje “ad hoc” el demandante, de forma un tanto sorprendente, no tendrá la posibilidad de solicitar y obtener medidas cautelares. Muy difícilmente justificable, porque el legislador retrasa (o dificulta, al menos) la obtención de la tutela cautelar urgente en el arbitraje e ignora la Exposición de Motivos de la LAB que, de forma bastante razonable, lo insta a dejar en “pie de igualdad” el “cauce judicial” con el “cauce arbitral”.

⁴²⁷ El problema que plantea el art. 730 3 es, sin embargo, doble. De un lado, el art. 730 3 parece invertir una razonable carga de la prueba: cuando las medidas cautelares se han acordado antes del comienzo del proceso judicial, es carga del actor acreditar que ha interpuesto la demanda dentro del plazo de veinte días y, si no lo hace, las medidas cautelares perderán su vigor; en cambio, cuando las medidas cautelares se han acordado antes del comienzo del procedimiento arbitral, el art. 730 3 viene a forzar a que sea quien padece las medidas cautelares quien acredite que el “actor” no ha mostrado verdadero interés en incoar el arbitraje. De otro lado, el art. 730 3 no acaba de precisar todo lo que sería necesario qué tipo de conductas son susceptibles de ser consideradas como “tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral” (v. g. imagínese que quien obtiene a su favor las medidas cautelares mantiene la solicitud de arbitraje que dirigió a la entidad

Aunque, por tradición, siga hablándose de "formalización judicial del arbitraje" (722 LEC), de la NLAB queda claro que de lo único que en realidad se trata es del nombramiento de árbitro o árbitros (14 LAB). La referencia expresa al art. 38 LAB que contiene el art. 722 I LEC debe entender hecha al art. 15 NLAB.

En relación a lo expuesto, es interesante traer a colación el Auto n. 64/2011 de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2ª, de 17 de Mayo de 2011, que señala:

“Al momento de dictarse el auto recurrido, 20/julio/2010, el Juzgado de 1ª Instancia ya había estimado, mediante auto de 5/julio/2010, la declinatoria interpuesta por INVERPUERTO S.L. al entender que el conocimiento de la demanda interpuesta por TARJE S.L.U. correspondía a la jurisdicción arbitral. Y sin bien en aquél momento dicha decisión no era firme al haber sido objeto de recurso de apelación, el dictado del auto de esta misma Sección de fecha 11/enero/2011 (Rollo nº 463/2010) resolutorio del referido recurso y confirmatorio del criterio seguido en la 1ª Instancia, vino a poner definitivamente fin a los autos del procedimiento ordinario nº 83/2010 del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Cádiz en cuyo seno y en pieza separada, se habían adoptado las presentes medidas cautelares.

Pues bien, el texto procesal prevé la posibilidad de mantener las medidas cautelares ya adoptadas durante la tramitación de la declinatoria (art. 64.2 Ley de Enjuiciamiento Civil), pero la conclusión del proceso judicial por estimarse competente la jurisdicción arbitral implica el sobreseimiento del proceso (art. 65.2 Ley de Enjuiciamiento Civil) y la ya anunciada inevitable aplicación de la regla prevista en el art. 731.

Con todo, y a la vista de que, al margen de las medidas cautelares que puedan, en su caso, adoptar los árbitros (art. 23 Ley de Arbitraje), es posible que también la jurisdicción ordinaria adopte medidas cautelares accesorias a un procedimiento arbitral (arts. 722 Ley de Enjuiciamiento Civil y 8.3 Ley de Arbitraje), cabe plantear si es posible el mantenimiento de las medidas cautelares hasta el momento adoptadas para que surtan sus efectos en el arbitraje al que habrán de someterse las partes. Sin embargo, creemos que tampoco es factible esa posibilidad en la medida que el art. 722 de la Ley procesal la condiciona a la existencia de un proceso arbitral ya pendiente o al menos a que ya se haya deducido una solicitud de formalización judicial de arbitraje en los términos previstos en el art. 15 de la Ley de Arbitraje, siendo así que en la vista del recurso las partes manifestaron, a requerimiento del tribunal, que todavía no se había instado nada al respecto.”

2) El art. 11.3 NLAB sirve para entender removidas las limitaciones que imponía el art. 722 2 LC a la adopción de medidas cautelares en los arbitrajes internacionales, puesto que aparte de que la NLAB pretende fomentar el arbitraje internacional (de hecho imita una Ley de Arbitraje Internacional) el art. 1.2 LAB

correspondiente, pero no abona la provisión de pagos que ésta le requiere ¿debe calificarse esa conducta como un desentendimiento del procedimiento arbitral?).

declara aplicables a los arbitrajes extranjeros los arts. 8.3 y 11.3 NLAB, que son los preceptos que se refieren a las medidas cautelares pedidas y acordadas por órganos jurisdiccionales. Significa esto que:

i) La NLAB ha suprimido la exigencia del art. 722 II LEC que sólo autorizaba la adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje extranjero “con arreglo a los tratados y convenios que sean de aplicación”.

ii) La NLAB ha eliminado la necesidad de que el proceso arbitral extranjero deba estar ya iniciado en el momento en que se formule la solicitud de medidas cautelares (quien las solicita ha de ser ya parte en el arbitraje, según el art. 722 II).

iii) No hay razón alguna para entender que los Jueces españoles no podrán acordar medidas cautelares en apoyo de un proceso arbitral extranjero en el que se estén ventilando "materias exclusivas" esto es, cuestiones cuyo conocimiento correspondería exclusivamente a los tribunales españoles si el litigio se sustanciara ante órganos jurisdiccionales (art. 722 II LEC).

Señala FERNANDEZ-BALLESTEROS⁴²⁸, que confundía en este artículo la LEC el ámbito y la función de las materias exclusivas (esto es aquéllas que el Consejo ha decidido otorgar en exclusiva a los jueces de un determinado país de la UE) y el ámbito objetivo del arbitraje (o, si se prefiere, de las cuestiones que pueden ser válidamente sometidas a arbitraje: art 2 LAB). No hay razón alguna ni en la NLAB ni en la naturaleza del arbitraje que autorice a entender que los litigios que versan sobre las competencias judiciales exclusivas a que se refieren los arts. 22 del Reglamento Comunitario 44/2001, la 22 LOPJ y 16 del Convenio de Bruselas no puedan ser sometidos a arbitraje en el extranjero o hayan de ser legalmente discriminados con la privación de medidas cautelares si lo son. Lo que los arts. 22 del Reglamento Comunitario 44/2001 22 LOPJ y 16 del Convenio de Bruselas han decidido es que los Jueces suecos no pueden pronunciarse sobre la validez de una patente registrada en la Oficina Española de Patentes y Marcas o sobre la titularidad de un inmueble ubicado en Ayamonte. Pero no que esas cuestiones no puedan ser resueltas por árbitros en un proceso arbitral que se lleve a cabo en Ginebra. O dicho de otro modo: los arts. 22 LOPJ 22 del Reglamento 44/2001 y 16 del Convenio de Bruselas sirven sólo para distribuir ciertas competencias entre jueces de un mismo “espacio común” (el de la Unión Europea) pero nada tienen que ver con la posibilidad de someter a arbitraje las cuestiones que en ellos se enumeran, que es tema distinto y que se encuentra ya regulado en los arts. 1 y 2 LAB y en el Convenio de Nueva York de 1958.

Para concluir con lo relativo al tratamiento de las medidas cautelares en la NLAB, traeremos a colación el Auto n. 98/2009 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de Junio de 2009, que señala:

“PRIMERO: Se alza el presente recurso de apelación frente al auto dictado en primera instancia denegando las medidas cautelares previas

⁴²⁸ *Ibídem.*

al arbitraje solicitadas por la representación de la entidad DENDRITE SPAIN, S.A., consistentes en ordenar a la entidad IMS HEALTH, S.A. el cese de la ilícita extracción y utilización de la base de datos DENDRITE sobre profesionales y centros del sector sanitario para el desarrollo de su actividad empresarial tras la extinción el 29 de febrero de 2008 del contrato de licencia del que ambas eran parte, ordenando comunicar a sus clientes que desde esa fecha no está legalmente facultada para extraer datos de la base de datos Phabase, ni para comunicarlos a terceros, ni para utilizar esos datos en la provisión de información o prestación de sus servicios a sus clientes, incluyendo, en particular, el producto de IMS HEALTH, S.A. denominado "Prescriber Focus", realizándose la comunicación mediante la publicación a su costa de la parte dispositiva del auto en las páginas de información económica de los diarios de información general "El País" y "El Mundo", y ordenar que inmediatamente proceda a transferir a un único soporte los datos de la Base de Datos Phabase de que disponga y lo deposite en el Juzgado, y asimismo elimine los referidos datos de cualquier otro soporte en su poder.

La resolución recurrida entendió para adoptar la decisión denegatoria, en esencia, que no bastaba en orden al análisis sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de medidas cautelares únicamente con acudir al artículo 141 del TRLPI al ser necesario que se justifiquen los presupuestos previstos en la LEC, no concurriendo la apariencia de buen derecho invocada por la actora ni el periculum in mora propio de toda medida cautelar, sin que se advirtieran las razones de urgencia y necesidad para la adopción de la medida cautelar que justifiquen su presentación previa al arbitraje al no acreditarse un plus de peligro superior justificativo de la antelación.

Aduce la recurrente como motivos de impugnación de tal pronunciamiento:

1. - La infracción del artículo 141 del TRLPI, poniendo de relieve que se cumplen los requisitos conforme a lo establecido en el precepto y que se infringe la doctrina consolidada sobre su aplicabilidad.
2. - La concurrencia de apariencia de buen derecho en la solicitud, infringiendo la resolución recurrida el citado artículo 141 y el 728.2 de la LEC, poniendo de manifiesto en esencia que se estaría ante un contrato de uso y no de cesión o transferencia de derechos, tratándose de una base de datos que incluye datos de carácter personal y que se encuentra sujeta a las previsiones contenidas en la legislación sobre protección de datos, poseyendo un valor en sí misma considerada y siendo una de las finalidades para las que se ha empleado la de elaborar el producto "Prescriber Focus", siendo la solicitante titular del derecho "sui generis" sobre Phabase y careciendo de derecho IMS Health, S.A. para seguir usando la misma que no obstante, como confirmarían los documentos aportados, pretende seguir usando, señalando que el pretendido dictamen de derecho inglés aportado de contrario utiliza argumentos de fondo basados en el contrato que no puede tenerse en cuenta por su extinción,

siendo en todo caso aplicable la Ley española conforme al artículo 10.4 del Código Civil, y sin que el dictamen cumpla los requisitos legales y jurisprudenciales por falta de traducción de los documentos que acompaña y ocuparse de resolver el caso contrariando la jurisprudencia al respecto, confundiendo el auto recurrido el uso con la finalidad de uso, señalando que DENDRITE nunca se ha negado a devolver datos a IMS y mostrando su disconformidad con la referencia a las actualizaciones porque la base de datos posee valor en sí misma con independencia de aquéllas.

3. - Concurrencia de la urgencia y del peligro de mora conforme a lo dispuesto en los artículos 730.2 y 728.1 de la LEC, indicando que la actuación de IMS se lleva a cabo para competir con DENDRITE existiendo el riesgo inmediato de pérdida de clientes, el de protección de datos de carácter personal, el de continuación de la actividad infractora que impedirá devolver la situación al estado previo, tratándose en definitiva de un riesgo ya materializado y no habiéndose consentido o tolerado el indebido uso por parte de IMS y menos por largo tiempo, mostrando su disconformidad con la alusión a que los eventuales perjuicios serían indemnizables y finalmente haciendo referencia en cuanto a la determinación de la cuantía de caución a la intensísima apariencia de buen derecho y a que la adopción de las medidas no impediría usar a IMS sus propias bases de datos sin que pruebe la restricción económica que alega.

Por la parte apelada se formuló oposición al recurso en los términos que constan en el correspondiente escrito.

SEGUNDO: Con carácter previo ha de procederse a resolver la cuestión suscitada por la demandada relativa a la **necesidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 722.2 de la LEC, de acreditar ser parte en un procedimiento arbitral para poder solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares.**

Debe indicarse al respecto que de una interpretación sistemática de los arts. 722 y 730.3 LEC, **ha de entenderse permitida la posibilidad de solicitar medidas cautelares tanto con antelación a la incoación de un procedimiento arbitral, como durante su tramitación, viniendo referido el primer precepto a la legitimación para instar las medidas cautelares y el segundo al tiempo para solicitarlas. Es con la promulgación de la nueva Ley de Arbitraje cuando se ha dado solución definitiva a la cuestión controvertida al disponer su art. 11.3 "el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas".** Ahora bien, la generalidad con que se pronuncia el legislador en relación con la solicitud de medidas previas al inicio del arbitraje obliga a integrar y adaptar analógicamente el régimen general de las medidas cautelares previsto para los procedimientos judiciales (ex art. 730 LEC) a los procedimientos arbitrales. En este sentido, **no sólo es necesario que se acrediten razones de**

urgencia y necesidad para que estas medidas se adopten, sino que además, es necesario realizar las actuaciones tendentes a formalizar el arbitraje para que éstas se mantengan. También cabe destacar que, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.2 de la vigente Ley de Arbitraje, **el régimen de medidas cautelares en sede arbitral será aplicable tanto a los arbitrajes que se celebren dentro del territorio nacional como a aquéllos cuyo lugar de celebración esté situado en el extranjero, siempre y cuando la medida cautelar instada pretenda hacerse efectiva en territorio español.**

Así, si las partes no han dispuesto nada al respecto, ni excluyen ni permiten la adopción de medidas cautelares por tribunales estatales, la posibilidad de solicitar medidas cautelares a los tribunales estatales debe ser decidida por la Ley que regula el procedimiento arbitral, siendo frecuente que las Leyes estatales admitan expresamente esta posibilidad. **El principio general de que se pueda acudir a tribunales estatales para solicitar medidas cautelares en el marco de un procedimiento arbitral, se encuentra recogido en el art. VI.4 del Convenio de Ginebra: «si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, ni como un sometimiento del asunto al tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo», dejando tal disposición abierta la puerta a las medidas cautelares aunque haya existido una sumisión a arbitraje privado internacional de modo que el convenio arbitral no es obstáculo para que tribunales de un Estado distinto al Estado donde se lleva a cabo el arbitraje se declaren competentes para adoptar ciertas «medidas cautelares».**

Regulándose por tanto la cuestión por el derecho internacional privado español la norma a considerar será, fundamentalmente, el art. 31 Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Dicho precepto indica en qué casos los tribunales españoles poseen «competencia judicial internacional» para acordar medidas cautelares aun cuando éstas aseguren derechos que se están discutiendo en el marco de un arbitraje privado internacional que se desarrolla fuera de España. **El art. 31 R.44/2001 indica que poseen competencia judicial internacional para acordar medidas cautelares los tribunales del Estado en cuyo territorio se encuentran los bienes y activos sobre los cuales recae la medida cautelar acordada por órganos judiciales extranjeros o por árbitros que desarrollan sus funciones fuera de dicho Estado y el TJCE ha reconocido expresamente, en su STJCE 17 de noviembre de 1998, Van Uden, esta posibilidad, bastando que se trate de una medida cautelar cubierta por el ámbito material del R.44/2001 y que los bienes se encuentren en el territorio del país al que pertenece el tribunal al que se acude. El mismo TJCE ha afirmado que el art. 31 R.44/2001 cubre todas las medidas cautelares con independencia del árbitro que conoce del caso, incluso árbitros que desarrollan sus funciones «fuera de la UE». No**

puede en consecuencia mantenerse el obstáculo que contempla la entidad demandada.

TERCERO: Con relación al motivo de recurso que invoca la infracción de lo establecido en el artículo 141 del TRLPI debe indicarse que el tribunal no comparte la interpretación de la apelante y en tal sentido ya se ha resuelto en anteriores ocasiones como en las resoluciones de esta Sección 28ª de 6 de diciembre de 2008 o 20 de febrero de 2009 en las que se indicaba que el artículo 727.11ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla entre las medidas cautelares específicas aquellas medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente la leyes, entre las que se encuentran las tipificadas en el artículo 141 de la Ley de Propiedad Intelectual que así quedan sujetas a los requisitos generales establecidos en el artículo 728 del mismo texto legal.

Característica propia de toda medida cautelar es la de ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente (artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), careciendo de justificación la adopción de una medida cautelar si no existe tal riesgo que condensa el periculum in mora.

La exigencia del peligro de demora para acordar alguna de las medidas cautelares previstas en el artículo 141 de la Ley de Propiedad Intelectual para la protección urgente de tales derechos es criterio seguido, entre otras, por los autos de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 11ª) de 20 de abril de 2005, de la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 4ª) de 13 de mayo de 2005 y de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 4ª) de 11 de mayo de 2006.

En este sentido el carácter instrumental, provisorio y urgente de las cautelas y el riesgo que estas generan, abogan por una interpretación restrictiva ya que implican un grado de agresión al derecho del demandado y por ello ha de analizarse con rigor la existencia de una infracción o el temor racional y fundado de que ésta se producirá de modo inminente, contemplando el artículo 138 de la Ley de Propiedad Intelectual la posibilidad de solicitarlas con carácter previo a la iniciación del procedimiento, lo que también contempla el artículo 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil, requiriéndose en todo caso los presupuestos legales exigidos: la apariencia de buen derecho ("juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión") y el peligro en la demora ("situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria").

El propio artículo 141, no obstante establecer el presupuesto de la infracción (o de su inminencia), deja facultades al tribunal sobre la decisión a adoptar: "En caso de infracción o cuando exista temor racional y fundado (...), la autoridad judicial podrá decretar, (...) las medidas cautelares..."

Es verdad que la infracción o el temor racional y fundado de que habla el artículo 141 presupone la existencia de un derecho protegido por la LPI de la titularidad

del solicitante de las medidas (incluidos los cesionarios o licenciarios en exclusiva según el art. 48 LPI) y unos actos in consentidos o ilegítimos por parte del demandado, lo que participaría del "fumus boni iuris" o apariencia de buen derecho. Y también es de tener en cuenta que **este requisito, "sin prejuzgar el fondo del asunto", ha de permitir al tribunal extraer un "juicio provisional e indiciario favorable" al fundamento de las pretensiones del demandante (728.2), sin que quepa exigir para decidir una prueba plena ni una certeza o resolución anticipada del litigio o una valoración fáctica y jurídica completa propia de la sentencia, sino desde un plano indiciario y sin perjuicio de lo que, en su caso, resulte del proceso y lo que sobre el fondo se decida en la sentencia. Pero no lo es menos que hay más requisitos y exigencias legales necesitados de cumplimiento o acreditación, en especial el "periculum in mora" y la proporcionalidad, y que tampoco basta con un resultado indiciariamente poco claro o dudoso, sino con una probabilidad de éxito final razonablemente sólida a la vista de las circunstancias de cada caso.**

Por otra parte abona la idea de la necesidad del peligro en la demora respecto de la infracción de derechos de propiedad intelectual, referido al ámbito específico de la infracción de los programas de ordenador, el que el artículo 103 de la Ley de Propiedad Intelectual fuera modificado por el apartado 2 de la Disposición Final 2ª de la de la Ley de Enjuiciamiento Civil facultando al titular de los derechos de autor sobre programas de ordenador a instar las acciones y procedimientos que, con carácter general, se disponen en el Título I, Libro III de la citada Ley y las medidas cautelares procedentes, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Aun cuando la remisión alcanza al artículo 141 de la Ley de Propiedad Intelectual en cuanto comprendido en el Título I del Libro III de la Ley, la remisión para instar la adopción de las medidas cautelares lo es a la de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que esté limitada a los aspectos competenciales o de procedimiento antes regulados en el artículo 142, derogado por la vigente de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En consecuencia, **afirmada la necesidad de la concurrencia del requisito del peligro por la mora procesal también para la adopción de las medidas cautelares solicitadas en tanto que fundadas en la infracción de derechos de propiedad intelectual, la ausencia de este requisito, como así lo entiende la resolución recurrida, determinaría la desestimación de la solicitud.**

CUARTO: Al solicitarse por la actora la revocación de la resolución denegatoria y la adopción de las medidas cautelares solicitadas ha de examinar la Sala si concurren los requisitos necesarios para adoptarlas, y ya de inicio ha de indicarse que se comparte en lo fundamental la argumentación de la resolución recurrida respecto de la falta del requisito exigido en el art. 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y puesto **que junto con los requisitos básicos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora propios de las medidas cautelares en general (art. 728.1º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el art. 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula la solicitud de medidas cautelares con anterioridad a la presentación de la demanda o de forma mimética para este caso con carácter previo al procedimiento arbitral,**

exige otro requisito adicional, consistente en la alegación y acreditación de "razones de urgencia o necesidad" que justifiquen la adopción de las medidas cautelares con carácter previo a la presentación de la demanda o procedimiento arbitral.

La solicitud de medidas cautelares con carácter previo se configura de este modo como un supuesto excepcional respecto del ordinario, previsto en el art. 730.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistente en la solicitud de tales medidas con la demanda principal.

El requisito adicional exigido por el citado art. 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("razones de urgencia o necesidad") no puede ser confundido o identificado con el del peligro en la demora propio de todas las medidas cautelares y previsto en el art. 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistente en que se justifique que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. De operarse esa confusión o identificación, la solicitud de medidas cautelares con carácter previo quedaría desprovista de singularidad, y el requisito adicional del art. 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resultaría vaciado de significado. Sin embargo, no puede considerarse en principio que ningún contenido de una disposición legal, en este caso el art. 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sea superfluo o carezca de significado.

Por tanto, el requisito de la urgencia o necesidad exigido por el art. 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede consistir simplemente, como se alega por la solicitante en que la actuación de IMS se lleva a cabo para competir con DENDRITE, calificando como riesgo inmediato el de una posible pérdida de clientes o una eventual protección de datos de carácter personal o bien la simple continuación de la actividad infractora que, a su juicio, impedirá devolver la situación al estado previo, sin que lleguen a explicitarse las consecuencias y la imposibilidad de su remoción, o considerar en definitiva la existencia de un riesgo ya materializado. Y no pueden constituir tales alegaciones la justificación de la "urgencia o necesidad" del art. 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque tales circunstancias tan sólo justificarían en su caso la existencia del "periculum in mora" exigible en toda medida cautelar con carácter general. Si ese "periculum in mora" no existiera, no estaría justificada la adopción de medida cautelar alguna, ni aun solicitada simultáneamente con la demanda.

Tampoco puede entenderse como justificativos de las razones de urgencia y necesidad exigidas por el art. 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la calificada como conducta ilícita de la demandada a raíz de la extinción contractual puesto que es claro que si la misma no concurriera no existiría siquiera una apariencia de buen derecho, necesaria en todo caso para la adopción de una medida cautelar.

La necesidad y urgencia exigida en el art. 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como se ha puesto de relieve en diversas ocasiones por este Tribunal - Autos de 20 de diciembre y 22 de febrero de 2007 o 28 de marzo de 2008 - ha de

relacionarse necesariamente con la existencia de motivos que impidan o dificulten gravemente a la solicitante la presentación inmediata de la demanda iniciadora del procedimiento principal o en este caso el inicio del procedimiento arbitral al que pretende enlazarse la solicitud-, con la que de ordinario han de solicitarse las medidas cautelares (que podrían ser, por ejemplo, la imposibilidad de redactar una demanda en atención a su complejidad, la necesidad de elaborar informes periciales para su debida fundamentación, la dificultad de acceder a datos necesarios para fundamentar la demanda o de obtener los documentos que han de acompañarla) y que provoquen que en el periodo imprescindible para preparar la presentación tal demanda (necesariamente breve, puesto que la demanda ha de presentarse dentro de los 20 días posteriores a la adopción de las medidas) puedan producirse acontecimientos que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en la eventual sentencia estimatoria.

Sin ese "plus" añadido, consistente en la existencia de obstáculos que impiden o dificultan a la solicitante la presentación de la demanda simultáneamente con la solicitud de medidas cautelares, no solamente se desconoce el régimen legal de las medidas cautelares previas que resulta de los preceptos legales mencionados, sino que se incurre en el riesgo de que tales medidas cautelares puedan utilizarse como una herramienta no conectada necesariamente a la promoción de un proceso principal, y sean utilizadas como simple medio de presión a aquellos frente a quienes se solicita. Téngase en cuenta la dificultad de sopesar la procedencia de la adopción de las medidas cautelares, que siempre han de tener una relación instrumental con la pretensión que se ha de formular, cuando el procedimiento arbitral no se ha iniciado con simultaneidad a la solicitud de las medidas cautelares, y el contrasentido de que habiéndose solicitado con carácter de urgencia la adopción de medidas cautelares previamente a iniciar el procedimiento arbitral previsto contractualmente, a estas alturas y tras un largo período de casi un año desde que se solicitaron no se tenga noticia de que se hayan dado los pasos necesarios para poner en marcha el arbitraje, cuando además el propio documento nº 3 presentado en esta instancia por la solicitante viene a demostrar que ya se interesa tardíamente la negociación previa al arbitraje prevista contractualmente y cuando, en definitiva, carece de justificación que no se inicie de inmediato el procedimiento arbitral si se tiene en cuenta la sencillez en los trámites de iniciación, que revela el reglamento del organismo arbitral aportado, y en cuyo plazo perfectamente se puede preparar de forma adecuada el procedimiento.

En el caso de autos no se ha realizado alegación alguna, y menos aún acreditación, de cuáles son los obstáculos que impiden o dificultan a la solicitante la iniciación del procedimiento arbitral simultáneamente con la solicitud de medidas cautelares y que justifican que se haya solicitado la adopción de medidas cautelares antes de instar ese procedimiento. La existencia de tales obstáculos es tanto más inexplicable cuando la solicitud de medidas cautelares se

ha formulado a través de un prolijo escrito acompañado de abundante documentación.

Por tanto, no habiendo alegado ni justificado la parte solicitante otras circunstancias que las que integran el peligro en la demora propio de toda medida cautelar, y, concretamente, no habiendo alegado ni justificado la necesidad ni la urgencia de adoptarlas antes de iniciar a su instancia el procedimiento arbitral al que pretenden enlazarse, su solicitud no podía ser estimada. No es preciso, pues, entrar siquiera a considerar si existía o no apariencia de buen derecho, en base a un prolijo análisis sobre la aplicabilidad del contrato, su subsistencia e incidencia en los derechos de las partes, en cuya ausencia también basó el auto apelado su desestimación de la solicitud de medidas cautelares, ante la falta del requisito previo de urgencia y necesidad exigido en el art. 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ello procede confirmar la decisión desestimatoria de la solicitud de medidas cautelares adoptada en el auto recurrido.”

La responsabilidad de los árbitros en relación a las medidas cautelares es muy limitada, ya que los mismos no son responsables de solicitarlas o de pedir que sean retiradas. Únicamente habrán de ser conscientes de las mismas y coordinar los efectos con las mismas con los efectos que pretendan que despliegue su laudo. En conclusión, resulta muy difícil imaginar un escenario en el que el árbitro pueda ser encontrado responsable, a los efectos civiles que venimos comentado en esta obra, en relación con las medidas cautelares solicitadas por las partes.

De hecho, en puridad jurídica, el árbitro debe entender las medidas cautelares como un “auxilio jurisdiccional”, e integrar las mismas fácticamente en el procedimiento, es decir, como un fundamento de hecho más. Huelga decir que, aunque en ningún caso se ve obligado por una decisión estimatoria de las medidas cautelares por parte del Juez de Instancia, al requerirse un “*fumus boni iuris*” para su concesión, es conveniente que el Arbitro estudie los fundamentos del Auto en el que las mismas se aprueben, con el fin de ayudarle a mejorar su visión global de los hechos de la res litis.

3.2.3.3.2. Medidas cautelares solicitadas a los Árbitros

A tenor de lo previsto en el artículo 23 NLAB, los árbitros tienen la potestad de adoptar medidas cautelares en cualquier momento del proceso arbitral, sin perjuicio de dejar expedita la posibilidad de que el litigante pueda acudir, también, a solicitar las medidas cautelares ante los tribunales estatales (art. 8.3 LAB)⁴²⁹. Sin embargo, adolece de regulación⁴³⁰ y como señala MIRANDA VAZQUEZ⁴³¹, no

⁴²⁹ Se trata de la doble vía que se le brinda al justiciable para instar la adopción de medidas cautelares, ora ante el árbitro, ora ante la jurisdicción. Cfr., por todos, BARONA VILAR, S., Adopción judicial de medidas cautelares (art. 8 LAB), en «Comentarios a la Ley de Arbitraje», Barona Vilar, S. (coord.), 2ª ed., edit. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 328

⁴³⁰ Para un examen detallado de las numerosas omisiones regulatorias del Legislador, véase LORCA NAVARRETE, A. M., *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, pp. 197-198. Sorprendentemente, el

tomó la precaución de efectuar una remisión *in totum* al Título VI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se regula la tutela cautelar judicial⁴³².

Se cuestiona en la NLAB el olvido de la regulación de la responsabilidad de la parte demandante⁴³³ que, habiendo obtenido tutela cautelar arbitral, ha sido derrotada en el procedimiento principal, a resultas del dictado de un laudo desestimatorio⁴³⁴. Es cierto, no obstante, que la NLAB -art. 23.1- ha contemplado que el árbitro pueda exigir la prestación de caución al promotor de las medidas cautelares⁴³⁵. Y, asimismo, se reputa *lugar común* la consideración de la caución como garantía futura y concreta de que el gravado con la medida cautelar podrá verse resarcido de los perjuicios que aquélla le haya irrogado, si la misma se revela infundada⁴³⁶. La principal consecuencia que acarrea dicha laguna legal es

Legislador ha dejado pasar la reforma de la LAB de 2011 para hacerse eco de los clamores de la doctrina científica en este sentido, tal y como ha lamentado BARONA VILAR, S., Artículo 23

⁴³¹ Cfr. MIRANDA VAZQUEZ, CARLOS. *Arbitraje, medidas cautelares, caución y una paradoja* Justicia: Revista de derecho procesal - Núm. 1/2014, Enero 2014

⁴³² Esta omisión se suple, según algunos autores, atribuyendo directamente a la LEC la condición de «norma residual y fundamentadora». Así, BARONA VILAR, S., *Artículo 23...*, Op. cit., pp. 1070-1071 y 1108.

⁴³³ MIRANDA VAZQUEZ dice que le parece que admite poca discusión el hecho de que nos encontramos ante una posible responsabilidad civil extracontractual del promotor de las medidas cautelares. Cuestión distinta es la naturaleza objetiva o subjetiva de dicha responsabilidad. Pero como no es cosa que revista transcendencia para nuestro estudio, debemos dejarla para mejor ocasión. No obstante, para un estudio más profundo sobre dicha responsabilidad y su naturaleza, me remito a la reciente obra de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La responsabilidad civil por alzamiento de las medidas cautelares tras sentencia absolutoria. Reflexiones al filo de algunos pronunciamientos jurisprudenciales recientes*, en «Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la prof. M. Victoria Berzosa Francos», Picó i Junoy, J. (dir.), edit. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 343-359, que, además de abordar en profundidad el problema, contiene un completo y actualizado aparato crítico.

⁴³⁴ Se lamenta de ello MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, edit. Atelier, Barcelona, 2010, p. 335.

⁴³⁵ Al efecto de asegurar la eventual futura reparación de los daños y perjuicios infringidos al gravado con la medida cautelar se exige de su promotor la prestación de caución. No se trata, en mi opinión, de una sanción civil. Entre otras razones porque no presenta los caracteres de una multa y no es el Estado quien se beneficia de su satisfacción. Es, exactamente, una garantía sustantiva -pese a que se manifieste en el marco del proceso- de una responsabilidad que se determinará -si atribuimos naturaleza subjetiva a la responsabilidad- o que se fijará -si nos inclinamos por considerarla objetiva- en un futuro. En este sentido, ORTELLS RAMOS, M., Cuestión 89. Devolución de la caución en medidas cautelares, en «Ley de Enjuiciamiento Civil: Respuestas a 100 cuestiones polémicas» (Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas), Jiménez Conde, F. (coord.), edit. Sepin, Madrid, 2002, p. 669 afirma que « (...) esta caución tiene una función de garantía directamente vinculada al derecho subjetivo material a la indemnización, de modo que mientras éste pueda ser exigido no procede su cancelación».

⁴³⁶ Por todos, cfr. ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, edit. La Ley, Madrid, 2000, p. 182. En mi opinión, como tal garantía, la caución debería permanecer, en línea de principios, el tiempo

la imposibilidad, de *lege lata*, de que el demandado vencedor -que ha visto alzarse las medidas cautelares que pesaban sobre él- pueda plantear su pretensión indemnizatoria ante el árbitro, viéndose abocado a peregrinar a los juzgados y tribunales, con todo lo que ello comporta (baste pensar en los costes adicionales que eso significará)⁴³⁷. Y, como se ha sostenido, de manera muy atinada, no se le va a permitir recurrir directamente al cauce incidental de liquidación de daños y perjuicios (de los arts. 712 y ss. LEC), sino que se le aboca inexorablemente a iniciar un juicio declarativo⁴³⁸.

Por otro lado, en un procedimiento arbitral en el que el demandante insta al árbitro a que adopte medidas cautelares y el pedimento es acogido favorablemente y, en ejercicio de la facultad que la NLAB le reconoce (ex art. 23.1), el árbitro exige al solicitante la prestación de caución (por ejemplo, una determinada cantidad de dinero) y el demandante da cumplida satisfacción a lo que se le pide y pone el numerario en poder del árbitro, quien, de esta forma, queda constituido en depositario del mismo⁴³⁹. Tras seguirse el procedimiento por todos sus trámites, el árbitro dicta un laudo desestimatorio de las pretensiones del demandante. Seguidamente, ya se ordene en el propio laudo, ya se produzca *de iure*, se alzarán las medidas cautelares, adoptadas anteriormente⁴⁴⁰, con independencia de las acciones que se ejerciten pretendiendo la anulación del laudo⁴⁴¹. Asimismo, tras el dictado del laudo, el árbitro cesa automáticamente en sus funciones (ex art. 38.1 NLAB) y, por ende, en sus atribuciones, salvo las concretas y reducidas excepciones contempladas en el propio art. 38.1 NLAB -que remite a los arts. 37.7, 37.8, y 39.1, del mismo cuerpo legal.⁴⁴²

que fuese necesario hasta tanto no se produjera la determinación y/o fijación de la responsabilidad. De tal forma que dicha garantía se agotará en el momento en que su contenido económico se aplique a la reparación patrimonial efectiva del damnificado por la medida cautelar.

⁴³⁷ Véase el detallado estudio sobre la cuestión de MALLANDRICH MIRET, N., Medidas cautelares.

⁴³⁸ A tal conclusión -que compartimos plenamente- llega MALLANDRICH MIRET, N., Medidas cautelares....Op. cit, tras un exhaustivo razonamiento, al que nos remitimos por entero.

⁴³⁹ En el supuesto concernido hemos asumido implícitamente que se trata de un arbitraje ad hoc. Pero no sucede algo disímil de tratarse de un arbitraje institucional. A nuestro entender, aunque el dinero quede materialmente en posesión de la institución que administra el arbitraje, la responsabilidad como depositario recae en la persona del árbitro, que ha exigido la prestación de la caución. No parece haber reglamento arbitral alguno que discipline esta cuestión.

⁴⁴⁰ Lo cierto es que la LAB nada establece al respecto y siembra con ello una notable incertidumbre. Lo más sensato parece ser que el laudo incorpore un pronunciamiento expreso en este sentido. No obstante, su omisión debería suplirse merced a un efecto legal automático, lo que -no se nos oculta- debería contemplarse expresamente en la propia Ley.

⁴⁴¹ La doctrina procesal ha sentado, con buen criterio, la idea de que el pronunciamiento desestimatorio de las pretensiones del demandante socava la inicial apariencia de buen derecho. El bagaje alegatorio y probatorio del procedimiento proporciona un conocimiento superior del efectivo fundamento de los pedimentos del litigante. Dicho de otra forma, se le debe reconocer mayor alcance a la cognición plena que a la cognición sumaria.

⁴⁴² Como tiene dicho CUCARELLA GALIANA, L.-A., El procedimiento arbitral..., «mantener la eficacia de la medida cautelar a pesar de la desaparición del fumus, entendemos que es contrario a

Como señala MIRANDA VAZQUEZ, una de las principales repercusiones del vacío legal del que adolece la tutela cautelar arbitral y, en particular, la responsabilidad del promotor de la misma -que ha resultado finalmente derrotado- es que el demandado vencedor -que se ha visto liberado del yugo de las medidas precautorias- tiene que acudir a la jurisdicción ordinaria para impetrar la tutela indemnizatoria. Si con arreglo a la literalidad del art. 38.1 NLAB el árbitro cesa de forma terminante en sus funciones con el dictado del laudo -a salvo las menudencias ya señaladas-, no parece posible, de primeras, que el demandado vencedor en el procedimiento arbitral pueda deducir sus pretensiones indemnizatorias ante el árbitro. No le queda más que acudir a la justicia estatal. Y, como ya hemos afirmado, a través de un proceso declarativo.

Entre tanto, y partiendo de las premisas anteriores, supongamos que el demandante vencido se apresta a interesar del árbitro -que ya ha cesado en sus funciones pero que sigue siendo depositario- la restitución de la caución, prestada *ab initio*. El vacío legal existente supone que el accionante fracasado no encuentra ningún obstáculo legal para formular su petición restitutoria. Frente a ello, el que fuera árbitro se encuentra desprovisto de mecanismo legal alguno que le permita retener la caución y rechazar fundadamente la petición del demandante vencido, de que se le restituya la caución. Así las cosas, se ha de ver constreñido a devolvérsela, a riesgo de cometer un delito de apropiación indebida (ex art. 252 CP y concordantes), sin que le quepa aducir imprudencia -lo que convertiría su conducta en impune-, toda vez que, frente a una exigencia expresa del litigante, habría tenido ocasión -e, incluso, obligación- de vencer cualquier posible ignorancia inicial.

Supongamos, ahora, que, con la caución de nuevo en su poder, el demandante vencido deviene insolvente, con lo que las pretensiones de efectivo resarcimiento del demandado vencedor se verían abocadas al fracaso en sede de ejecución forzosa. Y eso después de pasar por un procedimiento declarativo ordinario en el que, en el mejor de los casos, se le dé la razón en su primera instancia.

Una posible solución que apunta MIRANDA VAZQUEZ sería la consignación judicial de la caución, por parte del árbitro, ante los tribunales estatales. Con base en el art. 1176 CC, y ante la convicción del árbitro de que no procede la restitución de la caución -porque es probable que pueda nacer la responsabilidad del demandante a la vista del carácter desestimatorio del laudo-, sencillamente deja al arbitrio de los órganos jurisdiccionales la decisión sobre el destino de aquélla. Cuanto menos, se habrá ganado un tiempo precioso, que el demandado vencedor debería aprovechar para solicitar ante los tribunales el embargo preventivo de esa caución⁴⁴³.

la tutela de los derechos del sujeto pasivo, pues se le obliga a soportar una medida cautelar sin la concurrencia de uno de los presupuestos que justifican la injerencia en su esfera jurídica»

⁴⁴³ Aunque no es una solución exente de grandes sombras, ya que no cuenta con el menor respaldo en la LAB, y que abona el terreno a diversos problemas prácticos en absoluto desdeñables (así, cabe preguntarse si, en un plano técnico-jurídico, el supuesto que nos ocupa tiene cabida en los casos - legales y doctrinales- de consignación judicial, si puede concebirse al árbitro como un deudor *stricto*

Centrándonos ahora en el tema que nos ocupa, es decir, las responsabilidades que podrían derivarse para el árbitro en relación con las medidas cautelares, podemos sistematizar los factores que afectan a la generación de las mismas:

- a. Decisión errónea en uno u otro sentido, que lleve aparejada la ocurrencia de perjuicios reales y efectivos para quien las solicitaba o se oponía a las mismas. Es decir, la responsabilidad se produce por acordarlas o por no acordarlas, dependiendo del caso concreto.
- b. Para tomar la decisión sobre las medidas cautelares, salvo que las partes hayan pactado algo expresamente al respecto o en el caso de un arbitraje administrado el reglamento de la institución arbitral lo regule, el árbitro debe acudir literalmente a la legislación aplicable al Juez predeterminado en materia de medidas cautelares, interpretada a tenor de la jurisprudencia más reciente⁴⁴⁴. Y debe aplicarla y razonar su aplicación.
- c. Fijación de una caución como contrapartida a la concesión de las medidas cautelares, en una cuantía proporcionada y lógica a tenor de la información que obre en poder del árbitro en ese momento procesal, especialmente si hay contradicción específica entre las partes al tratarse como un incidente del procedimiento arbitral.
- d. Deposito de la caución hasta el levantamiento de las medidas cautelares o la terminación del arbitraje, procediendo en ese momento a la devolución de la misma o a su consignación.

A nadie se le escapa que la materia de las medidas cautelares son aguas procelosas en materia de responsabilidad para los árbitros, ya que se ven obligados a tomar decisiones con impacto económico en los inicios del procedimiento, cuando lo máximo que pueden tener es un posible “*fumus boni iuris*”, que al llegar al momento de laudar puede haberse mutado por completo. Por lo tanto, nuestro primer consejo es que los árbitros animen a las partes a solicitar las medidas cautelares al Juez competente, haciendo uso de esa posibilidad prevista por la NLAB.

Sin embargo, si las mismas les son solicitadas, en aras de salvaguardar su responsabilidad, evidentemente si no concurre dolo, que es insalvable, nuestras sugerencias serían las siguientes:

- Tratar la solicitud de medidas cautelares como un incidente, que se inicia con un escrito de solicitud, que es contestado por quien se opone a las mismas y subsidiariamente pide caución y que se sustancia en una vista. Se resuelve por el árbitro por medio de un laudo interlocutorio.

sensu, y si ha de correr el árbitro con los gastos derivados de la promoción del procedimiento de jurisdicción voluntaria, entre otros).

⁴⁴⁴ Este es un ejemplo más de la importancia y necesidad que defendemos de que el árbitro sea un jurista, incluso en los arbitrajes de equidad, con el fin de garantizar que el arbitraje llegue a buen puerto, sin “contaminaciones formales”.

- El citado Laudo interlocutorio debe estar razonado y motivado y la decisión de conceder o no las medidas cautelares debe hacerse desde la óptica de la legislación que es de aplicación a los Jueces a este respecto. Con ello se evita en gran medida que se pueda tildar de negligente o arbitraria la decisión del árbitro. Esa misma lógica aplica a la determinación de la caución, que debe ser siempre exigida para preservar la igualdad de las partes.
- La caución, en el caso de arbitrajes administrados, debe quedar en poder de la institución arbitral permanente. Si fuera un arbitraje *ad hoc*, el árbitro debiera abrir una cuenta corriente exclusiva para el depósito y en el caso de que la parte que solicitó las medidas cautelares sea la que haya visto reconocidas sus peticiones en el laudo, habrá de proceder a la devolución de la caución inmediatamente después de laudar. En el caso de que el solicitante de las medidas cautelares haya sido la parte vencida y el árbitro sospeche una posible situación de insolvencia de la citada parte, habrá de esperar a recibir una comunicación formal de la misma, exigiendo la restitución de la caución, a lo que deberá proceder en los días siguientes.

Cumpliendo los puntos anteriores, a salvo de una intencionalidad dolosa del árbitro o de una negligencia grave de índole jurídica (p.e., conceder unas medidas cautelares cuyo contenido haya sido repudiado unánimemente por la jurisprudencia o que incluso sean *contra legem*), no se cumpliría el requisito de la intencionalidad en el grado suficiente para exigir responsabilidades para el árbitro.

3.2.4. Obligación de dictar, en tiempo oportuno, un laudo procedente, previendo que el mismo no contenga vicios que impidan que se convierta en firme y definitivo.

3.2.4.1 Reflexiones generales

Éste es el deber fundamental al servicio de cuyo buen cumplimiento y eficacia están todos los deberes que configuran la institución. Formalmente se puede cumplir dictando el laudo en el tiempo oportuno, y habiendo guardado todas las exigencias mínimas que la Ley manda. Pero esto no agota el cumplimiento del deber.

El laudo debe alcanzar aquella solución más oportuna, atendidas todas las circunstancias que incidan en la particularidad del caso concreto enjuiciado con extraordinaria ponderación de aquéllas, de las necesidades y situación de cada una de las partes, y conociendo la intimidad misma de sus reivindicaciones. Hay que buscar aquella excelencia de un resultado que sólo puede alcanzarse con la mayor proximidad a la realidad misma del caso y con la desaparición de barreras entre los árbitros, las partes y sus defensores a través de una gran y fecunda comunicación. Aunque ello sea idílico o ideal, no debe olvidarse que la filosofía

institucional del arbitraje tiende a aprovechar este mayor sosiego, comunicación, y flexibilidad para alcanzar un resultado oportunamente justo⁴⁴⁵.

En el Derecho Romano, como señala FERNANDEZ DE BUJAN, A.⁴⁴⁶, a quien citamos literalmente, “El árbitro compromisario romano decidía conforme a criterios de equidad, con una discrecionalidad y un libre arbitrio que lo distinguía del juez ordinario⁴⁴⁷, si bien no parece razonable pensar, con TALABMANCA y Wlassak, que la sentencia pudiera ser totalmente contraria al derecho objetivo⁴⁴⁸. Cabe señalar, sin embargo, que los textos no resultan del todo esclarecedores en esta materia⁴⁴⁹.

Lo que, en todo caso, parece claro que sí se puede afirmar es que el árbitro decidía con mayor libertad⁴⁵⁰ que la que se atribuía al juez ordinario, elegido por las partes o sorteado entre los componentes del álbum judicial, que tenía que atenerse al documento escrito, o fórmula, suministrado por el magistrado, incluso en aquellos supuestos que resultaban más próximos al arbitraje compromisario⁴⁵¹,

⁴⁴⁵ La sentencia del T.S. de 23 de marzo de 1950 dice de las resoluciones judiciales que ponen fin al juicio que: «En materia de interpretación de las normas legales es preciso partir de la literalidad de su texto, pero ha de tenerse en cuenta el valor del resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico».

⁴⁴⁶ Cfr. FERNANDEZ DE BUJAN A.: *Bases romanísticas*.....Op. cit.

⁴⁴⁷ Así en D. 4.8.17.3: «...no cabe un arbitraje en el que el árbitro no tenga libertad para dictar sentencia...». D. 4.8.19.pr.: «Opina Labeón que no atañe al pretor cómo sea la sentencia que dicte el árbitro, con tal que la dicte conforme a su criterio...». D. 46.6.12, donde a propósito de la responsabilidad del tutor se alude a la equidad del árbitro: «...nam aequitas arbitri atque officium boni viri videtur eam formam iuris desiderasse». Tradicionalmente se cita, en el ámbito de las fuentes literarias además de determinados textos de Plauto, así Assinaria 766, Poenulus 787, un pasaje de Séneca para poner de relieve el no sometimiento del árbitro al derecho objetivo, salvo acuerdo en contrario de las partes: De beneficiis, 3.7.5.

⁴⁴⁸ Así en TALABMANCA..., cit., pág. 28. Afirma asimismo este autor que, salvo disposición en contrario de las partes, establecida en el convenio arbitral, *compromissum*, el árbitro quedaría sujeto al derecho objetivo. En el mismo sentido, Wlassak, s.v. *arbitrium*, PWRE, 2, Stuttgart, 1914, págs. 413 y sigs.

⁴⁴⁹ Así en D. 4.8.27.2: «La sentencia dictada sobre la cuestión controvertida deberá aceptarse, tanto que sea justa como injusta...». D. 17.2.76: «...Hay dos tipos de árbitros, uno aquel cuya decisión debemos acatar, sea justa o injusta (como sucede cuando se acude a un árbitro compromisario)...», afirmaciones con las que se aludiría a la imposibilidad de apelar la sentencia arbitral, lo que por otra parte tenía lugar también con las sentencias de los jueces con anterioridad al procedimiento extraordinario, lo que viene confirmado, en el caso de los árbitros en C. J. 2.56.1: «Hemos afirmado, mediante rescriptos, de modo reiterado que no se pueden apelar las sentencias de los árbitros compromisarios...». Año 213. Emperador Antonino.

⁴⁵⁰ Los mismos términos de *arbiter*, *arbitrari*, *arbitratus*, *arbitrarius*, *arbitrium*, parecen aludir a una discrecionalidad y libertad de criterio que no sería propia de la actuación de los jueces, *iudices*, que estarían sometidos, en todo caso, al cumplimiento de unas normas de procedimiento que, salvo acuerdo explícito de las partes, no resultarían aplicables a la actuación arbitral.

⁴⁵¹ Vid., al respecto, en relación con los denominados juicios arbitrarios, SCHOENBAUER, «Von Wesen der "Iudicia Arbitaria"», en *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. II, Palermo, 1936, págs. 369-418.

en los que se reconocía al juez una mayor discrecionalidad en su decisión, así en las *actiones in bonum et aequum conceptae* y en las *actiones bonae fidei*⁴⁵².

Sin embargo, para de verdad entender el sentido y justificación de la decisión arbitral absoluta, es decir, del laudo, es preciso adentrarnos en las relaciones entre la Justicia y la Ley, volviendo a las auténticas fuentes, es decir, al Derecho Romano. Así, FERNANDEZ DE BUJAN, F.⁴⁵³ señala que “En el pensamiento griego, reformulado siglos más tarde por la doctrina escolástica medieval cristiana, la Justicia es una virtud. Puede entenderse por virtud la disposición habitual y firme de hacer el bien. La persona que dirige sus acciones de acuerdo con lo preceptuado en las virtudes, tiende hacia el bien

La Justicia forma junto con la prudencia, la fortaleza y la templanza, el conjunto cuatripartito de las denominadas virtudes cardinales. Se trata de virtudes humanas que tienen por objeto ordenar las conductas de los hombres para alcanzar una vida conforme a la moral. Son denominadas cardinales, en primer lugar, por ser las más importantes en su categoría, pudiéndose las demás virtudes humanas reconducirse, de alguna manera, a ella. Tiene, además, una denominación idéntica a los denominados puntos cardinales. La explicación es que presentar un sentido análogo. Así como los puntos cardinales sirven al hombre para situarse y orientar su camino en el mundo físico y geográfico, para saber dónde se encuentra y qué ruta debe seguir para alcanzar el lugar, punto o meta que pretenda. Por su parte, las virtudes cardinales tienen también, en un sentido más intangible pero no por ello menos real, un significado de utilidad para situar al individuo, ordenar su conducta y dirigir sus pasos en el camino de la vida, de forma que pueda, guiándose por ellas, andar rectamente ese sendero -otra vez presente de forma implícita esta concepción del derecho como sendero recto- y así llegar felizmente a su destino.

FERNANDEZ DE BUJAN, F.⁴⁵⁴ explica que “Cada una de las cuatro virtudes cardinales tiene en el actuar del hombre una función bien definida. Las cuatro son informantes del quehacer humano, respondiendo a distintos valores que tratar de inspirar el comportamiento cotidiano en el plano individual y social. La templanza

⁴⁵² Sobre la contraposición ciceroniana, Pro Roscio 4,10, entre el *iudicium*, en el que se reclamaría *pecunia certa*, y el *arbitrium*, en el que el objeto del litigio consistiría en la reclamación de un *incertum*, en cuya valoración y determinación debía tenerse en cuenta criterios de equidad, *quantum aequius et melius est dari*, vid. En Buigues..., cit., págs. 136 y sigs. Vid., asimismo, al respecto en Valiño, «Notas sobre *arbiter* y *iudex* en el proceso del "ordo"», en *Estudios en Homenaje a la Profesora Teresa Puente*, 2. Valencia, 1996, págs. 536 y sigs., quien opina que la distinción que hace Cicerón entre los *arbitria* y los *iudicia* se corresponde en los *arbitria* con los juicios de buena fe (además de a las acciones divisorias, que también derivan de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*) donde la flexibilidad procedimental puede recordar al arbitraje compromisario, mientras que los *iudicia* se identificarían con la categoría de los juicios que surgen de la interposición de una acción de derecho estricto.

⁴⁵³ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, FEDERICO y GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS. *Fundamentos clásicos de la democracia y la Administración*. Ediciones académicas 2010. Uned

⁴⁵⁴ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, FEDERICO y GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS. *Fundamentos*.....Op cit.

es la virtud que procura el equilibrio en el disfrute de los bienes materiales. La fortaleza proporciona al hombre la firmeza y la constancia necesaria en las adversidades. La Justicia es la firme voluntad de dar a cada uno lo suyo. Y la prudencia, por último, es la virtud que dispone a la razón práctica a discernir, en toda circunstancia o conflicto, qué se debe hacer y qué se debe evitar. Su finalidad es, pues, ser una virtud conductora⁴⁵⁵ de las otras tres.

La prudencia, indica que es lo justo que lo templado o qué es lo conforme a la fortaleza. El desorden en las virtudes puede ser por exceso por defecto. Es decir, la persona pueden alcanzar el equilibrio virtuoso bien porque no ponen los medios y te explico o bien por el contrario porque se sobrepasa en una u otra faceta. En ambos casos, cada vez que en el campo de cualquiera de estas tres virtudes el hombre no actúa prudentemente, provoca que su actuación por lo que se refiere a cualquiera de esas virtudes no alcance la finalidad deseable, por lo que su comportamiento no será virtuoso.”

FERNANDEZ DE BUJAN, F.⁴⁵⁶ recuerda que “se inicia el Digesto con el título I del Libro I que lleva por rúbrica “Sobre la Justicia y el Derecho”. El primer fragmento del Digesto es un texto de evidente finalidad didáctica, pues está tomado de una obra docente que se denomina la instituciones de Ulpiano, que afirma que “conviene que él que quiera dedicarse al derecho conozca primeramente de dónde deriva el término *ius*. Es llamado así por derivar de Justicia, pues como elegantemente define Celso, el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo”

Del tenor del texto parece deducirse que el jurisconsulto está diciendo que, primero es la *iustitia*, -la justicia- y después sería el *ius*, el Derecho. Resultaría, así, que *ius* fuese una abreviación o una contracción de *iustitia*. No debemos abordar aquí tan compleja cuestión, sólo baste considerar que en el orden lógico parece que el *ius*, lo es por ser justo y no aquella, la justicia, es tal por acomodarse o conformarse con lo establecido en el *ius*. Como FERNANDEZ DE BUJAN, F.⁴⁵⁷, “el rasgo esencial que define el *ius* es que se trata de un medio por el que se pretende alcanzar la justicia en las relaciones sociales entre los hombre.”

El citado texto de Ulpiano recoge una definición de Derecho que se debe a Celso⁴⁵⁸. Por ello, FERNANDEZ DE BUJAN, F.⁴⁵⁹, tratando de hacer una glosa de

⁴⁵⁵ En este sentido se encuadra la, figura alegórica del pensamiento griego, representada en tantas manifestaciones artísticas, en la que puede reconocerse un carro tirado por briosos caballos, en el que el auriga se sirve de las riendas para dar sus caballos razones precisas a los efectos de la ruta adecuada y además lo hagan al ritmo conveniente en cada momento. Lógicamente, la prudencia es el auriga.

⁴⁵⁶ GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS y FERNANDEZ DE BUJAN, FEDERICO. Fundamentos clásicos....Op cit.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

⁴⁵⁸ No ha sido frecuente entre los juristas ofrecer definiciones de los conceptos o de las instituciones que fueron objeto de su atención y tratamiento. A las cautelas y riesgos que pueden derivarse de las definiciones el derecho, se refiere un jurista romano del siglo primero después de Cristo, Javoleno,

las diferentes definiciones, dicen que “el derecho que es arte, es también ciencia y es, asimismo, práctica. En suma, me atrevo a definir el derecho como ciencia que, aplicada a la práctica, persigue discernir lo que es justo y que, en la búsqueda de lo que es bueno, reviste cánones de arte.”

En la de la tarea de discernir lo justo y lo injusto se centra la labor del jurista que, por ser tal es llamado prudente o jurisprudente. Si dijimos que la prudencia es la virtud que posibilita a la razón práctica discernir lo que se debe hacer de lo que se debe evitar, es evidente que cuando esta virtud se aplica al derecho, al *ius*, surge la *iurisprudencia*, que tiene por objeto discernir lo justo de lo injusto. Como dice Ulpiano, “La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y lo injusto”.

Explica FERNANDEZ DE BUJAN, F.⁴⁶⁰ que “habiendo definido los griegos la justicia como la virtud por la cual se debe dar a cada uno lo suyo, el genio jurídico romano transforma esta noción abstracta, realizando una concreción, material y práctica, acorde con su espíritu pragmático y no especulativo. En este sentido, un texto tomado del mismo libro de Ulpiano define la justicia diciendo que es justicia la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho. Queda así reconducida la Justicia abstracta griega, -que resultaba inconcreta pues al decir dar a cada uno lo suyo no se sabía de modo práctico que era en cada caso lo suyo-, al concreto campo del Derecho, pues, lo suyo se transforma en *su derecho* entendido como derecho subjetivo, es decir, el derecho como facultad reconocida por el Derecho como normas de obligado cumplimiento. Se puede así, en el pensamiento de los juristas romanos, materializar, en cada caso concreto que se somete a su actividad dictaminadora, saber qué es lo suyo, entendiendo que será lo que, en cada circunstancia, establezca el Derecho.”

En este sentido, GARCIA GARRIDO⁴⁶¹ señala que “En definitiva, de este contraste de opiniones podemos deducir que si bien es innegable una influencia filosófica griega en toda la vida intelectual y cultural de la República romana, que indirectamente pudo intuir en cierto sentido de los juristas, no puede admitirse en manera alguna un decisivo influjo sobre el método y la técnica jurisprudencial, típicamente romanos.”

Llegados a este punto, es imprescindible una aproximación al concepto de Derecho y, como siempre, será necesario acudir al mismo origen histórico, al mismo acervo común, es decir, al Derecho Romano, casuístico y compilado, para comprender tanto el llamado sistema de *common law*, como el denominado

que en un celebré texto afirma: “En Derecho toda definición es peligrosa, pues es difícil que no tenga que ser alterada”.

⁴⁵⁹ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, FEDERICO y GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS. *Fundamentos clásicos....Op cit.*

⁴⁶⁰ *Ibidem.*

⁴⁶¹ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *La autonomía de la jurisprudencia romana frente el pensamiento filosófico griego.* Estudios homenaje al profesor Juan Iglesias. Madrid 1988. páginas 1021 a 1039.

derecho continental con base en la tradición napoleónica que elabora desde bases romanísticas el primer Código Civil, que es el Code Civil francés. Como señala FERNANDEZ DE BUJAN, F.⁴⁶², “el sistema anglosajón se sirve del derecho práctico, problemático y casuístico, emanado del modelo jurisprudencial romano-clásico, en el que no existen normas propiamente dichas para resolver los conflictos, mientras que el sistema codificador entroncaría con el Derecho Romano recogido en la compilación justiniana en el que se parte de un derecho ya legislado para aplicarlo en los Tribunales, a la hora de ofrecer la sentencia o fallo judicial que pone fin y da respuesta a un litigio o controversia jurídica . A mi juicio, las notas más características que conforman el Derecho objetivo son las siguientes: En primer lugar, se trata de un conjunto orgánico, sistemático y concatenado que trata de evitar la antinomia entre las normas de que se compone; en segundo lugar, dichas normas tienen por objeto la regulación de la vida social del hombre; en tercer lugar, estas normas sociales deben formularse con arreglo a unos valores y principios que serán referentes para la correcta organización de la sociedad; por último, dichas normas son imperativas, entendiendo que son coercitivas o de obligado cumplimiento.”

En conclusión, en el Derecho Romano, el árbitro, en su obligada búsqueda de la Justicia, de dar a cada uno lo suyo, debía ser capaz de mantener el equilibrio entre la Justicia y el respecto al Derecho objetivo.

Retornando a nuestros tiempos, decir que el árbitro, obviamente, debe cuidar el deber formal de dictar el laudo dentro del plazo oportuno. Ello permite que el árbitro, antes de aceptar, como anteriormente señalábamos, exija una modificación del plazo para que tenga el tiempo que en razón de la complejidad juzgue suficiente. Excusado es decir que dejarse pasar el plazo sin dictar el laudo es poner en peligro la finalidad perseguida, con la posibilidad de que las partes ejerzan contra el árbitro aquellas acciones de resarcimiento a que se refería el art. 16 LAB, y ahora el 21 NLAB.

La trascendencia e importancia de “laudar bien” queda patente en el hecho de que el laudo arbitral tan solo admita un revisión de sus aspectos formales desde la jurisdicción estática y que despliegue los efectos de cosa juzgada, tal y como nos recuerda la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 288/1993 (Sala Primera), de 4 octubre, que señala que **“La inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales regulados en la Ley 36/1998. En este sentido su art. 37 establece con absoluta claridad que «el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Contra el mismo sólo cabrá el recurso de revisión, conforme a lo establecido en la legislación procesal para las Sentencias judiciales firmes». Ello es conforme con la naturaleza del arbitraje, que es [STC 62/1991 (RTC 1991\62)] «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada».**

⁴⁶² Ibídem.

Ahora bien, la ley prevé unos mecanismos específicos de revisión judicial de los laudos arbitrales, de forma que, como afirma el Ministerio Fiscal, sólo podrán ser anulados en los casos expresamente previstos en el art. 45 cuando el recurso es presentado en el plazo preclusivo regulado en el art. 46. En consecuencia, **hay que concluir que cuando este efecto se produce por causa distinta a las taxativamente previstas o en virtud de recurso presentado fuera de plazo se está desconociendo el efecto de cosa juzgada que la Ley les otorga, vulnerando el principio de inmodificabilidad de las decisiones judiciales firmes que les es de aplicación, y, en última instancia, desconociendo la tutela judicial efectiva del beneficiado por él.**

Este carácter restrictivo en relación a la revisión del laudo continúa en la citada sentencia cuando en la misma leemos que “El órgano judicial, tras admitir expresamente la caducidad de la acción de nulidad del laudo y conceder eficacia impeditiva a esa caducidad a determinados efectos, sin embargo resuelve anularlo en virtud de una interpretación combinada de los arts. 45 y 46 de Ley, según la cual en los supuestos de nulidad total de los laudos no juega el plazo procesal de diez días, sino que puede ser pretendida sin ningún tipo de límites temporales a la acción.

Es cierto que, con carácter general, la apreciación de la caducidad procesal es una cuestión de mera legalidad que, en cuanto tal, corresponde resolver a los órganos judiciales [entre otras, STC 115/1990 (RTC 1990\115)], pero también lo es que la respuesta que se obtenga ha de ser, por exigencia del art. 24 de la CE, razonada, motivada y estar fundada en Derecho, y desde este punto de vista hay que concluir que ni en la Ley 36/1988 ni en el art. 240 de la LOPJ existe base legal alguna para entender que el plazo del recurso no rige cuando se trata de una «nulidad total» y que esta pretensión carece de plazo para su ejercicio, por lo que la decisión judicial admitiendo el recurso carece de toda fundamentación jurídica, así como hay que considerar contradictorio y carente de racionalidad el otorgar efectos anulatorios a una acción que se declara expresamente caducada por extemporánea.

En definitiva se está ante una decisión judicial que admite un recurso extemporáneo y modifica un laudo arbitral que había adquirido firmeza mediante una interpretación de las causas y plazos de interposición del recurso de anulación que vulnera el art. 24 de la CE, por lo que no queda sino declarar su nulidad, así como la firmeza y efectos de cosa juzgada del laudo arbitral origen de este recurso.”

También nos habla de los efectos de cosa juzgada del laudo, distinguiéndolos claramente de la incompetencia de jurisdicción, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 833/1997 (Sala de lo Civil), de 4 octubre, de la que fue ponente MORALES MORALES, matizando que los mismos se producen cuando deviene firme. Así, leemos: “...**el laudo arbitral no es ejecutable mientras el mismo no sea firme (al igual que ocurre con toda sentencia), no siendo ni siquiera susceptible de ejecución provisional, según se deduce claramente de lo preceptuado en el artículo 50 de la Ley de Arbitraje de 5 diciembre 1988, una interpretación lógica y racional, que la sentencia aquí recurrida ni siquiera ha intentado hacer, de la**

litigiosa estipulación del Convenio arbitral (que ha sido literalmente transcrita en el apartado 1.º del Fundamento jurídico anterior de esta resolución) hace llegar a la incuestionable conclusión de que la cláusula penal pactada en la referida estipulación no podía desenvolver su eficacia sancionadora hasta que el laudo arbitral adquiriera firmeza en el sentido de que si, dentro de los quince días naturales siguientes a tal firmeza, el deudor no pagaba la cantidad principal fijada en el laudo (ya firme), vendría también obligado a pagar las demás cantidades concretadas en dicha cláusula penal (el interés de demora del 18% anual hasta el total pago y dos millones de pesetas en concepto de daños y perjuicios). Como el que resultaba deudor según el laudo arbitral (don Juan U. O.) interpuso recurso de anulación contra dicho laudo, éste no adquirió firmeza hasta que el referido recurso fue desestimado por Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao, de fecha 5 febrero 1992, y como el aludido deudor pagó la cantidad principal fijada en el laudo (ya firme) dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de tal firmeza (concretamente el día 20 de febrero de 1992), es evidente que no se produjo el supuesto determinante de la virtualidad sancionadora de la repetida cláusula penal..... **La incompetencia de jurisdicción existe cuando hallándose imprejuzgada (no resuelta por nadie) una determinada cuestión litigiosa, la parte interesada acude a una jurisdicción para que la resuelva y ésta entiende que ella no es la competente para ello, sino que la competencia para la resolución de dicha cuestión corresponde a otra jurisdicción, en cuyo favor se abstiene aquélla de conocer del asunto. En cambio cuando habiendo sido ya resuelta por sentencia firme una determinada cuestión litigiosa, una de las partes vuelve a plantear esa misma cuestión ante otro órgano jurisdiccional (aunque sea de distinta jurisdicción), lo que éste ha de apreciar no es la excepción de incompetencia de jurisdicción (que ya es totalmente improcedente), sino la de cosa juzgada (supuesta, como es obvio, la concurrencia de las tres identidades -de personas, cosas, y acciones- que para ella se exigen). Lo que acaba de decirse es igualmente aplicable al supuesto del arbitraje. Si teniendo las partes estipulado un convenio arbitral, en virtud del cual se comprometen a someter una determinada cuestión litigiosa a la decisión de uno o más árbitros (artículo 1.º de la Ley de Arbitraje de 5 diciembre 1988), una de dichas partes plantea ante un órgano jurisdiccional esa misma cuestión litigiosa (no resuelta todavía, como es obvio, por los árbitros a los que se han sometido), es evidente que entonces existe la **excepción de incompetencia de jurisdicción, que es a la que se refiere expresamente el artículo 11.1 de la citada Ley de Arbitraje** y que impide al órgano jurisdiccional conocer de dicha cuestión. En cambio, si la expresada cuestión ya ha sido resuelta por los árbitros mediante el oportuno laudo arbitral firme y, después de ello, una de las partes vuelve a someter esa misma cuestión, a través de un proceso, a la resolución de un órgano jurisdiccional, lo que éste ha de apreciar, en su momento, no es la **excepción de incompetencia de jurisdicción** (que ya quedó periclitada), sino la **de cosa juzgada** (supuesta, como es obvio, volvemos a decir, la concurrencia de las tres identidades que para ella se exigen), ya que, según el artículo 37 de la repetida Ley de Arbitraje, el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada.**

Como el arbitraje al que se refiere este proceso ya estaba resuelto por laudo arbitral firme y como, por otro lado, el Juez de primera instancia (en la comparecencia del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) rechazó dar trámite a la reconvencción, según antes se ha dicho, con base en la excepción de incompetencia de jurisdicción (que es lo que, en definitiva, confirma la sentencia aquí recurrida), resulta evidente, con base en lo anteriormente razonado, que la estimación de dicha excepción era totalmente improcedente, por la razón, que acaba de decirse, de que los árbitros ya habían dictado laudo arbitral firme.

Aunque todo lo anteriormente dicho es suficiente para la estimación de los dos motivos aquí examinados, no hay inconveniente en agregar que si lo estimado en aquel momento procesal (comparecencia del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y luego confirmado por la sentencia aquí recurrida, hubiera sido, que no lo fue, la **excepción de cosa juzgada, la estimación de la misma también hubiera sido improcedente, porque ni siquiera se dice si concurren o no en el presente supuesto las tres identidades («eadem personae, eadem res, eadem causa petendí»)** que condicionan inexcusablemente la viabilidad de la excepción de cosa juzgada, aparte de que dicha excepción no es apreciable en tan prematuro momento, sino que ha de tramitarse todo el proceso para poder determinar si, tras la valoración de toda la prueba practicada en el mismo, concurren o no las referidas identidades y, en consecuencia, ha de resolverse la repetida excepción en la sentencia que se dicte, conforme preceptúa el artículo 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a lo que ha de agregarse, finalmente, que si una de la finalidades institucionales de la comparecencia que regulan los artículos 691 a 693 de la citada Ley es la de subsanar, en dicho momento, los defectos procesales subsanables, en evitación de que, por falta de dicha subsanación después de haberse tramitado todo el proceso, haya de dictarse una sentencia absolutoria en la instancia, dejando imprejuzgada la acción, con la consiguiente necesidad de volver a ejercitar la misma en un nuevo proceso, el referido peligro no existe en cuanto a la excepción de cosa juzgada, pues una vez estimada ésta en la sentencia, el asunto queda definitivamente resuelto..”

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 809/1995 (Sala de lo Civil), de 28 julio, de la que también fue ponente MORALES MORALES, dice en el mismo sentido que “...Resulta impensable un juicio seguido para interpretar el contenido de una sentencia judicial firme la cual, en su caso y a instancia de parte, podrá ejecutarse y en su ejecución podrá discutirse mediante los incidentes regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil las cuestiones difíciles, oscuras o en que no haya acuerdo entre las partes; **análogamente y por disposición de Ley, al operar el laudo arbitral con eficacia de cosa juzgada no es susceptible de nuevo juicio entre las mismas partes tendente a su interpretación, vedándose toda intervención judicial que no sea la exclusivamente ejecutiva, conforme dispone los artículos 53 y ss. de la Ley de Arbitraje**”; y puntualiza que la única interpretación posible del contenido del laudo arbitral, y de su posible aclaración, será la que deba hacer el juez encargado de su ejecución, al leer en la citada sentencia que “...olvidan los recurrentes que **los laudos arbitrales firmes sólo son susceptibles de**

ejecución judicial por los trámites del procedimiento de ejecución de sentencias, tanto si se tiene en cuenta lo preceptuado en el artículo 31 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, de 22 diciembre 1953, que es la aquí aplicable, como si se atiende a lo establecido en los artículos 52 y 53 de la vigente Ley de Arbitraje de 5 diciembre 1988 que, por las razones cronológicas ya dichas, carece de aplicación a este supuesto, **dentro de cuyo procedimiento ejecutorio podrán plantearse todos los incidentes que legalmente sean procedentes hasta alcanzar la verdadera intelección de lo resuelto por el árbitro en el laudo arbitral firme que se trata de ejecutar, pero lo que en ningún caso puede ser procesalmente permisible es que trate de plantearse, a través de un procedimiento declarativo ordinario, la cuestión, verdaderamente insólita, atinente a la interpretación del repetido laudo**, pues ello equivale, real y prácticamente, aunque por esa vía indirecta, a plantear de nuevo ante el órgano jurisdiccional, con evidente infracción del principio de la santidad de la cosa juzgada, la misma cuestión litigiosa que ya había sido resuelta por el expresado laudo arbitral firme, al que libre y voluntariamente se habían sometido las partes;

c) Según se desprende de lo antes razonado, la sentencia aquí recurrida ha resuelto correctamente la cuestión planteada en la demanda principal (que es a la que se refiere este motivo), con lo que ha prestado debido acatamiento al principio de tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24.1 de la Constitución y reitera el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que son los preceptos que los recurrentes invocan como supuestamente infringidos, por inaplicación, según dicen, además del artículo 37 de la Ley de Arbitraje de 5 diciembre 1988, por aplicación indebida), cuya tutela efectiva, correctamente entendida, también se presta por el órgano jurisdiccional cuando, con la adecuada y suficiente motivación jurídica, desestima lo pedido en la demanda principal, como aquí ha ocurrido..... **carece del más mínimo sentido jurídico** (y, por ello, es totalmente rechazable) **el promover un juicio declarativo ordinario** (al que se refiere el presente recurso) **para que el órgano jurisdiccional interprete el sentido de un laudo arbitral, ya que éste, una vez que es firme, solamente es susceptible de ser ejecutado judicialmente** por los trámites del procedimiento de ejecución de sentencia, y, por tanto no permite que se vuelva a debatir y resolver, a través de un juicio declarativo ordinario, la misma cuestión que ya quedó resuelta por el referido laudo arbitral firme, que produce efectos idénticos a la cosa juzgada.”

Es importante reseñar, asimismo, que el laudo firme debe ser cumplido en su integridad, como establece la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 100/1994 (Sala de lo Civil), de 15 febrero al señalar que “...lo que patentiza hasta la saciedad la **obligación contraída por la parte actora que no puede, consecuentemente, beneficiarse de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 julio 1960 consintiendo y ejecutando sólo en parte el Laudo Arbitral y rechazarlo en lo que no le beneficie el resto de sus pronunciamientos, pues el Laudo como toda decisión de esta índole es unívoca e integral**, por lo que ha lugar a la estimación del motivo, lo que implica también la del segundo motivo, dedicado a la exposición del enriquecimiento injusto que la adopción de postura y pronunciamiento contrario engendraría en el

conflicto de intereses que aquí se contempla, por cuanto deviene copropietario de nuevos elementos comunes de los que obviamente se beneficia.” Esa misma afirmación la encontramos en la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 4 febrero 1992, que señala que “...por falta de los datos pertinentes e imprescindibles no pudieron determinarse según textualmente se expuso en el precedente **Fundamento Jurídico es patente e inexcusable que no se puede ejecutar un Laudo incompleto, máxime cuando atañe a su fin causalista habida cuenta de que el Laudo ha de entenderse, como las sentencias, como un conjunto armónico, cuya defección puede vulnerar el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.** Pero es que, además teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 31 de la Ley de Arbitraje Privado de 1953 ya invocada y en el art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil **no había ni hay términos hábiles para despachar un embargo, embrión de la futura vía de apremio, sin una declaración concreta de deuda, ni de quién es el acreedor para poder evacuar tal diligencia de garantía ejecutiva** por lo que el motivo, como se ha dicho prospera, como también ha de prosperar el segundo motivo por cuanto acusando la violación del art. 923 de la Ley Procesal Civil, es evidente que existe la misma «ratio legis» por cuanto **no hay en el Laudo incompleto, la menor declaración de ninguna obligación de hacer o no hacer, ni de entregar alguna cosa o cantidad ilíquida, por lo que no es pertinente la ejecución del mismo que se llevó a cabo a instancia del constructor señor G. demandado en el procedimiento a que se contrae el presente recurso.**”

El Auto del Tribunal Constitucional núm. 259/1993 (Sala Primera , Sección 1ª), de 20 julio, por su parte, dice que “...En fin, los demás reproches al contenido del laudo, en los extremos concernientes a la responsabilidad y a los intereses indemnizatorios, han sido vistos desde la perspectiva correcta por la Audiencia Provincial, en cuya Sentencia se explica que la **intervención jurisdiccional al respecto es «únicamente control de las garantías formales, sin que pueda ser objeto de revisión judicial, en principio, la adecuación jurídica del laudo a la normativa vigente»**, a lo cual se añade más adelante: «nos encontramos ante un arbitraje de equidad que, por tanto, no ha de fundarse en Derecho, siendo el único límite de la actuación arbitral el Auto de formalización del arbitraje, que fija aquellos extremos sobre los que se ha de pronunciar, pero no el contrato inicial suscrito entre las partes que constituye e integra únicamente un elemento más a tener en cuenta en la decisión arbitral». Nada cabe añadir aquí y ahora al impecable planteamiento de la Audiencia, que pone de manifiesto por sí mismo la existencia de una motivación completa y muy bien trabada, como sólido soporte de la decisión, cumpliendo así holgadamente el mandato contenido en el art. 120 de la Constitución.”

Aún más explícita en lo relativo a la naturaleza del recurso de anulación del laudo arbitral y a su relación con el recurso de amparo constitucional es la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 43/1988 (Sala Segunda), de 16 marzo, en la que leemos que “...como ya es doctrina reiterada, **el recurso de amparo sólo es admisible ante la existencia real y concreta de esas vulneraciones, y en todo caso no causadas o consecuencia de los términos en los que las partes hubieran planteado el recurso de nulidad, sino derivadas del contenido y**

alcance de la propia Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 1986, resolutoria de la impugnación del laudo, es decir, cuando ya no existía ulterior trámite ni cauce procesal que permitiera a la recurrente someter a la consideración del órgano judicial aquellas vulneraciones para que, en su caso, las pudiera subsanar antes de acudir a esta vía subsidiaria del amparo.”

Continua la citada sentencia señalando “.....Pero la posibilidad del recurso no transfiere al Tribunal revisor (Tribunal Supremo), ni le atribuye, la jurisdicción de equidad, no sólo la originaria, exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad en sí mismo. No es juez del juicio de equidad, porque iría contra la misma esencia de ese juicio: personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal «saber y entender» del árbitro. **La revisión que opera el recurso de nulidad es, como ya dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1986 (RJ 1986\5785), un juicio externo.** El Tribunal Supremo es sólo juez de la forma del juicio o de sus mínimas garantías formales (artículo 1733 L. E. C., citado); no se pronuncia sobre el fondo. Deniega el recurso o bien, como en el recurso por quebrantamiento de forma, se limita a anular la Sentencia que infrinja los supuestos legales de su conformación y plasmación, pero no su decisión sustancial, dejando sin efecto el laudo (art. 1735 L. E. C.) o bien haciéndolo sólo en parte (1736), y con remisión a los interesados al procedimiento adecuado. No es, pues, la del Tribunal Supremo, una Sentencia rescisoria, sino rescindente, total o parcial. Así lo ha entendido siempre ese Tribunal y esa ha sido su jurisprudencia constante, que la recurrente cita con profusión. El Tribunal Supremo se limita a resolver y a dejar sin efecto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin corregir sus deficiencias u omisiones y sin posibilidad de discutir el mayor o menor fundamento de lo resuelto -por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1987 (RJ 1987\4292)-.

En este sentido se hace necesario afirmar que la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma urgente de la L. E. C., que modificó el art. 30 de la Ley de Arbitraje de 1953 y los arts. 1729 a 1736 de la Ley procesal, no ha alterado en modo alguno el sistema descrito ni, por ello, ha afectado a la función de la Sala Primera del Tribunal Supremo en lo que se refiere a la resolución del recurso de nulidad por haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión. pese a la redacción defectuosa del art. 1736 nuevo de la L. E. C. («Si el recurso fuere estimado sólo por haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión, o por haber omitido puntos que debieron resolverse, la Sala sentenciadora se pronunciará únicamente sobre los puntos en que consista el exceso o la omisión, también con libertad de criterio en cuanto a las costas del recurso»), **Es evidente que la interpretación y aplicación que a tal precepto pudiera darse no puede variar y menos suprimir el orden jurisdiccional establecido y, dentro de él, alterar la competencia concreta de los órganos judiciales o, en el caso, extrajudiciales. Es decir, que su referencia a la libertad de criterio lo es a la atribución de las costas, mas no al fondo del laudo, porque ello supondría transferir a Jueces de derecho facultades no atribuidas ni por la Ley ni por los contratantes que designaron a los árbitros, dirigidas a la solución del conflicto por vía de equidad y no por los postulados estrictos del Derecho.”**

Asimismo, la sentencia de referencia prohíbe expresamente al órgano jurisdiccional que conozca de la acción de impugnación del laudo, aunque anule parcial o completamente el mismo, resolver sobre su fondo, al señalar que *“.....lo que ya implica una sustantividad cuya decisión por el Tribunal Supremo se sustrae al proceso arbitral. Esto último es, en definitiva, lo determinante y el criterio orientador para la resolución del recurso, no sólo por la imprecisa o dudosa relación de los puntos, lo que reafirmaría la competencia de los árbitros para su decisión, sino porque, sea por la vía del libre arbitrio -facultad ajena a la jurisdicción revisora del Tribunal Supremo en el caso- sea por la de la aplicación del Derecho, sustantivo y procesal, **el resultado de la Sentencia que se impugna es el de haber establecido una condena al pago de esperas y/o demoras conforme a la póliza del fletamento en un procedimiento inadecuado, sin alegaciones pertinentes de las partes, con violación, por tanto, de los principios de audiencia y contradicción integrados en el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 de la C. E., sin perjuicio, aunque ello va implícito en la infracción constitucional aludida, de la extralimitación jurisdiccional desde la perspectiva de la indebida atribución arbitral de fondo y de la exclusión del Juez predeterminado por la Ley y el convenio de las partes.**”*

Señalar que todas las referencias que las anteriores resoluciones del Tribunal Constitucional hacen a la LAB son directa e íntegramente aplicables a la NLAB, mientras que las efectuadas a la Ley del 53 deben ser matizadas en cuanto que el Tribunal Supremo ha sido sustituido por las Audiencias Provinciales - y posteriormente por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas- y a que las costas arbitrales forman parte de fondo del laudo.

Reseñar igualmente que, tal y como expone la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 223/2001 (Sala de lo Civil), de 13 marzo, de la que fue ponente GARCIA VARELAB, que no debemos confundir un laudo arbitral que resuelve el procedimiento ajustándose a la NLAB con un laudo que recoge simplemente un acuerdo o transacción de las partes, sin ajustarse a la NLAB, y que por tanto no es considerado como un laudo a los efectos de la citada Ley. Así, la sentencia de referencia señala que *“...la sentencia de instancia apoya su fallo en el valor atribuido al laudo que sirve de causa de pedir de la demanda, pero como a la vez manifiesta que no está sujeto a la Ley de Arbitraje, ni puede ser ejecutado judicialmente, incide en un supuesto de ausencia de razonamiento jurídico; y otro, por no aplicación de los artículos 24 de la Constitución, en relación con los artículos 6.3 del Código Civil y 21.1 y 45.2 de la Ley de Arbitraje, 14 de la Constitución y la doctrina dictada por las sentencias del Tribunal Constitucional números 161/1989 (RTC 1989, 161) y 82/1990 (RTC 1990, 82) y artículo 233 de las «Condiciones del Contrato Barcelona», puesto que, según reprocha, la condena de la sentencia de la Audiencia se basa en el laudo y el fallo no es otra cosa que la condena a las cantidades cuyas bases fueron fijadas en dicha decisión arbitral y, al carecer ésta de efectos, no tiene validez cualquier cálculo basado en la misma- se examinan conjuntamente, por su unidad de planteamiento, y se desestiman porque **la resolución de la Audiencia configura correctamente el laudo realizado en un arbitraje informal como título o causa***

de pedir en una acción declarativa con seguimiento de las previsiones del artículo 3.2 de la Ley de Arbitraje, según el cual «cuando en forma distinta de la prevista en la Ley dos o más personas, pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato»

Queremos terminar esta reflexión citando la Sentencia nº. 50/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 14 de Julio de 2014, que define perfectamente la acción de impugnación del laudo en el marco de la NLAB:

“La acción de nulidad del laudo, viene caracterizada, por ser:

(A) Una acción autónoma de carácter garantizadora y excepcional que se dirige a atacar la eficacia de la cosa juzgada que se otorga a la decisión arbitral, de conformidad con los artos. 40 y 43 LAB, sin que resulte posible, tras la anulación, dictar nueva resolución sustitutiva del laudo.

La acción de anulación es una acción autónoma de naturaleza rescisoria. El laudo dictado por los árbitros es firme, es decir, no cabe recurso alguno. Tampoco puede equiparse la acción de anulación con un recurso. Desde el momento que el laudo se dicta produce cosa juzgada, es invariable y tiene los atributos de una sentencia firme, lo cual no implica, sino todo lo contrario, que dicha firmeza y ejecutividad del laudo sea compatible con la posibilidad de una revisión jurisdiccional por motivos tasados.

“... la acción de anulación dirigida frente al laudo que decide la controversia disfruta de una autonomía tal que solo puede englobarse en la categoría de medios de impugnación en sentido amplio. Es decir, entre aquéllos instrumentos jurídicos puestos a disposición de las partes con la finalidad de combatir los efectos de cosa juzgada que se anudan a la firmeza de la resolución impugnada. Con ese propósito general y el específico relativo a cuestionar la validez del laudo, es natural que su previsión se haga en términos de excepción y no de regla.” SSTJC Valencia 2/2012, de 24 de enero y 4/2012, de 21 de febrero.

Y la consecuencia de la anulación, caso de declararse, se circunscribe a dejar sin efecto el laudo -en todo o en parte-, pero sin que el Tribunal se halle facultado para resolver el asunto dictando una nueva resolución que sustituya al laudo (STSJ Castilla-La Mancha 1/2013, de 4 de marzo). Tampoco puede dar instrucciones o indicaciones de qué deben hacer tras la anulación, lo que lo diferencia esencialmente la acción de anulación de un recurso de apelación que, en derecho comparado y en algún país, resulta posible.

...../.....

(D) Por ello, no siendo la acción de anulación, en puridad técnica, un recurso, no se permite entrar a valorar la apreciación de la prueba ni la corrección en la aplicación de la Ley, siendo su objeto la validez del laudo examinada desde un punto excepcional limitada a los motivos del art. 41 LAB.

Téngase presente que la acción de anulación no permite una nueva valoración de la prueba, ni analizar la corrección en la aplicación de la Ley realizada por los árbitros, en el análisis de la cuestión de fondo, como regla general, o en la interpretación de los pactos contractuales. Su contenido no es comparable a una segunda instancia revisora, siendo el objeto de la acción de anulación la validez del laudo dictado siempre en concordancia con los motivos tasados del art. 41 LAB, y no respecto a la "justicia" de la controversia de fondo que el laudo resuelve.

Por tanto, debe limitarse a un análisis externo del laudo, que debe centrarse en estos extremos: (1) validez y eficacia del convenio arbitral; (2) integridad del procedimiento (proceso justo); y (3) análisis de la arbitrabilidad y del orden público. Así lo sostenemos en SSTSJ Cataluña 15/2013, de 25 de febrero y 46/2011, de 24 de octubre, conforme lo declarado en el ATS 21 de febrero de 2006 (rec. 1221-2005)

*" (resulta) por lo tanto, (de) la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y en favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad -entendida en términos de disponibilidad, como precisa la Exposición de Motivos de la LAB 2003 - de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje.**Esta mínima intervención jurisdiccional no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del arbitraje y su desarrollo. ...**"*

Y en la STSJ Cataluña 33/2013, de 29 de abril:

*" ... la previsión anulatoria contenida en los arts. 40 y ss. LAB constituye un mecanismo excepcional de rescisión de la cosa juzgada del Laudo arbitral, por lo que el legislador, con una concepción claramente restrictiva -de la misma forma que establece en el art. 510 LEC para la revisión de las sentencias judiciales firmes-, sólo ha previsto **una serie limitada de supuestos anulatorios (art. 41 LAB), que deben ponerse de manifiesto mediante un procedimiento judicial cuya finalidad no es analizar la corrección de los criterios utilizados por el Árbitro para resolver el conflicto, sino tan solo revisar la eventual concurrencia de las contravenciones graves del contrato de arbitraje y de los errores in procedendo que, en detrimento de las garantías procesales, se hubieran podido producir en el procedimiento arbitral.***

O como expresaba reiterada y añeja jurisprudencia del TS: "... las estimaciones de las partes relativas a la justicia del laudo, a las deficiencias del fallo o al modo más o menos acertado de resolver la cuestión, no pueden servir de base al recurso de nulidad (SSTS -S. 1ª-. de 11 junio 1907, 17 diciembre 1909 y 16 febrero 1982, entre otras)"

Lógicamente, la acción de anulación, aunque guarda ciertas similitudes conceptuales con la regulación existente en el Derecho Romano, es uno de los puntos que más –y mejor- ha evolucionado en el ámbito del arbitraje. De este modo, citando literalmente a FERNANDEZ DE BUJAN, A., vemos que “Los

aspectos relativos a la anulación, ejecución y cosa juzgada en materia de arbitraje plantean la cuestión, oscilante en su evolución histórica, de la atribución o no a las decisiones de los árbitros de una eficacia igual a la atribuida a los órganos ordinarios de la jurisdicción, en atención a que en el arbitraje, al igual que en el juicio ordinario, existen contendientes que someten el objeto de la controversia a la decisión de un juez árbitro, que no actúa en nombre ni por cuenta de los litigantes, sino en nombre propio y en interés de la justicia, y que debe dictar la sentencia conforme a los hechos alegados y probados, *iusta alligata et probata*⁴⁶³.”

Continúa señalando FERNANDEZ DE BUJAN, A. que “La sentencia arbitral era, en línea de principio, inapelable en Derecho romano. Así, se afirma en D. 4.8.27.2, Ulp. 13 ed.: «La sentencia que el árbitro dictó sobre la cuestión debe cumplirse, tanto si es justa como si es injusta... Y soportarse, con buen ánimo, aún la menos aceptable...», y en C. J. 2.56: «De la aceptación de los árbitros»: «Con frecuencia se respondió por rescripto que no se puede apelar la sentencia del árbitro, al que se acudió en virtud de compromiso legalmente formalizado, así como que la sentencia arbitral no produce efectos de cosa juzgada, por lo que se promete por ambas partes una pena, a fin de que por miedo a ella no se separe ninguna de lo convenido» (a. 213).

En relación con la anulación de la sentencia arbitral en Derecho romano, cabe señalar los siguientes textos:

a) Si se lograba probar que el árbitro había actuado de mala fe resultaba lícito la revocación de la sentencia arbitral por parte del Magistrado. Así se afirma en D. 4.8.32.14: «...El emperador Antonio Caracala, al ser consultado por un juez ante el que se pedía la imposición de la pena por incumplimiento de la sentencia arbitral, respondió mediante rescripto que aún cuando no puede apelarse la sentencia de un árbitro, podía oponerse a la petición de la pena la excepción de dolo malo. De modo que, por medio de esta excepción hay una especie de apelación, en la medida en que resulta lícito revocar la sentencia arbitral».

A la posibilidad de oponer la excepción de dolo malo, *exceptio doli*, frente a la acción derivada de la *stipulatio*, *actio ex stipulatu*, para exigir la pena por incumplimiento, en los supuestos en los que el árbitro hubiera actuado de forma venal o parcialidad manifiesta, se hace referencia en una Constitución, en forma de rescripto, dada por Diocleciano y recogida en CJ. 2.56.3: «No quedarás sometida a la sentencia de los árbitros compromisarios, si medió venalidad o parcialidad manifiesta, por lo que podrás interponer la excepción de dolo malo frente a la acción de la estipulación ejercitada por tu hija. Puedes asimismo demandar a tu hija mediante la cláusula de dolo, que suele agregarse a la estipulación de compromiso». La excepción de dolo malo, *exceptio doli*, solo

⁴⁶³ No se quiere decir con ello, sin embargo, que el juicio del árbitro sea absolutamente igual al del juez ordinario, así en el título del Digesto dedicado a los tachados con infamia, se afirma en D. 3.2.13.5 que la sentencia del árbitro designado en virtud de compromiso no produce infamia porque no es igual en todo a la judicial: «*ex compromisso arbiter infamiam non facit, quia non per omnia sententia est*. A las semejanzas y diferencias entre la sentencia arbitral y la sentencia del juez ordinario, se refiere Voet en *Commentarius ad pandectas*, I, IV, 8, n. 1.

podría, por tanto, oponerse, frente a la *actio ex stipulatu* ejercitada por el beneficiario del laudo arbitral en aquellos casos en los que el árbitro dicta una sentencia manifiestamente parcial e injusta, en perjuicio de uno de los litigantes.

b) Cuando es manifiesta la venalidad o corrupción del árbitro, el pretor no puede obligar al árbitro a dictar sentencia, conforme a D. 4.8.9.3: «No se obliga a dictar sentencia a determinadas personas, por ejemplo, al árbitro venal o corrupto».

c) El conocimiento de cuestiones no previstas en el convenio de arbitraje o no susceptibles de arbitraje, no resultaba lícito, pero no invalidaba aquellos aspectos que las partes habían sometido a la decisión arbitral, solución que se ha impuesto finalmente en la legislación actual. Así en D. 4.8.32.15: «...no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre cualquier asunto, sino respecto de aquel que es objeto del compromiso, y hasta donde este alcance».

d) Conforme a D. 32.13.17: «Si el árbitro dispone que se le agregue otro árbitro, no estando esto previsto en el compromiso, no se considera dictada la sentencia, porque la sentencia debe ser sobre el objeto del compromiso, y aquello no entraba en el compromiso».

e) Conforme a D. 4.8.21.8: «Si se compareció ante el árbitro dentro del plazo fijado en el compromiso, pero aquel hubiese mandado comparecer con posterioridad al plazo establecido en el compromiso, no se incurrirá en la pena prevista».

f) Conforme a C. J. 2.55.1: «Más si se pronunció sentencia pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurre en pena alguna el que no la hubiere obedecido» (a. 213).

g) No es válida una sentencia indeterminada, así en D. 4.8.21.3: «Opina Pomponio que no es válida una sentencia indeterminada, del tipo por ejemplo "devuélvele cuanto le debes" o "debe respetarse la división que habéis realizado" o "que se te reintegre en la parte en que pagaste a tus acreedores"». Tampoco resulta válida la sentencia consistente en una mera valoración o indicación no decisoria de la controversia, así en D. 4.8.19.1: «Dicta sentencia quien tiene intención de apartar a las partes mediante su resolución del conflicto planteado y si el arbitraje se hubiese asumido sobre varias cuestiones no se entiende que se haya dictado sentencia más que si se hubiese puesto término a todas las controversias y si no se actuase en este sentido, el pretor obligará al árbitro a hacerlo».

h) No es válida la sentencia cuando se condiciona por las partes la resolución arbitral, así en D. 4.8.17.3: Ulpiano, 13 ed.: «Pregunta Pomponio quién habrá de ser obligado si el compromiso fuese que sentencie Seyo según el parecer del árbitro Ticio. Yo creo que no es válido tal arbitraje, dado que no existe libertad para el que árbitro dicte su sentencia».

i) No es válida la sentencia dictada sobre asuntos propios del árbitro. Si alguno hubiese sido nombrado árbitro en negocio propio no puede dictar sentencia, porque se mandarían a sí mismo hacer algo o se prohibiría pedir, y no cabe que alguien se mande o prohíba a sí mismo, así en D. 4.8.51.

j) No es válida la sentencia no pronunciada en presencia de las partes, salvo acuerdo en contrario, así en D.4.8.27.4: «La sentencia dictada sin la presencia de

los contendientes no será válida, a no ser que estos hubiesen acordado que será válida la sentencia dictada en ausencia de uno o de los dos litigantes...».

k) D. 4.8.19.pr.: «...si el compromiso se formalizó con el objetivo de que el árbitro dictase sentencia en un determinado sentido, escribe Juliano, 4 Dig., que es nulo el arbitraje, y que el árbitro no ha de ser obligado a dictar sentencia».

l) Conforme a D. 4.8.32.15: «Deben saber los que ostentan el cargo de árbitro que deben basarse en todos sus extremos en el mismo compromiso, porque ningún árbitro puede ir más allá de lo previsto en el convenio. Así pues, no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre cualquier asunto, sino respecto del que es objeto del compromiso y hasta donde este alcance».

El conocimiento de cuestiones no previstas en el convenio de arbitraje o no susceptibles de arbitraje no resultaba lícito, pero no invalidaba aquellos aspectos que las partes habían sometido a la decisión arbitral, así en D. 4.8.32.15, solución que se ha impuesto finalmente en la legislación actual.

Si el *arbitrium* era *boni viri* cabía la posibilidad de impugnar en juicio la decisión arbitral, así a propósito de la decisión de un árbitro no compromisario, de nombre Nerva, al que se le encarga la determinación de las partes de una sociedad, se afirma en D. 17.2.79: «Si la determinación de partes que hizo Nerva es tan perversa que resulta de ella una manifiesta iniquidad, puede ser rectificada mediante la acción de buena fe».

3.2.4.2. Obligación genérica de laudare bien

En la LAB, bajo un punto de vista formal, el laudo debía el árbitro pronunciarlo por escrito (art. 32 LAB), y debía expresar, al menos, las circunstancias personales de los árbitros y de las partes (art. 32 LAB), el lugar en que se dicta, la cuestión (o cuestiones) sometida a arbitraje, una sucinta relación de las pruebas practicadas (cabe teóricamente la posibilidad de que no se haya practicado ninguna, en cuyo caso esta relación no es necesaria), las alegaciones de las partes (art. 32 LAB) y la decisión arbitral.

No era necesario motivarlo si era de equidad, pero sí si era de Derecho (art. 32.2 LAB), y debía ser firmado por los árbitros –quienes podían hacer constar su voto discrepante interpretándose la omisión de la firma de alguno como aceptación del criterio mayoritario, y deberá protocolizarse notarialmente. Y esta protocolización, había de efectuarse dentro de plazo, pues así se acreditaba (art. 1.227 C.c.) la fecha del laudo.

La decisión o pronunciamiento se formaba mayoritariamente de conformidad con las reglas del art. 34 LAB y el pronunciamiento era la parte fundamental del propio laudo, y debía ser congruente con las peticiones, sin pronunciarse sobre cuestiones que de ningún modo estuviesen sometidas a los árbitros y pronunciándose en cambio -aunque sea por vía de desestimación aun tácita sobre todas las cuestiones planteadas. La apreciación de este requisito debe efectuarse, sobre todo si el laudo es de equidad, con la mayor laxitud y generosidad posible, y aunque lo lógico es que el pronunciamiento esté al final, si la decisión aparece en otro lugar, claramente, también debe tenerse por cumplida la obligación de laudare

congruientemente. Pero claro está, lo que vale para el lego (en el arbitraje de equidad) no vale para el abogado, que debe guardar la elegancia del lenguaje, la cortesía intelectual que se predica de la precisión, y el orden que facilita la comprensión del contenido, colocando cada consideración y pronunciamiento en su respectivo lugar.

De este modo, en la LAB, en el caso de que el arbitraje fuera de derecho, el laudo había de ser motivado, según prescribía el artículo 32.2 LAB. La Ley había recogido, implícitamente, la no necesidad de motivación para arbitrajes de equidad⁴⁶⁴, pauta tradicional en nuestro Derecho, como vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1966 [2] (R.A. 5.268), que dice que **“a tenor del artículo 29 de la Ley de 22 diciembre 1953, el procedimiento en caso de equidad no tendrá que someterse a formas legales ni que ajustarse a derecho en cuanto al fondo, siguiéndose de ello que tal ausencia de formas excluye la necesidad de razonamientos y motivaciones de ningún orden, bastando la manifestación de voluntad decisoria emitida por el Arbitro ante el Notario autorizante de la escritura pública expresiva lisa y llanamente de su decisión en orden a dirimir la cuestión o cuestiones deferidas por los comprometidos, a su fallo arbitral; y como la escritura de 24 diciembre 1964 se ajusta a las exigencias legales, es obligado concluir que el laudo se dictó dentro del plazo, y en su consecuencia procede la desestimación del motivo.»**

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1968 [2] (R.A. 1.108) señala que **“-como dice la S. de 13 de octubre 1966-, no tiene que someterse a formas legales ni ajustarse a Derecho, en cuanto al fondo, siguiéndose de ello, que, tal ausencia de formas, excluye la necesidad de razonamientos y motivaciones de ningún orden, bastando la manifestación de la voluntad decisoria, emitida por los árbitros ante el Notario autorizante de la escritura pública, expresiva lisa y llanamente de su decisión en orden a dirimir la cuestión o cuestiones, deferidas por los comprometidos, a su fallo arbitral.»**

La falta de motivación, si el laudo es de derecho, dará lugar a su posible impugnación en el recurso de anulación. Lo que cae fuera de este recurso es el examen del contenido de la motivación⁴⁶⁵. Ahora bien, si los árbitros se separaran al resolver de lo establecido por las partes o alteraran el orden de los criterios legales (art. 62), el laudo podría impugnarse al amparo de este motivo.

⁴⁶⁴ Cfr. ALVAREZ RODRÍGUEZ, A: *Formación, contenido y efectos del laudo arbitral en la Ley española de Arbitraje*. R.C.E.A., 1988-89, afirma que en la redacción de este precepto (art. 32.2) se tuvo en cuenta que la exigencia de motivación se halla estipulada en el artículo 120.3 C.E., únicamente con respecto a las sentencias judiciales, por lo que era posible la existencia de laudos no motivados. Vid. S. de 13 de noviembre de 1987 (R.A. 8.400).

⁴⁶⁵ En el mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO, ANGEL FERNANDO: *Notas sobre la nueva Ley de arbitraje*, en *The arbitration*, M. Rotondi Inchieste di diritto comparato, Milán 1990, cuando dice que puede «llegarse a la anulación del laudo arbitral ex artículo 45.2 en el supuesto extremo de que el mismo no se motive o la motivación no descansa en absoluto en argumentos jurídicos.

La regulación de la NLAB sigue las mismas líneas que la LAB, y así vemos que en su artículo 37, en sus números 3 a 5, señala que:

“3. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior⁴⁶⁶.

5. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 26. El laudo se considerará dictado en ese lugar.”

La Exposición de Motivos de la NLAB nos señala que *“Respecto de la forma del laudo, debe destacarse que -análogamente a lo dispuesto para el convenio arbitral, la Ley permite no sólo que el laudo conste por escrito en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, sino también que no conste en forma escrita, siempre que en todo caso quede constancia de su contenido y sea accesible para su ulterior consulta. Tanto en la regulación de los requisitos de forma del convenio arbitral como en la de los del laudo, la Ley considera necesario admitir la utilización de cualesquiera tecnologías que cumplan los requisitos señalados. Pueden, pues, desarrollarse arbitrajes en que se utilicen tan sólo soportes informáticos, electrónicos o digitales, si las partes así lo consideran conveniente.”*

Pero, lo fundamental, e insistimos en ello, tanto en la LAB como en la NLAB, es la obligación de laudar, precisamente bien, muy bien, como enfatiza GONZALEZ SORIA⁴⁶⁷. Este deber de laudar aspirando a la perfección es un deber jurídico de muy difícil constatación o verificación, siendo la desviación burda la que se manifiesta como desviación de este deber y es constatable y acarrea el desenvolvimiento jurídico de la coercibilidad. Pero cuando se sale de esta zona crasa y burdamente ilegal, y se trata de conseguir la exquisitez de ponderar cuál de las muchas soluciones legítimas es la más oportunamente justa y adecuada, el deber de alcanzar la solución óptima continúa siendo conceptualmente un

⁴⁶⁶ Artículo 36. Laudo por acuerdo de las partes. 1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes. 2. El laudo se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente y tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

⁴⁶⁷ Cfr. GONZALEZ SORIA, JULIO: *Reflexiones....Op cit.*

deber jurídico, pero en la práctica, por la dificultad de apreciación de su vulneración, se reduce a un vigoroso deber moral, de conciencia, que obliga en ese plano.

Ese deber obliga a hacer lo preciso para poderlo cumplir, y dentro de este «preciso» está el aprovechamiento de la proximidad a las partes y a sus defensores que proporciona y facilita el arbitraje con aquellas comunicaciones recíprocas, sinceras, distendidas, y que nunca están reñidas -antes al contrario- con el respeto a los principios de audiencia, contradicción e igualdad que el buen árbitro guarda celosamente. Se trata de conocer a fondo lo que ha ocurrido, y las consecuencias que las diversas soluciones lícitas posibles acarrearían, para elegir aquella que proporcione un resultado racional en el orden lógico, precisamente para el caso que se enjuicia y la solución que es óptima, es a la vez, la más pacificadora posible, dentro de esa visión que defiende GONZALEZ SORIA de que el buen arbitraje permite “impartir justicia manteniendo la amistad”.

En definitiva, como ya hemos reseñado anteriormente a lo largo de esta obra, la corriente jurisprudencial moderna, ya consolidada, avala la máxima del “derecho a equivocarse” al laudar de los árbitros, siempre que no medie dolo o negligencia grave, con independencia de que se trate de conceptuar la falta de motivación como una infracción del Orden Público. Es decir, el árbitro está obligado a tratar de hacer lo posible para laudar bien, para que sus decisiones sean lo más acertadas posible empleando una diligencia superior a la del buen padre de familia, pero no está libre de caer en el error.

A modo de ejemplo, podemos citar la Sentencia 52/2009 de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección 1ª, de 31 de Marzo de 2009, que señala:

“PRIMERO.- La parte impugnante entiende, en primer lugar, que el laudo vulnera el art. 41.f) de la Ley 60/2003, con relación al art. 37.4 de la misma Ley, por falta de motivación.

*Conviene recordar que **el motivo de impugnación contemplado en el referido art. 41 .f) no es la falta de motivación del laudo, sino que éste sea contrario al orden público.** Al respecto de lo que deba entenderse por orden público, la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada de 13 de junio de 2006 sostiene que "en efecto, y así lo viene a sintetizar la A.P. de Madrid (Secc. 11ª) en Sentencia de 29-junio 2004, «el orden público es un concepto jurídico indeterminado que, como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional (SSTC 43/86 y 31/92), se ha impregnado desde la entrada en vigor de la Constitución del contenido de su artículo 24, afirmación que ya tenía respaldo legal en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al establecer las pautas a seguir en la interpretación de las Leyes y los Reglamentos y que implícitamente es recogido en el artículo 21 de la propia LAB ., al hacer expresa referencia a la obligada observancia de los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad de las partes, lo que unido al contenido del Título VII de la propia Ley -regulación de las impugnaciones-», configura el concepto de Orden Público en un sentido más material que procesal, como el*

concepto operativo al residenciarse y ser perfectamente subsumible la impugnación derivada de supuestas infracciones procesales en este ámbito. En definitiva, el Orden público en el ámbito del proceso arbitral se remite desde la STC 15 abril 1986 a la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente o de las garantías y principios esenciales del procedimiento..."

En el mismo sentido, la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña de 13 de noviembre de 2006 señala que "la causa de anulación para que el laudo sea contrario al orden público, es decir, aquel en el que la decisión adoptada infringe los principios básicos y esenciales del ordenamiento jurídico, debe entenderse que vulnera los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, del Título I de la Constitución", en tanto que la Sentencia de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2006 dice que "el orden público, que en nuestro ordenamiento jurídico privado constituye un límite a la autonomía negocial de los particulares (art. 1255 del Código Civil), impedimento a la exclusión voluntaria de la Ley (art. 6.2 del Título Preliminar del Código Civil) y causa determinante de la nulidad del acto contrario a él (art. 6.3 del citado Título Preliminar) sin distinción inicial de materias o contenidos, se identifica con las Leyes imperativas y prohibitivas, al menos como regla, y con los principios en que las mismas se inspiran y que de ellas se deducen".

*Por todo lo expuesto, **deben plantearse cuanto menos ciertas dudas de que la motivación del laudo integre el contenido del orden público contemplado en el art. 41.f) de la Ley. Pero es que aunque llegáramos a considerar lo contrario, llevando a cabo, en tal caso, una interpretación amplísima de dicho concepto, de ningún modo habría de prosperar la pretensión del impugnante, pues la simple lectura del laudo evidencia que, pese a que dicha resolución se ha estructurado en antecedentes de hecho y parte dispositiva sin contener un apartado independiente de argumentación o fundamentación, se expresan perfectamente las operaciones y el procedimiento que ha seguido el árbitro para llegar a la determinación de la cantidad que, según el convenio arbitral, había de repartirse por mitad entre quienes ahora son litigantes. Puede estar el impugnante en desacuerdo con la decisión del árbitro y con el procedimiento que ha seguido, pero no hay que olvidar que, como este Tribunal ha señalado en innumerables ocasiones, no debe confundirse la falta de motivación de las resoluciones con las divergencias de criterio que las partes pueden plantear respecto de la argumentación seguida por el órgano decisor, todo lo cual debe dar lugar al rechazo del primer motivo de impugnación.***

Es igualmente muy ejemplificadora la Sentencia nº 4/2013 del Tribunal Superior de Justicia de (Albacete), Sala de lo Civil y Penal, de 10 de Octubre de 2013, que dice:

*"SEXTO. - Finalmente y en cuanto al último de los motivos alegados, conviene poner de manifiesto, en cuanto **al recurso de anulación, que es doctrina***

jurisprudencial del Tribunal Supremo (Sentencias de 16 de febrero de 1982 y 17 de julio de 1986), **la que dice que en ningún caso pueden servir de base al recurso de nulidad las estimaciones de las partes relativas a la justicia del laudo ni las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión, concluyendo que el texto del art.45 (el 41 actual) no parece abonar más que la tesis de nuestro alto tribunal porque, de otro modo, se desnaturalizaría la esencia misma del arbitraje como instrumento de composición privada con el que dilucidar las controversias que surgen del tráfico mercantil interno o internacional y se abriría un portillo a una ilimitada recurribilidad de los laudos a favor de quienes no viesan acogidas en ellos sus pretensiones. Si lo que se pretende es un juicio revisorio del juicio arbitral, como ya ha sentado también el propio Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 43/1988 de 16 marzo y Autos de 20 julio 1993 (Recurso de Amparo núm. 395/1993) y 29 octubre del mismo año, dictados por la Sala 1ª, le está expresamente vedado al órgano judicial, puesto que el Tribunal puede controlar su regularidad, en un juicio externo, pero nunca inmiscuirse en su juicio valorativo, ya que mediante el recurso de nulidad el órgano competente para conocer, no sólo no adquiere la jurisdicción originaria, exclusiva de los árbitros por la mutua conformidad de las partes en deferir el conflicto al juicio arbitral de terceros, sino ni siquiera la revisora del juicio arbitral en sí mismo. Señala a este respecto la STS (Sala de lo Civil), de 5 de mayo de 2010 que "Es doctrina constante de esta Sala que la interpretación de los contratos constituye función de los tribunales de instancia -y también de los árbitros-, por lo que la realizada por éstos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario", lo que no acontece en el presente caso.**

Por otro lado, no podemos obviar, que estamos ante una arbitraje de equidad, no de derecho, y al respecto hay que tener en cuenta que, la SAP Barcelona de 21 mayo 2002 , entre otras muchas, establece que **"En relación a los arbitrajes de equidad el TS en sentencia de 28.11.1988 declaro "que los árbitros han de resolver solo según su leal "saber y entender", constituyendo, desde el plano sustantivo, uno de los supuestos excepcionales a los que indirectamente se refiere el art. 3º.2 del Código Civil , cuando, al hablar de la equidad en la aplicación de las normas jurídicas, solo autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los Tribunales en el caso de que la Ley expresamente lo permita, sin que esta Sala sea Juez del juicio de equidad porque iría contra la misma esencia de ese juicio personal, subjetivo, de pleno arbitrio sin más fundamento que ese leal saber y entender del árbitro, que no viene obligado a una motivación jurídica"; , y el TC en sentencia de 16.3.1988 también declaró que "en los arbitrajes de equidad no era precisa una argumentación jurídica..."**

Estas particularidades del arbitraje y, en particular, del de equidad nos hacen llegar a la conclusión de que su **laudo solo puede ser impugnado por razones**

de forma o de falta de garantías (juicio externo, en palabras del Tribunal Constitucional - STC 43/88 ; 174/95 y ATC 20.7.93 , 29.10.93 y 17.6.91 - y del Tribunal Supremo - STS 13.10.86 ; 12.6.87 ; 17.3.88 ; 27.2.89 ; 4 y 7.6.91 ; 2.3.91) y, por esta razón, todas las sucesivas leyes han prohibido a los tribunales que puedan conocer de los fondos de los asuntos que las partes libremente han decidido someter a un arbitraje (artículo 19 de la ley de 1953; artículo 11.1 de la ley de 1988 y de la ley de 2003). **Ni tan solo pueden los tribunales examinar o revisar los supuestos errores del árbitro (SAP Madrid 17.1.03; AP Burgos 8.10.99 y del TC 62/91 y 288/93). **La explicación se encuentra en el argumento conforme al que si el arbitraje es fruto de la libertad y la autonomía de la voluntad de las partes y estas lo estipulan sobre una materia disponible, el poder judicial solo es preciso que haga tareas de soporte (designación de árbitros) o tareas de control externo (recurso de anulación) o tareas de auxilio (ejecución forzosa) (STS 22 de junio de 2009).** “**

Como conclusión y resumen, queremos reproducir la Sentencia nº. 50/2012 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 2 de Julio de 2012, que deja bien claro que no existe un derecho al acierto ni la obligación de satisfacer la pretensión de ninguna de las partes del proceso, al señalar que“....**se desprende su discrepancia con lo razonado por el Árbitro en el Laudo impugnado, pero tal y como de forma reiterada ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 308/2006, de 23 de octubre , el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 24.1 CE, comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso, y además los derechos y garantías previstos en el artículo 24 CE no garantizan la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto (entre otras muchas, SSTC 151/2001, de 2 de julio, FJ 5 ; y 162/2001, de 5 de julio , FJ 4), y tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso (por todas, SSTC 107/1994, de 11 de abril, FJ 2 ; y 139/2000, de 29 de mayo , FJ 4); argumentaciones que son extrapolables a lo argumentado por los árbitros en los Laudos Arbitrales, sobre todo en los de equidad, en los que la razón de los mismos es el leal saber y entender del árbitro, sin argumentaciones jurídicas, ya que el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declara la STC 43/88 , y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros, el arbitraje se considera "un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)".**

Concluimos esta reflexión con la sentencia nº. 50/2014, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, que señala:

“A dichos efectos, declaramos en SSTSJ Cataluña 29/2012, de 10 de mayo (FJ. 2º) y 40/2014, de 16 de junio (FJ. 2º), que el art. 41 LAB dispone que el laudo

arbitral " sólo " podrá ser anulado, cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe alguno de los motivos tasados establecidos en dicho precepto, lo cual comporta, según establece la Exposición de Motivos de la LAB (VIII) que **".. se sigue partiendo de la base que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros ..."**, es decir, como declara el ATC 231/1994, de 18 de julio (rec. 3412/1993) (referido a la anterior LAB 36/1988, pero aplicable igualmente a la vigente) **que las causas de anulación judicial de un laudo no se extienden:**

"... a los supuestos de infracción del Derecho material aplicable al caso, y ello porque, de lo contrario, la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo. (sin perjuicio de la) corrección del Laudo desde la perspectiva del derecho constitucional..., habida cuenta de que es posible, por vía de la causa de anulación, (estimar) incorrecciones de esa naturaleza como contrarias al orden público (ATC 116/1992, f. j. 3º)...".

(C) Y por tanto, no se traslada a la Sala Civil del TSJ. una plena cognición que permita revisar como regla general, el fondo del asunto, decidido por el Tribunal Arbitral.

Hemos declarado (vid por todas, STSJ Cataluña 6/2014, de 23 de enero -F J. 2º-) que es consustancial al arbitraje que las partes acepten la decisión del árbitro al que se sometieron sin perjuicio de que la legislación preserve el principio de tutela judicial efectiva mediante la posibilidad de instar la nulidad del laudo ante la jurisdicción y sin que ello implique trasladar el examen del conocimiento de la controversia al juez.

Asimismo, conforme la doctrina constitucional y de la S. 1ª TS., los motivos de anulación constituyen una lista cerrada no susceptible de ampliación, que tiene un carácter limitado a determinados supuestos, corrigiendo excesos en el laudo. Por tanto, ha de rechazarse cualquier causa o motivo de nulidad distintos de los contemplados en el art. 41 LAB, o bien cuando se pretenda forzar la anulación mediante la aplicación "aparente" de conceptos generales como el de orden público o el de derecho a la tutela judicial efectiva."

3.2.4.2.1. Arbitraje de Derecho

El arbitraje de derecho es aquel que termina con un laudo que ha decidido la cuestión litigiosa con sujeción a derecho, es decir, como señala el art. 1.7 del Código civil, **«ateniéndose al sistema de fuentes establecido»**; ateniéndose en fin, al sistema de fuentes correspondiente al ordenamiento jurídico aplicable al caso. Basta la consideración del propio art. 1.2 del Código civil para darse cuenta de que la Ley no es la única fuente formal del derecho, sino que hay otras: costumbres, usos, principios generales del Derecho (con sus dos funciones, no sólo supletoria sino también directiva, informadora, vigilante) y aquella que

complementando genera la jurisprudencia, interpretando la última mutación o necesidad social y vertiendo soluciones integradoras al ordenamiento. Y también es verdad que hay establecido un orden de prelación.

Desde antiguo⁴⁶⁸ persiste el eco de dos sistemas en la aplicación -o determinación del Derecho. «*Mos galicus*» era la máxima expresión de la supremacía de la Ley, de tal modo que ésta debía interpretarse siempre deductivamente partiendo de ella, y deduciendo la norma particular que constituyera el fallo de ella misma, es decir, el proceso de determinación del sentido del fallo había de nutrirse deductivamente de la Ley. Ello proporcionaba un sentimiento de protección a la seguridad jurídica, a la par que reducía la función del Juez a un aplicador racionalista de la norma, vía inflexible silogismo, con escasa solicitud a su iniciativa y consiguiente proscripción de la flexibilidad. Y este rigor de sujeción a la ley era máximo hasta el punto de que los franceses, recelosos de que los jueces (procedentes de la nobleza muchísimos de ellos) no se plegaran sumisos a la estricta aplicación de las leyes del pueblo y acudieran a veleidades equitativas, a razonamientos no derivados rigurosa y racionalmente de la Ley, crearon el recurso de casación para que se rompieran (del francés «*casser*» romper) las sentencias que infringieran la ley. El recurso de casación y la codificación propiciaron una prevalencia del sistema «*mos galicus*») pero afortunadamente la jurisprudencia sirvió exactamente para lo contrario al complementar a la larga el ordenamiento jurídico (1.2 C.c.), flexibilizando así la normativa e integrándola con retazos reales de la vida misma. Y ahora la codificación, tras las oportunas reformas, ha impulsado una manera de juzgar más natural⁴⁶⁹ razonable en lugar de meramente racional, ponderando el momento social en que la ley se aplica, los antecedentes histórico-legislativos, el examen de la finalidad perseguida por la norma, para determinar el derecho, no

⁴⁶⁸ Vid la conferencia que pronunciara FIGA FAURA el día 22 de febrero de 1974 en la Academia Matritense del Notariado bajo el título «*Mos italicus* y los juristas catalanes». *Idem, vide* el Panorama de Derecho Civil de VALLET DE GOYTISOLO, la Metodología del mismo autor (*op. cit.*) así como una traducción de PUIG BRUTAU de la obra de Loevinger «una introducción a la lógica jurídica».

⁴⁶⁹ Como dice VALLET DE GOYTISOLO (Panorama del Derecho Civil, Barcelona, 1973, pág., 85): «En general se ha tenido la preocupación de considerar que el centro de todo razonamiento jurídico es la ley, considerada como premisa mayor del llamado silogismo jurídico. Pero la premisa mayor de todo silogismo jurídico está más allá de la ley, en la naturaleza de las cosas de donde se dedujo como concreción genérica el texto de la ley en cuestión. El centro de todo razonamiento jurídico es la vida, la situación real, la situación vital a la que trata de referirse. Las normas tienen un valor instrumental para hacer justicia. Las normas han de aplicarse, pero han de aplicarse en cuanto resulten adecuadas, no por el afán de imponer su texto literal sea o no adecuado a la situación jurídica de que se trate». V posteriormente continúa: «El sentido común muchas veces es una apreciación sintética, en cánones de justicia natural, de la misma naturaleza de las cosas, de la realidad vital. La interpretación que repugne a ese sentido común ha de ponernos en guardia contra ella. Generalmente será una mala aplicación del Derecho, probablemente una aplicación debida a un método equivocado. Aconsejamos revisar entonces todos los razonamientos, volverlos a repetir y volver a analizar. El Derecho no puede llevar a un resultado absurdo ni aun resultado injusto y debemos convencernos de que cuando nos lleva a este resultado es porque hemos seguido un camino equivocado, porque hemos errado en nuestros razonamientos.

en función sólo de lo que dice, sino de lo que persigue y llamando a ponderar, aunque no exclusivamente, la equidad⁴⁷⁰. Si el «*mos galicus*» presentaba este rigor en la aplicación de la ley, que descendía a lo particular, extrayendo el contenido de aquélla por vía deductiva, el «*mos italicus*», por el contrario, propiciaba la frecuente aplicación de la equidad y la ponderación de que el Derecho anida en la conciencia social del pueblo, y el jurista no lo crea o formula sino que lo descubre, por lo que, más que interpretar para descender al caso en función sólo de la ley, hay que interpretar integrando y restituyendo a la ley toda la riqueza de la realidad social o lo que es propio y natural.

Hoy el «*mos italicus*» puede considerarse como predominante descansando en la confianza y autoridad del Juez por el enorme juego, que dentro de la legalidad, disfruta para fallar. Buena muestra de ello –repetimos es el actual título preliminar del Código civil español. Y esos son los principios que debe seguir precisamente el árbitro cuando conoce en Derecho de un litigio

Partiendo de la premisas de que normalmente la aplicación de la ley escrita y vigente, entendida en el sentido propio de sus palabras, genera al aplicarse a un caso específico una solución justa, no inicua, porque la Ley ha sido promulgada para alcanzar precisamente esta justicia y a ello tiende, serán casos muy excepcionales los que se le puedan presentar al Árbitro en los que a su juicio se vea obligado a aplicar la equidad, es decir, en los que entienda que la Ley no es aplicable al caso, o suspender su aplicación, pasando al grupo de fuentes ordinalmente siguiente y en último término al principio de justicia, o utilizar la interpretación integrativa⁴⁷¹ o la misma equidad.

Hay que señalar que en esas situaciones excepcionales, la magistratura española no ha estado dispuesta a cometer a conciencia una injusticia en un caso concreto sometido a su jurisdicción como consecuencia de aplicar ciegamente una norma⁴⁷² que, en el caso, genere una iniquidad, lo que sucede cuando la

⁴⁷⁰ Cfr. PEGUERA en las *Decisiones aureae*, cap. 139 (extractadas por MASPONS en el vol. *Questions civils estudiades segons nostre dret*, por Luis DE PEGUERA, Barcelona, 1913, cuestión XXXVII, pág. 120, citada por CASTÁN, *La formulación judicial del Derecho*, pág. 295), afirma -según CASTÁN «que si dadas las circunstancias de un caso concreto produjese una iniquidad la aplicación de un texto, se ha de prescindir de él, y salvar en el fallo la equidad».

⁴⁷¹ Como dice CASTÁN (*La formulación Judicial del Derecho y el árbitro de equidad*, en RGLJ, 1953, pág. 398): "Mas en la práctica el racional empleo de los medios de interpretación lógica y sistemática, que habrá de producir el efecto de rechazar cualquier sentido de la ley que resulte opuesto a la Justicia (objeto y finalidad de la norma legal), y en último término, el juego de los principios de restricción y de equidad, que permitirán al juez cuando la ley estimada injusta no parezca exactamente aplicable al caso litigioso (por ser inadecuada y no prevista por el legislador para él), prescindir de ella y acudir a los principios generales del Derecho, *habrán de reducir al minimum la posibilidad trágica de que el magistrado se vea irremisiblemente forzado a aplicar contra su conciencia una ley que juzgue contraria al Derecho natural o a optar por la renuncia de su cargo* .

⁴⁷² La sentencia de 24 de enero de 1970 se expresaba diciendo que no bastan para realizar completamente la función interpretativa los elementos gramaticales y lógicos, pues si la Ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y controlados

aplicación de la norma formalmente aplicable provoca un resultado contrario a la clara finalidad perseguida por la norma y a su mismo espíritu, cuando en el caso la norma entra en colisión con otra, o genera un resultado proscrito por el ordenamiento jurídico, o se detecte la finalidad claramente antisocial expresiva de un abuso de Derecho-

Cuando el árbitro reconozca una de estas situaciones de manera flagrante, evidente, como buen árbitro no podrá quedarse tranquilo con una aplicación silogística, conceptualista (aséptica, en relación a la realidad), de la norma jurídica. Para ningún árbitro es deseable hallarse en este trance⁴⁷³; es malo y comprometido, pero debe resolver en justicia, dentro de la legalidad para proporcionar un resultado justo en el caso concreto, y racional en el orden lógico, en relación al ordenamiento y conciencia social entonces vigente.

Desde el punto de vista de la responsabilidad del árbitro, debemos distinguir claramente dos escenarios diferentes:

- a. Siendo la solución jurídica simple, el árbitro desconoce cuál es la Legislación aplicable o aplica la correcta de forma manifiestamente errónea.
- b. El árbitro, conocer de cual debiera ser la legislación aplicable, decide no aplicarla en su totalidad o en parte por entender que el resultado conduciría a un injusto jurídico.

En el primer caso, es decir, el hecho factual, debe ser interpretado *per se* como una negligencia grave, por lo que las partes podrían exigir la responsabilidad del árbitro a tenor del artículo 21 NLAB, de cumplirse el resto de requisitos que hemos venido comentado en esta obra (puesta de manifiesto cuando fuera procesalmente relevante, producción de un daño cierto y mensurable, nexo causal entre el hecho y el daño). Si la circunstancia anterior viniera causada por dolo del árbitro, los efectos serían los mismo, si bien entendemos que se podría enervar la condena por mediar una intencionalidad maliciosa e incluso se podría argumentar, en el plano teórico, que si el ese dolo viniera motivado por una compensación económica (prevaricación arbitral), con independencia de su trascendencia penal, en el ámbito civil derivado del delito se podría contemplar un resarcimiento no sólo de los daños directos de la parte perjudica sino también un reembolso de la citada compensación económica percibida impropriadamente.

por la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico, integrado por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico.

⁴⁷³ Esta situación es rarísima; pocas, poquísimas veces aparece, y sólo podría darse generalizadamente en un país con derecho malo o equivocado. Sin embargo, aludimos a ella porque hay que entender como ha dicho el Tribunal Supremo, que hay que obrar con mucha cautela, con mucha restricción, para seguir este método extraordinario de determinación, y presumir siempre (salvo flagrante y clarísima evidencia) que el resultado que proporciona el precepto aplicable coincide con el resultado que demanda el ordenamiento jurídico vigente para el caso concreto que se enjuicia.

En el segundo, el Árbitro se encontrará siempre en una situación muy complicada, porque está actuando de forma excepcional, contraviniendo el texto literal de la NLAB al no decidir en puridad en Derecho cuando ese ha sido el mandato de las partes, lo que implica la posibilidad de anulación del laudo por contrario al orden público. Para tratar de salvaguardar su responsabilidad, apoyándose en el concepto antes comentado de que en verdad fallar en derecho es aplicar el “*mos italicus*” y ser capaz de cambiar la prelación normativa para evitar injustos jurídicos, habría de realizar una motivación y fundamentación de su laudo verdaderamente completa y sistematizada, que permitiera al Tribunal Superior de Justicia, de solicitar su revisión, requisito previo a la solicitud de responsabilidades al árbitro, entender todo el proceso decisonal del árbitro y ponderar adecuadamente su actuación.

3.2.4.2.2. Arbitraje en equidad

Cuando el laudo ha de resolverse en equidad, existe una teórica diferencia de carácter formal. Según el art. 32.2 de la LAB no era preciso fundamentarlo. La NLAB, en su artículo 37.4, establece que “*El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior*”⁴⁷⁴. Es decir, elimina la distinción de la LAB en relación a la motivación de laudos de derecho o de equidad, dejando exclusivamente en el ámbito de la voluntad de las partes la posibilidad de liberar a los árbitros de la motivación del laudo, teniendo ello como consecuencia necesaria que posteriormente, en ningún caso, las partes puedan impugnar el laudo por falta de motivación y reclamar responsabilidades a los árbitros por tal circunstancia.

Sin embargo, la realidad es que la excepción del requisito de la motivación del laudo en estos casos debe entenderse como un elemento formal del contenido del laudo, puesto que lo cierto es que existe un uso extendidísimo expresivo de la habitualidad de los abogados y juristas consistente en razonar sus pronunciamientos. Lo que ocurre es que existe en la expresión del raciocinio una mayor laxitud y una cierta relajación en la explicitación pormenorizada de las razones legales y normativas que conducen al resultado dispuesto, puesto que es rarísimo que incluso en los arbitrajes de equidad un abogado o un jurista en general no sienta, piense y razone en clave jurídica. La diferencia pues, de facto, aun en lo formal, es en este punto escasa. Incluso, cuando entre en juego el artículo 36 NLAB, los árbitros, a la hora de aceptar el acuerdo de las partes para laudar, deben analizar que no concurra una causa jurídica suficiente que les impida aceptar el citado acuerdo, lo que significa que la motivación de su decisión es imprescindible, aunque no llegue a ser reflejada en el laudo.

⁴⁷⁴ Artículo 36. Laudo por acuerdo de las partes. 1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes. 2. El laudo se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente y tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

Como decíamos, la NLAB ha venido a corroborar lo que era ya una práctica habitual, puesto que si nos referimos al fondo, las diferencias son aún menos significativas entre el arbitraje de equidad y el derecho; es más, una depurada formación jurídica y una acendrada asunción del deber de fallar bien conducirán siempre a casi borrar, en el fondo, las diferencias, incluso consecuenciales, entre el arbitraje de equidad y el de Derecho. Sin embargo, tampoco debemos caer en el error de considerar idénticas las motivaciones que deben realizar los árbitros en un arbitraje de derecho y en uno de equidad, máxime cuando en el segundo no es necesario que el árbitro sea un abogado en ejercicio, lo que le dificulta sensiblemente su capacidad para realizar una argumentación jurídica detallada.

Si ponderamos por unos momentos el concepto de equidad verdaderamente ínsito en el arbitraje, enseguida nos daremos cuenta de que dicho concepto no comporta una evasión, un prescindir del Derecho, ni siquiera de la norma jurídica como fuente formal, que no en plenitud, pero sí sustancialmente lo configura. Lejos de esto, la equidad representa una más adecuada consideración, una mayor profundización de la norma en función del caso, y una más perfecta armonización entre la misma norma, el ordenamiento jurídico y los principios generales del Derecho que tienen carácter informador, vigilante, en función del caso. La equidad, lejos de apartarse del Derecho, es más Derecho, es Derecho más perfecto porque persigue la finalidad institucional del derecho, o sea, la justicia en el caso concreto.

Así entenderemos la expresión de GELSO a cuyo tenor derecho es «*Ars boni et aequi*», afirmación situada en el polo opuesto a la barbarie pesimista según la cual «*Sumum ius summa iniuria*». La equidad no es una norma ni un conjunto de normas, sino aquella manera de juzgar que conduce al hallazgo de la justicia misma en el caso concreto que se juzga, y que a la vez conduce al rechazo de la injusticia en el caso concreto (iniquidad) aunque una indebida simplificación conceptual o deductiva partiendo de una norma específica condujera a tal injusticia específica. Equidad, no significa razonar fuera del Derecho, sino profundizar dentro de él, y actuar dentro de él, por cualquier procedimiento intelectual válido, no sólo racional, sino también razonable para conducir a un resultado oportuno conforme con el ordenamiento jurídico.⁴⁷⁵

⁴⁷⁵ Vid. notas anteriores y sentencia del T.S. de 23 de marzo de 1950: «En materia de interpretación de las normas, es preciso partir de la literalidad de su texto, pero ha de tenerse en cuenta el valor del resultado a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico)" HERNÁNDEZ GIL en el discurso inaugural del curso académico 1989-1990 (Madrid 1989, pág. 103) pone en boca de CASTÁN que: (1212, pág. 103) para añadir poco después: «¿Cuáles son las notas tipificadoras, las compatibilidades e incompatibilidades de la equidad? Para CASTÁN resulta, ante todo, muy claro que acentúa la dimensión ética del derecho, no al margen de la justicia, sino a través de ella. No es susceptible de una enunciación normativa previa. Acusa su presencia con motivo de la decisión judicial. Y tiende a discernir la solución individualmente pertinente de un caso considerado en su singularidad. Es obvio que todos los casos jurídicos conflictivos son particulares. Si el ser particular es el género correspondiente a las series o clases de casos, la singularidad como última diferencia habrá de consistir -pensamos nosotros en algo específicamente peculiar con influjo en el planteamiento y en la decisión del caso. Ahora bien, conforme a la tesis de CASTÁN, la función individualizadora de la equidad no entraña eludir las

La equidad no es pues una norma que dibuje soluciones determinadas substantivas. Es sólo un principio directivo que conduce al bien juzgar, como si presionara la conciencia del juzgador para que busque y alcance el resultado justo en el caso concreto. Y la equidad opera mediante la utilización de cualquiera de los muchísimos resortes que la técnica jurídica pone a disposición del juzgador, y a los que ya hemos aludido: Apreciación de la prueba o ponderación de a quien corresponde la carga de ella; interpretación de la norma, incluso integrativa; apreciación de la inadecuación de la norma al supuesto enjuiciado acudiendo a la aplicación analógica de otra, y pasando al orden de fuentes siguiente en la prelación; asimismo acudir al carácter informador y vigilante de los principios generales del Derecho, que no son sólo el último eslabón en el orden de las fuentes, sino que conforman e informan nuestro ordenamiento y siempre han de ser tomados en consideración; y entre tales principios se halla el principio fundamental de justicia, que jamás puede contrariarse al enjuiciar.

Por lo tanto, como decíamos, el buen enjuiciar en Derecho repele la injusticia en el caso concreto como ocurre también en el enjuiciamiento de equidad: Las diferencias en la manera de enjuiciar en el arbitraje de Derecho o de equidad se presentan cada vez más diluidas, mostrando si acaso pálidos reflejos diferenciales en la forma, más que en el fondo. Pues si bien es cierto que el art. 3.2 del Código Civil dice que los Tribunales habrán de ponderar la equidad pero que no podrán fundarse exclusivamente en ella, salvo que la Ley expresamente lo permita, también es cierto que es difícil que cualquier enjuiciamiento se efectúe sólo en equidad sin tener en cuenta nada más; antes al contrario, con la directa consideración y utilización de los elementos interpretativos e integrativos y el carácter corrector y vigilante de los principios generales del Derecho junto a los arts. 6 y 7 del Código civil, apreciación probatoria, Jurisprudencia, el resorte analógico del art. 4, etc., siempre hay la posibilidad, dentro del rigorismo del marco legal, de evitar la injusticia misma del caso concreto.

Por todo lo anteriormente expuesto, en el arbitraje de equidad no será necesaria tanta explicación -en el caso difícil del argumento jurídico bastando una

ideas generales que constituyen las bases de la justicia. Por tanto, la equidad ni contradictoria ni incompatible con la justicia, sino dependiente de ésta, la conduce hacia soluciones más plegadas a los matices y discernida en un mayor grado de aquilatamiento. Cabe decir pues, que en la solución de equidad hay un doble juego de extroversiones. Por un lado está el remontamiento de lo particular, seriamente considerado, para descender a las singularidades específicas. Y, por otro lado, en íntima relación con aquél, aparece el remontamiento de lo estrictamente normativo o normativizado para acceder a los planos básicos o más generales donde se desenvuelve la justicia. Consiguientemente, la solución de equidad es fruto de la conjunción de la máxima generalidad -la generalidad fundante del sentido y del fin del derecho con la máxima singularidad. La singularidad no se halla constituida sólo por algo intrínsecamente concerniente al caso, sino también por alteraciones de carácter social o económico que transmutan el planteamiento de determinados conflictos. Por lo demás, si según el criterio de CASTÁN, el derecho natural inspira el contenido material de la justicia y ésta es compatible con la equidad, la equidad reconoce también cierto grado de vinculación al derecho natural. En cambio, no puede albergarse en el derecho positivo, porque la equidad normativizada pierde su naturaleza.

explicación simplemente razonable (no ya racional) pero el resultado que se proclama en el fallo, en uno y otro caso, y el esfuerzo para decidirlo, siempre será el mismo, aunque la explicación pueda tener distinto grado.

Por ello, pese a la mayor comodidad del arbitraje de equidad en la explicitación del sentido del pronunciamiento, para el buen árbitro defendemos que no difiere esencialmente del que correspondería, en la misma situación, a un arbitraje de Derecho.

Resulta muy clarificador traer a colación la construcción jurisprudencial en relación a la motivación de los laudos. Así, hemos de reseñar la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 32/2002 (Sala Segunda), de 11 febrero, que señala que *“Las anteriores precisiones sitúan la cuestión debatida en la órbita del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación primaria de derecho a la obtención de una resolución fundada en Derecho. Conocida es nuestra doctrina al respecto, recordada en nuestra reciente STC 109/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 109), según la cual **el derecho a recibir una resolución fundada en Derecho respecto de la pretensión ejercitada es una garantía frente a la arbitrariedad y a la irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos** (SSTC 131/1990, de 16 de julio [RTC 1990, 131], F. 1, y 112/1996, de 24 de junio [RTC 1996, 112], F. 2), por lo que esta exigencia constitucional no puede entenderse cumplida con cualquier fundamentación. Es preciso, hemos dicho, que en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que **su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran aplicables al caso** (SSTC 23/1987, de 23 de febrero [RTC 1987, 23], F. 3; 18/1988, de 16 de febrero [RTC 1988, 18], F. 2; 154/1997, de 29 de septiembre [RTC 1997, 154], F. 4; y, más recientemente 147/1999, de 4 de agosto [RTC 1999, 147], F. 3). No obstante, **la posibilidad de control de las resoluciones judiciales desde la perspectiva constitucional ha de limitarse a la comprobación de la relación directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución exteriorizada en su argumentación jurídica** (STC 112/1996, ya citada, F. 2). Dicho de otra forma, **el artículo 24.1 de la Constitución no ampara el acierto de las resoluciones judiciales; la selección e interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, y el control del Tribunal Constitucional ha de limitarse a aquellos supuestos en los cuales la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, irrazonada, irrazonable o fruto de un error patente, supuestos éstos que hemos llegado a denominar de simple apariencia del ejercicio de la Justicia** (SSTC 148/1994, de 12 de mayo [RTC 1994, 148] F. 4, y 2/1997, de 13 de enero [RTC 1997, 2], F. 2).”*

La citada sentencia afirma con claridad que **en ningún caso los límites del artículo 24.1 CE pueden abarcar la revisión del acierto o no de la decisión judicial**⁴⁷⁶, quedando circunscritos exclusivamente *“a aquellos supuestos en los*

⁴⁷⁶ El laudo arbitral nunca sería directamente atacable, habría de serlo la sentencia de la Audiencia Provincial o del Tribunal Superior de Justicia que resolviera en cualquier sentido su anulación y/o la sentencia del Juez de Primera que despachara o no su ejecución.

cuales la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, irrazonada, irrazonable o fruto de un error patente.” Por lo tanto, como nos recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 75/1996 (Sala Primera), de 30 abril, en relación al recurso de anulación del laudo arbitral “...como también declaró la referida STC 174/1995, **ese control excluye las cuestiones de fondo, ya que «al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 [RTC 1988\43] y sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así judicial efectiva concebido cubre el derecho a obtener la tutela que consagra el art. 24.1 CE» (fundamento jurídico 3.º).**”

La Sentencia n. 27/2014 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 20 de Mayo de 2014, que desestima una acción de anulación de un laudo dictado por GONZALEZ SORIA en equidad, nos sirve perfectamente para conocer la visión jurisprudencial más moderna sobre el arbitraje de equidad en el marco de la NLAB, que continua la corriente doctrinal antes comentada:

“En primer término debemos partir de que, según lo pactado, estamos ante un Arbitraje de Equidad (ex aequo et bono) que significa de acuerdo con lo correcto y lo bueno, o desde la equidad y la conciencia, que se da cuando el Tribunal Arbitral resuelve conforme a sus conocimientos profesionales y técnicos, pero obviamente sin olvidar los principios del derecho general o natural y público, además de lo establecido en el contrato entre las partes.

En un arbitraje de equidad, el Árbitro o el Tribunal Arbitral de Equidad puede actuar corrigiendo importantes asimetrías o desigualdades que debidamente justificadas le permiten apartarse de la norma jurídica general, que para un caso específico puede no ser aplicable. Sin embargo esto no significa que no se respeten las leyes o ser "arbitrario" sino que se deberá actuar en el marco de los principios reconocidos del Derecho.

El arbitraje de equidad tiene su base en las condiciones fácticas del caso específico, lo que aunada a la flexibilidad, da como resultante una mayor restrictividad, por lo cual es posible apartarse de la aplicación de las normas jurídicas estrictas, cuando los hechos especiales del caso así lo requieren, para que la resolución o resoluciones sean equitativas o justas. Adicionalmente en los arbitrajes de equidad el árbitro o tribunal arbitral debe evaluar las pruebas y justificar en el laudo arbitral de equidad la resolución o resoluciones contenidas en el mismo. De tal manera que las bases de equidad parten de los hechos, los que se evalúan y justifican (pueden derivarse de métodos o técnicas conocidas en el sector) una determinada decisión considerando inclusive las particularidades de la controversia planteada.

...../.....

De lo analizado, acordado por el árbitro, no podemos concluir, tal y como hace la demandante, que el Laudo Aclaratorio no se ajusta al acuerdo entre las partes, infringe el orden público, incurre en incongruencia, o que lo acordado no ha sido objeto de debate, sino todo lo contrario, se trata de una previsión de las consecuencias del incumplimiento de la decisión adoptada en el Laudo Arbitral, para mantener el equilibrio del acuerdo, al que se hace mención en la cláusula UNDECIMA del mismo, donde aparece una explicación completa y, a juicio de esta Sala, de todo punto convincente, en la que el árbitro dirimente aclara los motivos de su proceder, que no solo no exceden del estricto cumplimiento de lo que, en su día se le encomendó, sino que tienen un componente didáctico meritorio, dentro de la labor encomendada de arbitraje de equidad, intentando corregir con su pronunciamiento, importantes asimetrías o desigualdades, que se podrían producir para el caso que no se alcanzara el acuerdo de prórroga del contrato en el plazo de tres meses fijado en el Laudo Arbitral, siempre haciendo referencia a la voluntad de las partes que se plasma en el Acuerdo adoptado por las mismas en fecha 30 de noviembre de 1999, además, la solicitud de aclaración formulada por MELIA que se le dio curso conforme a lo previsto en los artículos 37 y 39.2 de la LAB, cumpliéndose así el trámite de audiencia exigido legalmente.”

3.2.4.3. Obligación de que el laudo respete la estructura formal exigida

Como señalábamos, el artículo 37 NLAB es el que regula el plazo, forma, contenido y notificación del laudo, estableciendo que “*Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.*”

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior.

5. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 26. El laudo se considerará dictado en ese lugar.

6. Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.”

La Exposición de motivos de la NLAB expone que “*en cuanto al contenido del laudo, ha de destacarse el reconocimiento legal de la posibilidad de dictar laudos parciales, que pueden versar sobre alguna parte del fondo de la controversia o*

sobre otras cuestiones, como la competencia de los árbitros o medidas cautelares. La Ley pretende dar cabida a fórmulas flexibles de resolución de los litigios que son comunes en la práctica arbitral. Así, por ejemplo, que primero se decida acerca de si existe responsabilidad del demandado y sólo después se decida, si es el caso, la cuantía de la condena. El laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable.

Respecto de la forma del laudo, debe destacarse que -análogamente a lo dispuesto para el convenio arbitral la Ley permite no sólo que el laudo conste por escrito en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, sino también que no conste en forma escrita, siempre que en todo caso quede constancia de su contenido y sea accesible para su ulterior consulta. Tanto en la regulación de los requisitos de forma del convenio arbitral como en la de los del laudo, la Ley considera necesario admitir la utilización de cualesquiera tecnologías que cumplan los requisitos señalados. Pueden, pues, desarrollarse arbitrajes en que se utilicen tan sólo soportes informáticos, electrónicos o digitales, si las partes así lo consideran conveniente.”

En conclusión, la NLAB garantiza una gran flexibilidad tanto en la forma como en el contenido del laudo arbitral. Sin embargo, entendemos que, al igual que sucedía en la LAB, el laudo debe expresar, al menos, las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, el lugar en que se dicta, la cuestión sometida a arbitraje, una sucinta relación de las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y la decisión arbitral motivada, en la que se incluirá lo relativo a las costas, así como la firma de los árbitros.

Ni la LAB ni la NLAB prescriben que el laudo haya de contener la fecha en que se dicta, lo que es de especial importancia para determinar si se emitió o no dentro de plazo, y mientras que en la LAB se estaba a la fecha de su protocolización, en la NLAB no es obligatoria la protocolización, por lo que se habrá de estar a la fehaciencia de fecha que se obtenga por otros medios, como el envío certificado del laudo a las partes o el registro del mismo por parte de la institución arbitral.

En cuanto a la no obligatoriedad de la protocolización notarial del laudo, la Exposición de Motivos señala que *“Se suprime el carácter preceptivo de la protocolización notarial del laudo. Esta exigencia es desconocida en prácticamente todas las legislaciones de arbitraje, por lo que se opta por no mantenerla, salvo que alguna de las partes lo pida antes de que el laudo se notifique, por considerarlo conveniente a sus intereses. El laudo es, por tanto, válido y eficaz aunque no haya sido protocolizado, de modo que el plazo para ejercitar la acción de anulación transcurre desde su notificación, sin que sea necesario que la protocolización, cuando haya sido pedida, preceda a la notificación. Y tampoco la fuerza ejecutiva del laudo se hace depender de su protocolización, aunque en el proceso de ejecución, llegado el caso, el ejecutado podrá hacer valer por vía de oposición la falta de autenticidad del laudo, supuesto que puede presumirse excepcional.”*

En cualquier caso, cumplidos los requisitos mínimos, previstos en el artículo 37 NLAB., los defectos de la estructura del laudo no darán lugar a su anulación⁴⁷⁷, pues ni siquiera exige la NLAB, como no lo exigía la LAB, que el laudo posea la estructura formal de una sentencia, aunque sea lo usual en la práctica. Así, la sentencia de 16 de febrero de 1968 del Tribunal Supremo señala:

*«CONSIDERANDO: C) Que **tampoco podrán denunciarse, eficazmente, las deficiencias intrínsecas del laudo, ni la falta de ritualismos o trámites, en el curso del procedimiento seguido hasta llegar a emitirlo, sin perjuicio de las acciones ordinarias que, en su caso, procedieren con arreglo a Derecho (.).**»*

«CONSIDERANDO: (...) ya que, en realidad, lo que se acusa en tales motivos del recurso, son errores, deficiencias, falta de formalidades e inadvertencias de los árbitros, al decidir sobre los puntos que a su decisión se encomendaron, para estimar que tales alegaciones, no son pertinentes al fin propuesto y perseguido y por ello no procede su estimación, a la hora de analizar el recurso interpuesto.»

Incluso, no queda viciado el laudo en el caso de que no hubiera sido firmado el laudo por todos los árbitros. El artículo 37.3 NLAB señala que *“Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.”*

Esta regulación es heredera del artículo 33 LAB, en la que algunos autores quisieron ver la consagración legal de la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1986 [2] (R.A. 4.507). Sin embargo, lo único que expresamente ha manifestado el Tribunal Supremo es que el laudo firmado por la mayoría de los árbitros es válido, aunque no concurra a su emisión alguno de los que participaron en las deliberaciones. La jurisprudencia es acertada, pues bastaría que un árbitro no firmara, cuando ya conocía el sentir de los demás, para dar al traste con el arbitraje. Según la citada sentencia:

*«El motivo aparece formulado de forma equívoca, en cuanto que habiendo laudo recaído con fecha 19 de octubre de 1985 cuando el período para dictarlo concluía posteriormente, no puede decirse que haya recaído fuera del plazo, si no es partiendo del supuesto no acorde con los hechos expuestos de que **el árbitro disidente no intervino en la decisión, cuando lo cierto es que hasta última hora estuvo tomando parte en las decisiones y sólo unos días antes de ser firmado formuló una renuncia a su cargo de árbitro, dejando así a su libre arbitrio conferir eficacia o ineficacia al laudo ya estudiado y deliberado por los tres árbitros. Es decir, que el supuesto fáctico reflejado en lo actuado en este recurso no es el de laudo emitido por dos de los tres árbitros nombrados, que se estima por el recurrente -por ello nulo, sino el supuesto de laudo aceptado,***

⁴⁷⁷ Vid. S. de 25 de septiembre de 1989 [f. 1] (R.A. 6.353): «Estamos en presencia de un arbitraje de equidad y no de Derecho, lo que supone que el procedimiento de que se trata está limitado a la garantía del principio de contradicción y a exigir para la emisión del laudo un mínimo formal».

tramitado y decidido por los tres árbitros, pero uno de ellos no lo firmó por disentir del criterio de los otros dos que forman mayoría, a cuyo disentimiento le dio forma de renuncia solemne a su calidad de tal árbitro de equidad. **La renuncia tuvo lugar, como ya se dice, en la fase decisoria cuando ya se sabía por los árbitros el resultado del laudo y su sentido, ya través de esta renuncia tuvo lugar en realidad un desistimiento, de tal forma que de no declararse la validez de tal laudo, la misma quedaría al arbitrio del renunciante y, en definitiva, al de la parte que lo propuso, yendo contra sus propios actos de previo acatamiento a la decisión arbitral.** Este Tribunal Supremo en numerosas sentencias recaídas bajo la legislación de arbitraje anterior a la vigente pero plenamente aplicables al supuesto debatido -sentencias de 23 de diciembre de 1892,5 de enero de 1897,21 de junio de 1906.5 de octubre de 1910,29 de enero de 1912,12 de diciembre de 1921 y 28 de marzo de 1930 (R.A. 803)-. ha venido a declarar que no es causa de nulidad que sirva para fundamentar un recurso de casación el hecho de que el laudo haya sido emitido sólo por dos de los tres árbitros nombrados, habiendo tratado de desvirtuar la actual recurrente esa doctrina mediante la denominación del motivo, da como emitido por número insuficiente de árbitros que no es causa de nulidad según el artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino el haber recaído el laudo fuera de plazo; lo que no aconteció dando lugar ese solo hecho a la desestimación del motivo, y además porque a la decisión concurrieron los tres árbitros, y hubo mayoría de votos a favor de una decisión determinada, y negándose después el árbitro que votó en contra de la mayoría a concurrir a la firma del laudo, ya que previamente había renunciado a su condición arbitral»⁴⁷⁸.

El laudo es, pues, válido aunque falte la firma de algún árbitro, como corrobora la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1989 [f. 3] (R.A. 668):

«**TERCERO.** La acogida del examinado motivo segundo ya hace innecesario el pronunciamiento sobre los primero, tercero, cuarto y quinto, pero, en todo caso. su consideración también conduciría a la carencia de eficacia del referido laudo, dado que, de una parte, si ciertamente no sería de estimar el motivo primero, formulado, al -amparo del número primero del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegada violación del artículo 12, en relación con los 21 y 22 y último párrafo del 29 de la tan mencionada Ley de 22 de diciembre de 1953, puesto que, en contra de la apreciado ,", ' por el recurrente, **la emisión del laudo en cuestión fue llevada a cabo' "-no solamente por dos de los árbitros designados -don Julián G. de la C. y don José Alonso G.M. sino también por el tercero también designado -don Julio B. S.-F., dado que aunque aparecían firmándolo los dos primeros, sin embargo, fue emitido por los tres, por**

⁴⁷⁸ Esta sentencia concluye declarando que: esta «doctrina a la que no puede oponerse la sostenida por la única sentencia de este Tribunal en, al parecer, distinto sentido de 13 de julio de 198:2 (R.A. 4.232) en la que uno de los árbitros, con anterioridad a la fase decisoria y por motivos de incompatibilidad, se vio obligado a renunciar a su cargo; supuesto distinto del que ahora es contemplado, en que la renuncia sobrevino con posterioridad a conocerse el sentido del fallo del laudo cuando ya estaba configurada la mayoría de dos de los tres árbitros».

mayoría determinada por el voto conforme de dichos don Julián G. de la C. y don José Alonso G.M. y disconformidad con éstos del referido don Julio B. S.-F., como lo revela la siguiente circunstancia de que los tres hayan acudido el 11 de mayo de 1987, en que el laudo fue dictado ante el Notario de Zamora don José, María L.C., afines de protocolización del auto cuestionado, poniendo de manifiesto que fue dictado por los tres, si bien no lo suscribió el mentado árbitro don Julio E. S.-F., pues una cosa es no conformidad con lo acordado, por mayoría, por dos de los tres árbitros designados, y otra negativa a firmar el resultado de tal acuerdo mayoritario, pues el no entenderlo así llevaría al absurdo de apreciar que se pudiere dejar de dar cumplimiento al arbitraje encomendado, después de la decisión de los árbitros, por el simple hecho de que uno de ellos se negase a firmar el acuerdo resultante»⁴⁷⁹.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1991 contemplar la hipótesis de que en la fecha de emisión del laudo éste aparezca redactado por tan sólo dos de los árbitros que han actuado en el arbitraje sin que en su redacción tome parte el tercer árbitro, diciendo que ello **“lo único que revela es que no viene dictado -el laudo se entiende por unanimidad, sino simplemente por mayoría..”,** y luego la misma sentencia señala que al disidente sólo le queda el voto particular **“como analógicamente con relación a las sentencias reconoce el número 1 del artículo 260 de la LOP J y cual también ya venía reconocido en el artículo 367 de la LEC, pero no rechazar la firma del laudo emitido como consecuencia del acuerdo adoptado por mayoría, pues lo contrario tanto supondría llegar al absurdo y como de tal índole rechazable, de que el que no estuviera conforme con el acuerdo mayoritario, pudiese con la simple negativa de firmar el laudo con esa base emitido, impedir la efectividad de la decisión emitida por mayoría de votos “.**

Así pues, el árbitro disidente del voto mayoritario puede no intervenir en la redacción del laudo y formular voto particular⁴⁸⁰ pero no rechazar la firma de aquél con el buscado efecto de provocar su nulidad, pues, de otro modo, se privaría de eficacia a la decisión mayoritaria. En la práctica puede suceder que el laudo no se firme por un árbitro debido a que al conocer el contenido exacto del mismo, una vez debatido, no lo asuma luego después de conocerlo. Frente a esa situación el Tribunal Supremo, en su sentencia de 14 de julio de 1986, establece que cuando concurren los siguientes presupuestos (a) Se trataba de un laudo aceptado, tramitado y decidido por los tres árbitros del colegio. b) Pero el laudo no se firma por uno de ellos al disentir del criterio de los otros dos que forman la mayoría. c) A

⁴⁷⁹ En el mismo sentido, S. de 14 de junio de 1971 (1] (R.A. 3.241): «Desestimación de los motivos primero y tercero del recurso, motivos que, por lo demás, parten de supuestos que establece por su cuenta, la parte recurrente, ya que, en cuanto al primer motivo, lo que resulta de los autos no es que los dos árbitros que emiten el laudo hayan prescindido de modo unilateral y absoluto del tercero, como afirma la recurrente, sino que este último, que había intervenido en las deliberaciones junto con los otros dos, se negó a firmar el laudo ausentándose seguidamente de la Notaría.»

⁴⁸⁰ Vid. la explicación de la tipicidad adjetiva del voto particular en el arbitraje en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de junio de 1994

ese disentimiento el árbitro le dio la forma de renuncia solemne en su calidad de tal árbitro. d) La renuncia tuvo lugar en la fase decisoria, cuando ya se sabía por los árbitros el resultado del laudo y su sentido), es preciso salvaguardar el laudo, puesto que si se aceptara la tesis del árbitro que disiente y no se declarase la validez del laudo, la misma quedaría siempre al arbitrio del renunciante y, en definitiva -y esto es lo más grave-, al de la parte que lo propuso, yendo en este caso contra sus propios actos de previo acatamiento de la decisión arbitral. En la fundamentación jurídica de la citada sentencia se puede leer:

« I. El laudo que es objeto de este recurso de nulidad fue dictado, según la escritura en que consta, por dos de los árbitros de equidad designados, en unión de un tercero que posteriormente presentó la renuncia de su cargo, para resolver en equidad la controversia existente entre la entidad denominada «Sistemas e Instalaciones de T., S.A.» (SINTEL) y la denominada «Fomento de O. y C.» y otra llamada «Cubiertas y M., S.A.», constituidas estas dos en agrupación temporal de empresas bajo el anagrama «CYF». El laudo fue adoptado por mayoría de votos, no concurriendo el árbitro disidente a las últimas sesiones decisorias del arbitraje. Este árbitro había sido designado por SINTEL y los otros dos concurrentes y que formaron mayoría, designados uno por CYF y otro a través de designación judicial. Fueron cuarenta y siete los puntos objeto de decisión y se estableció en la misma escritura que la negativa de uno de los árbitros al comparecer al otorgamiento de la correspondiente escritura pública no invalidará la plena eficacia del fallo dictado por los dos restantes árbitros» (Ap. VI E de la demanda). Durante la tramitación del arbitraje de equidad se fijó un plazo común para alegaciones escritas, que fue utilizado por ambas partes y seguidamente otro nuevo plazo para nuevas alegaciones, que también fue utilizado por ambas partes y seguidamente otro nuevo plazo para nuevas alegaciones, que también fue utilizado por ambas, acompañando a tales escritos una extensa documentación y solicitando ambas la práctica de diversos medios de prueba, todos los cuales fueron aceptados por los árbitros realizándose la práctica de las pruebas propuestas en todos los casos. En concreto, la recurrente SINTEL se dice que presentó un escrito de alegaciones de trescientos treinta y tres folios, otro de contestación de ciento once folios y un escrito de resumen de pruebas y alegaciones de cuatrocientos diecinueve folios y documentos anejos que, según expresa el laudo, añaden un total, salvo error en el recuento efectuado, de otros tres mil ciento ochenta y cinco folios. La tramitación del arbitraje se extendió desde el 25 de mayo de 1985 hasta el 20 de septiembre siguiente. Concurrieron a esa tramitación los tres árbitros, así como a las sesiones deliberatorias finales de los días 26 a 29 de septiembre de 1985 por un total de 30 horas y media, en cuyas sesiones se incluyó la aceptación por la mayoría del Tribunal del criterio de que la entidad recurrida CYF no estaba condicionada para cobrar el importe de sus servicios a SINTEL a que esta última cobrase previamente de la entidad libia concedente de las obras «National T.C.» (NTC), las correspondientes sumas. Así la situación de la decisión del arbitraje, el día 3 de octubre renuncia a su cargo como árbitro D. J.P.H.R., árbitro nombrado a propuesta de SINTEL, entidad que en el laudo es condenada a pagar a su contraparte 1.035.599.966 pesetas, fijándose un plazo de 90 días a partir de la fecha del laudo para su pago, **el laudo**

lleva fecha de 19 de octubre y fue firmado únicamente por los árbitros que formaron la mayoría y no por el disidente, renunciante en los días anteriores. Antes de esa fecha final los árbitros, con fecha 8 de octubre de 1985, acordaron para mejor proveer citar a los representantes de las partes para ser oídos sobre el concreto argumento desarrollado por CYF en su escrito llamado de resumen de pruebas y alegaciones, **citándose a las partes y al árbitro disidente para ser oídas aquéllas, a cuya audiencia, convocada para el 14 de octubre, no compareció el 3 dicho árbitro disidente, ni la entidad SINTEL.** Todas las decisiones sobre los 47 puntos objeto del arbitraje fueron adoptadas por mayoría de dos de los árbitros, no concurriendo, como ya se sabe, a firmar el laudo el árbitro que renunció ya en avanzado período decisorio del laudo.

2. El recurso se "articula en cinco motivos, los dos últimos con carácter subsidiario para el supuesto de no estimación de alguno o todos los anteriores. El primero de ellos al amparo del motivo segundo del artículo 1733 de la LEC. El laudo ha sido dictado -se dice fuera del plazo señalado en el Auto de formalización judicial del compromiso». El motivo aparece formulado de forma equívoca, en cuanto que habiendo recaído laudo con fecha 19 de octubre de 1985 cuando el periodo para dictarlo concluía posteriormente, no puede decirse que haya recaído fuera del plazo, si no es partiendo del supuesto no acorde con los hechos expuestos de que el árbitro disidente no intervino en la decisión, cuando lo cierto es que hasta última hora estuvo tomando parte en las decisiones y solo unos días antes de ser firmado formuló una renuncia a su cargo de árbitro, dejando así a su libre arbitrio conferir eficacia o ineficacia al laudo ya estudiado y deliberado por los tres árbitros. Es decir, que **el supuesto fáctico reflejado en lo actuado en este recurso no es el de laudo emitido por dos de los tres árbitros nombrados, que se estima por el recurrente por ello nulo, sino el supuesto de laudo aceptado, tramitado y decidido por los tres árbitros, pero uno de ellos no lo firmó por disentir del criterio de los otros dos que forman mayoría, a cuyo disentimiento le dio forma de renuncia solemne a su calidad de tal árbitro de equidad.** La renuncia tuvo lugar, como ya se dice, en la fase decisoria cuando ya se sabía por los árbitros el resultado del laudo y su sentido, y a través de esta renuncia tuvo lugar en realidad un desistimiento, de tal forma que **de no declararse la validez de tal laudo, la misma quedaría al arbitrio del renunciante y en definitiva al de la parte que lo propuso, yendo contra sus propios actos de previo acatamiento a la decisión arbitral.** Este Tribunal Supremo en numerosas sentencias recaídas bajo la legislación de arbitraje anterior a la vigente pero claramente aplicables al supuesto debatido -sentencias de 23 de diciembre de 1892, de 5 de enero de 1987, de 21 de junio de 1906, de 5 de octubre de 1910, de, 29 de enero de 1912, de 12 de diciembre de 1921 y de 28 de marzo de 1930 (R. 803)-, ha venido a declarar que **no es causa de nulidad que sirva para fundamentar un recurso de casación el hecho de que el laudo haya sido emitido sólo por dos de los tres árbitros nombrados,** habiendo tratado de desvirtuar la actual recurrente esa doctrina mediante la denominación del motivo, no como emitido por número insuficiente de árbitros que no es causa de nulidad según el artículo 1733 de la LEC, sino el haber recaído el laudo fuera de plazo; lo que no aconteció dando lugar ese solo hecho a la desestimación del

motivo, y además porque a la decisión concurrieron los tres árbitros, y hubo mayoría de votos a favor de una decisión determinada, y negándose después el árbitro que votó en contra de la mayoría a concurrir a la firma del laudo, ya que previamente había renunciado a su condición arbitral.”

Así pues, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la NLAB no queda perjudicada la eficacia del laudo si alguno de los árbitros no pudiera o no quisiera firmarlo y así se explicara en el laudo, con independencia de que se le condene por daños y perjuicios y de que no se hicieran efectivos sus honorarios, pero no se presupone, como sucedía en la LAB, que al no firmar el laudo el árbitro se adhiere a la mayoría.

En definitiva, en relación con esta obligación, las responsabilidades de los árbitros, exigibles a tenor del artículo 21 NLAB, devendrían de una redacción del laudo que incumpliera los requisitos de estructura mínimos y que justificaran su anulación; así como de la falta de firma del laudo, de no mediar causa justificada para ello. Asimismo, en el caso de que el laudo tuviera que se inscrito en el Registro y su estructura formal impidiera tal Registro, se podría plantear una responsabilidad para el árbitro, siempre que la voluntad de inscripción de la laudo hubiera sido parte del mandato recibido de las partes.

Siendo los citados los hechos factuales, queda primero por apreciar su intencionalidad, que necesariamente debe ser en grado de dolo o negligencia grave. Ciertamente, en el caso de que el árbitro redactara un laudo sin cumplir los requisitos mínimos antes señalados, debemos afirmar que nos encontraríamos al menos en la esfera de la negligencia grave, dado que la sencillez de cumplimiento de los mismos es inexcusable si se emplea una mínima diligencia.

En cuanto a la determinación de los daños que se derivan de esa conducta, los mismos se producirán únicamente cuando el laudo fuera anulado por ese motivo o fuera imposible su registro y por ende, no pudiera desplegar efectos constitutivos. Es, como hemos visto anteriormente, requisito imprescindible para la reclamación de responsabilidad, que se produzca la anulación del laudo por esa causa; y para que se produzca la anulación, en virtud del artículo 6 NLAB, es preciso que la parte que impugne el laudo hubiera antes usado el medio procesal a su alcance para corregir los errores formales del laudo, que no es otro sino el recurso de aclaración del laudo. La cuantificación de los daños habrá de centrarse en el coste de arbitraje, ya que anulación del laudo obliga a esa parte a iniciar un nuevo proceso o a acudir a la jurisdicción estática, según lo dispuesto en el convenio arbitral.

En relación al laudo no firmado por todos los árbitros de un Colegio Arbitral, en este caso la responsabilidad sería exigible únicamente al árbitro disidente, si el mismo no hubiera emitido un voto particular. Recordemos que el procedimiento arbitral es finalista y encuentra su satisfacción en un laudo firme y definitivo. Por lo tanto, el árbitro que no comparta la decisión de la mayoría, no está obligado a firmar el citado laudo, y aunque formalmente la NLAB le da la posibilidad pero no le obliga a emitir su voto particular, que podrá o no ser incluido en el laudo, tal y como sucede con las sentencias, siempre que fuera remitido en tiempo y forma al

Presidente del Colegio Arbitral, tan solo con la emisión del mismo quedará prueba fehaciente de su diligencia como árbitro y de que la decisión de firmar el laudo no se debe a desidia, negligencia o a cualquier conducta dolosa, sino a su firme convicción de que el contenido del mismo no es el adecuado en justicia.

Asimismo, ese voto discrepante será el que libere de posibles responsabilidades a ese árbitro, en el caso de que el laudo fuera anulado por causas imputables dolosamente o por negligencia grave a los otros árbitros firmantes del laudo.

Es importante volver a recordar que las responsabilidades pueden ser exigidas a los árbitros por cualquiera de las partes, con independencia de que nos encontremos con un Colegio Arbitral en el que cada parte haga un nombramiento y después consensuadamente se elija al Presidente. El hecho de haber sido nombrado por una parte en ningún caso le sitúa al árbitro en la esfera de tener que servir a los intereses de la misma, sino que, muy al contrario, por imperativo legal debe ser totalmente independiente e imparcial, por lo que sólo si a su juicio resulta adecuado expresar su voto discrepante en el laudo deberá proceder a ello. Y como reverso, si la parte que no le nombró, que normalmente soporta los costes arbitrales al 50 por ciento salvo que se haya optado por el criterio del vencimiento, considera que ha incumplido los deberes que le son propios como árbitro y se ha sustraído de la emisión y firma del laudo y no ha acreditado el esfuerzo de plasmar el por qué de su decisión en un voto particular razonado, podrá instar una reclamación contra el mismo, fundamentada en una conducta que pudiera ser calificada como de grave negligencia, especialmente si se aprecia una voluntad entorpecedora del *iter* procesal arbitral, ampliamente denostada por la mejor jurisprudencia.

3.2.4.4. Obligación de que el laudo respete el quorum exigido

En el Derecho Romano, tal y como nos recuerda FERNANDEZ DE BUJAN, A.⁴⁸¹, a quien citamos literalmente, “Las partes podían designar libremente el número de árbitros, uno o varios⁴⁸², si bien lo usual, y lo que se recomendaba a las partes, era que el número fuese impar, por razones prácticas, así se afirma por Ulpiano en D. 4.8.16.6: «Cuando en el compromiso se acuerda la designación de dos árbitros... Puede quedar el asunto sin resolver a causa de la natural facilidad de los hombres para no ponerse de acuerdo, por lo que se suelen nombrar en el arbitraje un número impar de árbitros, no porque sea fácil que todos lleguen a un acuerdo, sino porque, aunque disientan, se encuentra una mayoría a cuyo

⁴⁸¹ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN A.: *Bases romanísticas*.....Op. cit.

⁴⁸² Así en D. 4.8.17.2: «Si son varios los árbitros que aceptaron el arbitraje, no deberá ser obligado uno a dictar él solo la sentencia, sino todos o ninguno». D. 4.8.32.13: «Cuando se ha hecho un compromiso para que sean varios los árbitros, con la condición de que si uno cualquiera, aunque sea solo uno, dicta sentencia, habrá que estar a ella, y los demás están ausentes, quedará obligado a dictarla el que está presente; pero si se hizo con la condición de que dicten sentencia todos, o conforme al parecer de la mayoría, no debe obligar el pretor a cada uno de forma separada, porque la sentencia de uno solo no sirve para exigir la pena comprometida». Los mayores problemas se plantean cuando el número de árbitros es par y no se ponen de acuerdo, lo que da lugar a la propuesta de diversas soluciones en las fuentes, así en D. 4.8.17.5 y D. 4.8.17.6.

arbitraje se habrá de estar... Si se eligen dos árbitros para dirimir la controversia y estos disienten, el pretor les obligará a designar a un tercero, cuya autoridad deberá ser reconocida».

Por su parte, el artículo 35 NLAB, dedicado a la adopción de decisiones colegiadas, señala que *“Cuando haya más de un árbitro, toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa. Si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente”*; y que, *“salvo acuerdo de las partes o de los árbitros en contrario, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento.”*

La Exposición de Motivos de la NLAB nos explica que *“En la adopción de decisiones cuando se trata de un colegio arbitral, y sin perjuicio de las reglas que directa o indirectamente puedan fijar las partes, se mantiene la lógica regla de la mayoría y la de que a falta de decisión mayoritaria decide el presidente. Se introduce la norma que permite habilitar al presidente para decidir cuestiones de procedimiento, entendiéndose por tales, a estos efectos, no cualesquiera cuestiones distintas al fondo de la controversia, sino, más limitadamente, las relativas a la mera tramitación o impulso procesales.”*

Esta última posibilidad del Presidente es una novedad de la NLAB y responde a la voluntad de potenciar al máximo el arbitraje y lograr que su impulso sea lo más efectivo posible.

No obstante, la citada redacción del artículo 35 NLAB no fue pacífica, puesto que la ENMIENDA NUM. 47 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), al igual que la ENMIENDA NUM. 63 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), propuso la supresión de la expresión siguiente: *«salvo que las partes hubieran dispuesto otra cosa»*, pues señala que *“Como acertadamente afirma la Fiscalía General del Estado el precepto que se deroga supone un excesivo tributo a la autonomía de la voluntad de las partes.”*

En la misma línea, la ENMIENDA NUM. 100 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) planteó, *“De conformidad con el informe de la Fiscalía General del Estado”, modificar el apartado 1 con la siguiente redacción: «1.Cuando haya más de un árbitro, toda decisión se adoptará por mayoría. Si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente.”*

Lo cierto es que la redacción definitiva es confusa, puesto que puede dar a entender que las partes pueden pactar que el laudo deba decidirse por unanimidad, a tenor de la expresión *“salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa”* distinta a la decisión por mayoría. Sin embargo, tal posibilidad se contradice con la previsión de que al no alcanzarse acuerdo entre los árbitros laudará en solitario el Presidente, con el fin de preservar al máximo el arbitraje. Por otro lado, el hecho de que las partes pacten que el laudo debe ser dictado por uno de los árbitros en un colegio arbitral resulta absurdo ya que sería incoherente entonces haber optado por un Colegio Arbitral. En nuestra opinión, cuando exista un Colegio arbitral la decisión se tomara por mayoría de votos y en el caso de que no se alcance habrá de ser el Presidente el que dicte el laudo.

Por otro lado, señalar que cuando el laudo hubiera de dictarse por una pluralidad de árbitros, aunque la NLAB nada dispone, es evidente que con carácter previo a la emisión del laudo habrá de tener lugar la deliberación y votación de los árbitros, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1930, que dice que “...partiendo de la anterior base, y derivándose el pronunciamiento absolutorio que la sentencia, recurrida contiene, no solamente de la parte activa y directa que establece tomó el amigable compositor don J .A.M.B. **en los estudios de los temas sometidos a la amigable composición, celebrando conferencia con los otros dos amigables componedores, con él elegidos, don G .C.B. y don J .L.G,** sino también del hecho fundamental que al propio tiempo consigna de haber sido total y definitivamente resuelta en su propio domicilio, con su disconformidad, mediante el fallo acordado por los dos últimos.”

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1986 señala que «El motivo aparece formulado de forma equívoca, en cuanto que habiendo laudo recaído con fecha 19 de octubre de 1985 cuando el período para dictarlo concluía posteriormente, no puede decirse que haya recaído fuera del plazo, si no es partiendo del supuesto no acorde con los hechos expuestos de que **el árbitro disidente no intervino en la decisión, cuando lo cierto es que hasta última hora estuvo tomando parte en las decisiones y sólo unos días antes de ser firmado formuló una renuncia a su cargo de árbitro, dejando así a su libre arbitrio conferir eficacia o ineficacia al laudo ya estudiado y deliberado por los tres árbitros**»⁴⁸³.

En virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes, los reglamentos de las corporaciones o asociaciones, o los propios árbitros, pueden establecer una tramitación a estos efectos, que en caso de ser vulnerada podría fundar el recurso de anulación. La citada regulación habrá de ser, en todo caso, conforme a lo dispuesto en las normas legales sobre el tema. Así, el laudo arbitral se ha de decidir por mayoría de votos (art. 34 LAB y 35 NLAB), como nos recuerda la sentencia de 10 de mayo de 1941 del Tribunal Supremo, al exponer “...que afirma la sentencia recurrida, en calidad de hechos acreditados por la resultancia de las pruebas practicadas en el incidente que **si bien uno de los tres amigables componedores designados en la escritura de compromiso no firmó el laudo discutido, todos ellos concurrieron a la discusión y votación de cuantos temas o cuestiones les estaban sometidos y que quedaron resueltos por mayoría absoluta de votos antes de que recibieran aquéllos el oficio por el que la autoridad judicial les comunicó la incoación del sumario sobre falsedad supuestamente cometida en el documento privado respecto al que habían de decidir los componedores** cuál fuese la verdadera fecha de su otorgamiento; y siendo esto así, es manifiesto que aparte de que en el único motivo del recurso interpuesto por don Fidel M. y v. se contradicen, y no ciertamente del preciso modo que autoriza y exige el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las fundamentales afirmaciones que antes se expresan, no incidió la sentencia recurrida en las infracciones de ley y de

⁴⁸³ Vid. también, S. de 14 de junio de 1971 (R.A. 3.241).

*doctrina supuestas por el recurrente, toda vez que lejos de desconocerse en ella que la excepción de cosa juzgada sólo puede fundarse en sentencia recaída, que para que haya ésta en los juicios de amigables componedores es necesario que el número de éstos sea impar con mayoría absoluta de votos y que se dicte ante Notario en un solo acto, sustenta la Sala de instancia su fallo en la apreciación de **haberse observado en el caso debatido todos estos requisitos y formalidades conforme a los preceptos y doctrina que como violados se invocan en el recurso, sin que quepa admitir que la negativa de uno de los litigables componedores a firmar el laudo ya discutido y votado impide que éste tenga existencia y efectos, porque para que lo discutido y resuelto en el juicio de aquella clase constituya sentencia es requisito esencial que todos los designados en la escritura de compromiso concurren a la decisión de las cuestiones que les estén sometidas, y cuando así sucede la negativa de uno de los componedores a firmar el acuerdo resultante por mayoría de votos no le priva de validez ni eficacia, ni deja en libertad a las partes para llevar sus diferencias ante los Tribunales ordinarios, obligando a entenderlo así el texto y sentido del artículo 834 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y lo ya declarado por esta Sala, entre otras sentencias en las de 23 de diciembre de 1892 y 5 de octubre de 1910.»***

La sentencia de 6 de diciembre de 1941 del Tribunal Supremo señala que *«según dispone el artículo 834 de la misma Ley para que haya sentencia en amigable composición **se necesita mayoría absoluta de votos y si no la hubiere queda sin efecto el compromiso, y en el caso presente lo que se somete a la apreciación del juzgador es una decisión emitida aisladamente y firmada por uno solo y que, por tanto, no contiene opinión ni voto de ninguna materia ni puede ostentar condición jurídica de laudo eficaz, toda vez que a ella no han concurrido los otros dos componedores (que ya habían emitido sus fallos) mediante la deliberación o contraste de opiniones no debe preceder al fallo definitivo aunque no siempre se consiga llegar a una resolución unánime, y así tiene declarado esta Sala (sentencia de 5 de octubre de 1910) que no existe laudo si sólo concurrieren a dictarle dos de los tres componedores»***⁴⁸⁴. La necesidad de esta mayoría se plasma igualmente en la firmas del laudo, como señala la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 febrero 1989, que dice que *“.....la emisión del laudo en cuestión fue llevada a cabo no solamente por dos de los árbitros designados -don Julián G. de la C. y don José Alonso G. M.- sino también por el tercero también designado -don Julio B. S.-F-, dado que **aunque aparecían firmándolo los dos primeros, sin embargo fue emitido por los tres, por mayoría determinada por el voto conforme de dichos don Julián G. de la C. y don José Alonso G. M. y disconformidad con éstos del referido don Julio B. S.-F., como lo revela la siguiente circunstancia de que los tres hayan acudido el 11 de mayo de 1987, en que el auto fue dictado ante el Notario de***

⁴⁸⁴ En el mismo sentido, S. de 16 de febrero de 1971 (R.A. 687); S. de 14 de julio de 1986 (R.A. 4.507). Como puede verse en la S. de 12 de diciembre de 1964 [4,7 ,8] (R.A. 5.872), la impugnación, en su caso, del laudo por defecto en la obtención de mayoría sólo podía ventilarse por procedimiento declarativo.

Zamora don José María L. C., a fines de protocolización del auto cuestionado, poniendo de manifiesto que fue dictado por los tres, si bien no lo suscribió el meritado árbitro don Julio B. S.-F., pues **una cosa es no conformidad con lo acordado, por mayoría, por dos de los tres árbitros designados, y otra negativa a firmar el resultado de tal acuerdo mayoritario pues el no entenderlo así llevaría al absurdo de apreciar que se pudiese dejar de dar cumplimiento al arbitraje encomendado, después de la decisión de los árbitros, por el simple hecho de que uno de ellos se negase a firmar el acuerdo resultante**”

Lógicamente, en el supuesto de que alguno de los árbitros discrepara de la mayoría podrá hacer constar su voto particular, como señala el artículo 35.1 NLAB (y antes el artículo 33.1 LAB). La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1976 señala que **«emitieron un "Laudo" por mayoría al no comparecer en su otorgamiento justo el Arbitro, designado por la sociedad que actualmente es recurrida, quien no formuló voto particular, ni alegó objeción alguna al respecto»**.

Y la sentencia de 19 de septiembre de 1989 del Tribunal Supremo establece que **«por otra parte, es de tener en cuenta que los votos particulares formulados por dos de los tres árbitros que han posibilitado con su parecer el laudo acordado por mayoría, en manera alguna alteran ese acuerdo, ya que lo único que hacen dichos árbitros con ello es justificar las razones conducentes a fijar la cantidad que en tal laudo se reconoce, por entender, acertadamente, según queda expuesto en el precedente fundamento de derecho, que las referidas cuestiones de costes relativos a reparaciones e indemnizaciones, por causa del plazo para la realización de las obras, no fueron encomendados como objeto del arbitraje en cuestión.»**

PRIETO CASTRO⁴⁸⁵ afirma que «no sabemos, para satisfacer, cuáles principios o reglas, ni para qué utilidad (creemos que para todo lo contrario) está previsto que se admitan y consignen pareceres discrepantes». Sin embargo, entendemos que, a los efectos de la impugnación del laudo, puede ser de utilidad conocer el contenido del parecer del árbitro o árbitros discrepantes del laudo que perjudica al recurrente.

Según el artículo 35 NLAB, que sigue la línea del artículo 34 LAB, si no hubiere acuerdo mayoritario, el laudo será dictado por el Presidente. En este caso, la acción de anulación podría fundarse tanto si, habiendo acuerdo mayoritario, el presidente dictara el laudo en contra de ese parecer, como si el laudo fuera dictado por un árbitro que no ostentara tal condición.

MORENO CATENA⁴⁸⁶ afirma que: «Tampoco se puede estar de acuerdo con esta disposición, porque no sólo se le concede voto de calidad, dirimiendo los empates,

⁴⁸⁵ Vid. PRIETO-CASTRO, LEONARDO: *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

⁴⁸⁶ Vid. MORENO CATENA, VÍCTOR y otros: *Derecho Procesal Civil, Parte General*, 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

sino que se le llega a facultar para dictar el laudo si no se alcanzara la mayoría; esto significa que siendo cinco o más los árbitros, y sosteniendo un parecer dos de ellos, otra solución distinta otros dos y una tercera postura el presidente, será éste quien dicte el laudo frente a la opinión discrepante de los otros cuatro componentes del Colegio arbitral». Sin embargo, nosotros defendemos que esta previsión de la NLAB es enormemente efectiva y permite evitar que el arbitraje no prospere y de su resultado, que no es otro que un laudo ejecutable, centrándose en la realidad del arbitraje y no en forzados ejercicios teóricas, puesto que la práctica habitual es un Colegio arbitral, con un árbitro nombrado por cada parte y un Presidente elegido por los otros dos árbitros o por una institución arbitral permanente, por lo que lo adecuado, en el caso de que los árbitros, además de ser nombrados por parte, actúen como “árbitros de parte”, es que el Presidente pueda decidir en solitario, si no le quedara más remedio.

Desde luego, estamos en absoluto desacuerdo con su afirmación de que una “una solución más adecuada, ya recogida en nuestro Derecho y que propugna PRIETO CASTRO es la de dejar el convenio sin efecto, caso de que no se lograra la mayoría.”, y afortunadamente la NLAB se ha alejado por completo de esa obsoleta línea de opinión.

Debemos llamar la atención a la confusión conceptual que parece producirse entre contar con el *quorum* suficiente para tomar decisión, lo que afecta a los principios esenciales del procedimiento arbitral; y a que las decisiones puedan ser tomadas por mayoría o incluso en solitario por el Presidente del Colegio Arbitral, si concurren determinadas circunstancias. Así pues, debemos afirmar que el hecho de que en una de las deliberaciones del Colegio Arbitral falte uno de los árbitros no presupone necesariamente indefensión de la parte que designó al árbitro ausente, puesto que éste en ningún caso actúa en representación de la parte que le nombró, pero sí que vicia el procedimiento formalmente, ya que en un entorno colegiado las deliberaciones y votaciones deben contar con la totalidad de los miembros del Colegio Arbitral, so pena de incurrir en una causa de anulación del laudo. Y ello es totalmente independiente de que, contando con el *quorum* necesario, las decisiones se adopten por unanimidad, por mayoría o por el voto de calidad del Presidente.

La Sentencia n. 200/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 10 de Junio de 2011, sirve para clarificar lo expuesto:

*”El hecho de que la acción de anulación solo pueda fundarse en una serie de motivos legalmente tasados, los identificados en el artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje, no impide que, **dada la generalidad de su formulación, puedan considerarse como causas de anulación supuestos no previstos expresamente en el precepto, pero que resulten subsumibles o deducibles de los relacionados en él (cuestión esta totalmente distinta de la posibilidad de ampliación del elenco de motivos anulatorios por vía de interpretación analógica, que ha de entenderse descartada).** Por otra parte, en el marco del régimen establecido por la Ley de Arbitraje, el motivo tipificado en el artículo 41.1.f) opera a modo de cláusula de cierre, encontrando en él acomodo todos*

aquellos supuestos que, entrañando una vulneración de los principios o derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, no son reconducibles a ninguno de los restantes motivos incluidos en la relación del artículo 41. La proyección de esta línea de razonamiento sobre la controversia concreta que nos ocupa convierte en estéril la discusión que se pretende montar sobre la base de la falta de referencia explícita en la Ley a un **"principio de colegialidad" aplicado a la institución arbitral. Lo verdaderamente importante es el sustrato material del alegato y su efectiva conexión con los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados en nuestra Carta Magna.**

*En este sentido, resulta indudable la idoneidad de la situación denunciada por la demandante para fundamentar una pretensión anulatoria, en cuanto que **la indebida conformación de la decisión, mejor aún, del acto decisorio reflejado en el laudo que pone fin a la contienda (no se hace referencia a otra cosa en la demanda), entraña, sin duda, indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución, pilar esencial del orden público, susceptible por ello de fundamentar una acción de anulación del laudo.***

*Desde otra perspectiva, los demandados discuten la correcta formulación de la pretensión impugnatoria afirmando que, en todo caso, nos encontraríamos ante un vicio "in procedendo" subsumible no en el apartado f), sino en el apartado d) del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje ("El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley"). Vinculan los demandados este alegato al hecho de que la presunta irregularidad en que se basa la impugnación se habría producido una vez concluida la tramitación respecto de las partes, negándole por ello virtualidad para generar indefensión a las mismas. La comprensión del argumento resulta harto difícil. De la lectura de los respectivos escritos de contestación cabría deducir una conexión con el descargo, profusamente reiterado a lo largo de aquellos, de que ninguna queja se formuló en el decurso del procedimiento arbitral por parte de PUMA en cuanto a la regularidad del mismo y la observancia en él de los principios de igualdad, audiencia y contradicción, por lo que no cabría después aducir indefensión, estableciendo los demandados una divisoria entre procedimiento arbitral propiamente dicho, que abarcaría todas las actuaciones seguidas hasta el trámite que marca el fin de la intervención de las partes (informes finales), y la fase final de decisión, situada en el ámbito del funcionamiento interno del colegio arbitral y, por ello, sin posibilidad de que cualquier irregularidad que se produjese en esta última etapa afectase negativamente a los derechos de las partes y, por ende, les produjese indefensión. **Con independencia de la dificultad confesada para comprender el hilo argumental de tal discurso, lo que resulta evidente es que la irregularidad denunciada, susceptible de generar indefensión, como se razonó en anteriores párrafos, únicamente pudo hacerse patente a las partes a partir de la notificación del laudo (así se sostiene en la demanda).***

No se alcanza a ver, al margen del acierto o desacierto de las disquisiciones de los demandados, el razonamiento que permitiría esgrimir la falta de queja sobre la regularidad del desarrollo del arbitraje en un periodo temporal anterior como argumento para negar de raíz la posibilidad de alegar indefensión generada en una fase localizada en un tiempo posterior.

Finalmente, la queja de falta de concreción de las razones por las que la demandante considera vulnerado el orden público, carece de fundamento, a la vista del contenido de la demanda. Cuestión distinta es la valoración que merezcan las razones aducidas o la elaboración doctrinal o teórica sobre las que aquellas se construyen. Por lo demás, ya se dijo al principio de este apartado que, **con independencia del "nomen", la situación fáctica subyacente que se denuncia es susceptible de integrar un supuesto de vulneración del orden público.**

CUARTO: La cuestión nuclear sobre la que pivota la respuesta que deba darse a la pretensión anulatoria en examen estriba en determinar si uno de los árbitros, el Sr. Gastón de Iriarte, resultó o no excluido del proceso de toma de la decisión plasmada en el laudo notificado a las partes. Como ya se apuntó, en el caso de que dicha exclusión se hubiese efectivamente producido nos encontraríamos ante una defectuosa conformación de la decisión del órgano, que debería ser por ello invalidada.

Tal como resulta de lo actuado, después de un intenso proceso de discusión en el curso de reiteradas reuniones celebradas en el transcurso del proceso arbitral, tras la celebrada el 28 de mayo de 2010 se estuvo cerca de alcanzar una decisión del colegio por unanimidad, posibilidad de acuerdo unánime que, finalmente, quebró en el transcurso de la última sesión que tuvo lugar con participación de todos los árbitros, la tarde del 31 de mayo de 2010. El día 2 de junio se reunieron dos de los árbitros, el Sr. Ramallo y el Sr. Temboury; fruto de dicha reunión es el laudo que fue notificado a las partes. El presidente del colegio arbitral, Sr. Ramallo, remitió copia del texto al tercer árbitro, Sr. Gastón de Iriarte (quien, como se ha indicado, no participó en la reunión en la que aquel se fraguó, a la que no fue convocado, constando a los demás miembros del colegio que se encontraba de viaje fuera de Madrid) el mismo día 2 de junio, a las 21:11, por email. También el día 2 de junio, a las 21:14, el secretario del colegio arbitral envió por idéntico conducto copia del referido texto como "laudo definitivo" a los letrados de las partes, haciéndoseles llegar más tarde ese mismo día un ejemplar firmado por los Sres. Ramallo y Temboury, con la siguiente leyenda en la antefirma: "Este laudo es firmado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.3 de la Ley de Arbitraje, por D. Luis Jacinto Ramallo García y por D. Miguel Temboury Redondo, formando entre ambos la mayoría de los miembros del Colegio Arbitral requerida por el citado artículo. No consta la firma de D. Santiago Gastón de Iriarte y Medrano por no haber prestado aún su conformidad al presente laudo, cuya notificación a las partes se considera no obstante conveniente realizar a la mayor brevedad posible, de acuerdo con el interés en tal sentido expresado por las mismas durante el presente arbitraje". No existe controversia sobre estos hechos, que, por lo demás,

se encuentran documentados en autos y han sido reconocidos por los miembros del colegio arbitral al ser examinados como testigos.

Entienden los demandados que la ausencia del Sr. Gastón de Iriarte de la reunión de la que resultó el laudo no priva de validez al mismo, toda vez que aquel se dictó tras un prolongado y profundo proceso de discusión con participación plena del Sr. Gastón de Iriarte, y después de hacerse finalmente patente en la reunión celebrada el 31 de mayo la irreconciliabilidad de las posiciones de este último con las de los otros dos árbitros, lo que llevó al presidente del colegio, Sr. Ramallo, a dar por concluidas las deliberaciones en dicho acto. En suma, según la parte demandada, nos encontraríamos ante un laudo adoptado por mayoría, que reuniría todos los requisitos legales.

No compartimos tal enfoque. La postura que sostienen los demandados resultaría inobjetable si en la reunión celebrada el 31 de mayo, con participación del Sr. Gastón de Iriarte, se hubiese alcanzado una decisión mayoritaria reflejada después en el texto surgido como consecuencia de la ulterior reunión de los Sres. Ramallo y Tamboury. Los elementos de juicio de los que disponemos no permiten afirmar, sin embargo, que eso fue lo que ocurrió. **No existe base para apreciar que las discusiones que tuvieron lugar en la meritada reunión culminaran en una fase propiamente decisoria; todo lo contrario, los elementos de juicio de que disponemos** (no existen actas ni otro medio formal de constancia del resultado de las deliberaciones del colegio arbitral; por lo que la cuestión ha de ser elucidada a la luz de las contestaciones dadas por los propios miembros del colegio al ser examinados como testigos y lo que revelan las comunicaciones cruzadas entre ellos que obran como prueba documental) **revelan que la decisión fue diferida.** Esto es lo que se desprende de las comunicaciones cruzadas entre los componentes del colegio arbitral en el lapso de tiempo entre la finalización de la reunión de continua referencia y la notificación al Sr. Gastón de Iriarte del texto acordado por los otros dos árbitros. Aun prescindiendo de las comunicaciones remitidas por el Sr. Gastón de Iriarte, las que en contestación a las mismas expidieron los Sres. Ramallo y Tamboury resultan significativas. Así, en el email enviado por el Sr. Tamboury a las 0:07 del día 1 de junio (documento 18 de la demanda), contestando al previamente remitido por el Sr. Gastón de Iriarte a las 22:24 del día 31 de mayo, con el que este último pretendía confirmar ciertos acuerdos presuntamente alcanzados en la reunión celebrada esa misma tarde en cuanto a la forma de proceder para el pronunciamiento del laudo tras el resultado fallido del encuentro, se puede leer lo que sigue: ". Has hecho imposible un acuerdo y tenemos que buscar otras vías de actuación. Yo le he dicho a Luis (Ramallo) que le mandaré mi laudo lo antes posible pero, repito contigo no me he comprometido a NADA. Tampoco he oído a Luis decir que él vaya a redactar un tercer laudo, sino que hará lo que crea más oportuno: adherirse a uno de los nuestros o redactar un tercero", y, más adelante: ".En lo único que creo ha habido acuerdo es en que el laudo debía estar dictado el 15 de junio, aunque en realidad nada impediría hacerlo antes si no fuera porque tú te vas (incluso esta circunstancia tampoco lo impide, pero los demás árbitros nos hemos avenido a esperarte)". De igual modo, el email enviado a las 13:56 del día 1 de junio por el

Sr. Ramallo en contestación a la misma comunicación del Sr. Gastón de Iriarte: "Acuso recibo de tu último correo y en referencia con el mismo, el único acuerdo que tomamos ayer fue que no más tarde del 15 de junio próximo notificaríamos el laudo a las partes.". También el email remitido por el presidente del colegio arbitral, Sr. Ramallo, al Sr. Gastón de Iriarte, a las 21:11 del día 2 de junio (obrante a la página 63 del tomo 13 del expediente arbitral), en el que figura "Notificación laudo definitivo (02.06.10)" en el apartado "Datos adjuntos": "Dada la imposibilidad, después de múltiples reuniones del Colegio Arbitral de llegar a un laudo por unanimidad, a pesar de mis esfuerzos en tal sentido, he llegado a la conclusión de que la única vía posible era conseguir un laudo por mayoría. En tal sentido, Miguel Tembory y yo hemos encontrado rápidamente una postura que nos satisface a ambos. Habiendo alcanzado una posición mayoritaria suficiente al amparo del artículo 37.3 de la LAB, consideramos que no tiene ningún sentido demorar por más tiempo la terminación de este procedimiento arbitral, máxime a la luz de tu último correo electrónico de la noche de ayer, en el que pareces sugerir nuevas e interminables discusiones sobre este asunto en el que ya está todo más que discutido y debatido. Por ello vamos a proceder a notificar el laudo por mayoría de forma inmediata. Te adjunto copia de dicho laudo antes de su notificación a las partes. Queda a tu libre elección adherirte al mismo o formular un voto particular".

De lo transcrito se desprende que, con independencia de la participación del Sr. Gastón de Iriarte en el profundo proceso de discusión que había tenido lugar en reuniones previas, lo cierto es que a 31 de mayo todavía no se había adoptado ninguna solución concreta por el colegio arbitral, pues existían diversas posibilidades abiertas y, sin embargo, aquel resultó excluido de la última fase de deliberación y de la de decisión del laudo notificado a las partes. Que existió un nuevo proceso deliberativo se colige de la diferencia apreciable entre el contenido del texto resultante del encuentro de los Sres. Ramallo y Tembory y el de aquella propuesta que se llevó a la reunión de todos los árbitros el día 31 de mayo, que, según nos consta, no suscitó consenso. No solo no se advirtió al Sr. Gastón de Iriarte de la celebración de la reunión de la que salió la decisión notificada a las partes como laudo, sino que tampoco se le permitió participar de otro modo ni influir en alguna medida en la conformación de la decisión final del órgano arbitral: tal como resulta del email del Sr. Ramallo fechado el 2 de junio de 2010, el acuerdo alcanzado por este último y el Sr. Tambory se le presentó al Sr. Gastón de Iriarte como una decisión definitiva, que no admitía ningún tipo de contribución y que, además, iba a ser notificada de forma inmediata a las partes, como así acaeció, convirtiendo con ello en ilusoria incluso la posibilidad que se decía brindar al Sr. Gastón de Iriarte de formular un "voto particular". Conviene aquí aclarar un doble equívoco en el que incurren los demandados: por una parte, **la falta de participación del Sr. Gastón de Iriarte en la integración de la decisión no podría entenderse subsanada por la posibilidad de formular a posteriori un "voto particular" en el caso de no estar de acuerdo con dicha decisión; por otra parte, una vez firmado, el laudo adquiere eficacia vinculante para los árbitros, no pudiendo estos modificarlo (a excepción de la simple corrección de errores de cálculo**

o materiales, artículo 39.3 de la Ley de Arbitraje), produciéndose, además, el cese de aquellos en sus funciones (artículo 38.1 de la Ley de Arbitraje), por lo que, en todo caso, como antes se indicó, la posibilidad de que el Sr. Gastón de Iriarte pudiese formular un "voto particular" solo puede calificarse de ficticia, habida cuenta la inmediatez con que se procedió a notificar el laudo firmado a las partes, careciendo de fundamento legal las tesis de los demandados, quienes sostienen la vigencia de tal posibilidad, más allá de la firma del laudo y de su notificación, hasta la protocolización notarial del laudo (acaecida el 2 de julio), formalidad esta última que carece de significación en el marco de la regulación vigente en materia arbitral.

Llegados a este punto, parece evidente la futilidad del intento de esgrimir como justificación del incorrecto proceder descrito en líneas anteriores, que vició la regular conformación de la decisión del órgano arbitral, razones de celeridad o atinentes a las facultades de autocomposición del tribunal en cuanto a su funcionamiento."

No respetar el *quorum* en un entorno decisonal colegiado supone una vulneración de los principios del procedimiento arbitral, pero lógicamente de ese hecho factual no se derivan directamente responsabilidades, ya que es preciso evaluar la intencionalidad de los árbitros (en este caso, necesariamente tenemos que hablar de dos de ellos, o del Arbitro Presidente); el daño causado y su cuantificación; y el nexo causal.

En cuanto a la intencionalidad, en este caso nuestra opinión es que tan solo tiene cabida el dolo o la negligencia grave, ya que resulta evidente, especialmente para quienes se les exige una diligencia superior a la del buen padre de familia, que todas las deliberaciones y decisiones deben discutirse por la totalidad del Colegio Arbitral, reunidos física o virtualmente, con independencia de que las decisiones resultantes de las deliberaciones se tomen por unanimidad, mayoría o voto de calidad.

En cuanto al daño, es evidente que nada tiene que ver, con respecto a la afrenta a los principios de audiencia, igualdad y contradicción, incumplir el deber de *quorum* en una reunión en la que el Colegio Arbitral decida sobre temas logísticos del arbitraje, que en otra en la que se decida cuales son las pruebas que se van a aceptar o en otra que sea la reunión final de deliberación del laudo. Sin embargo, como venimos insistiendo, tal valoración no está en manos del árbitro o de la parte reclamante, sino exclusivamente del Tribunal Superior de Justicia que conozca de la acción de impugnación instada por la parte reclamante, a quien para ello se le exige haber previamente expuesto, de haberle sido posible, este incumplimiento dentro del ámbito procesal arbitral. Por lo tanto, el daño será siempre la anulación del laudo por esta causa, y la cuantificación del mismo vendrá dada por los costes del arbitraje, ya que la parte habrá de iniciar un nuevo procedimiento, arbitral o judicial, según preceptúe el convenio arbitral.

En cuanto al nexo causal, el mismo es evidente, ya que la anulación del laudo se produce por la actuación de los árbitros –o del árbitro presidente- excluyendo al otro u otros árbitros. El caso que mencionamos del árbitro presidente es extremo,

porque consistiría en ignorar a los otros dos árbitros, negándoles la posibilidad de deliberar y de que incluso pudieran alcanzar ellos una decisión por mayoría diferente de la del Presidente, y resolver en solitario haciendo uso de su voto de calidad, que le daría una falsa apariencia de buen derecho a su decisión. Aunque disparatado como ejemplo, lógicamente presupondría dolo por parte del Arbitro Presidente, siendo el daño de esta acción los costes del arbitraje, siempre que el laudo fuera anulado por esta causa, instada por la parte reclamante. El nexo causal entre la actuación del árbitro y el daño es evidente.

3.2.4.5. Obligación de que el laudo no sea contrario al orden público

Como ha señalado MARIN LÓPEZ⁴⁸⁷, «La primera causa de denegación es que el laudo sea contrario al orden público. Se trata de un caso general cuando se aplica derecho material extranjero, pues, declarada la incompatibilidad de éste con la reglamentación del foro español, no es posible la aplicabilidad del laudo. Esto concuerda con lo establecido, para los laudos internos, por el artículo 41.1.f) NLAB y con lo preceptuado en el convenio de Nueva York de 1958.

Pasamos a continuación a estudiar el concepto, clases y régimen jurídico del orden público como causa de anulación, ya que del citado estudio podremos concluir, a tenor de la vinculación antes comentada, qué repercusiones puede tener una anulación de un laudo por contrario al orden público con la responsabilidad del árbitro que lo haya dictado.

3.2.4.5.1. Concepto y clase de Orden Público

El orden público es un concepto jurídico indeterminado, flexible, dinámico, de difícil definición⁴⁸⁸. Siguiendo a HINOJOSA⁴⁸⁹, vamos a recoger algunos criterios doctrinales y jurisprudenciales que si bien van referidos al alcance del orden público internacional, como motivo obstativo para la ejecución de sentencias o para el reconocimiento de laudos extranjeros, puede servirnos para precisar más adelante el régimen jurídico del orden público como motivo de anulación del laudo.

⁴⁸⁷ En «La ejecución en España de laudos arbitrales: La Ley 36/1988, de 5 de diciembre», en *La Ley*, 1989, tomo 2, pág. 1027.

⁴⁸⁸ R.D.G.R.N. de 6 de abril de 1979 [3] (R.A. 1.462): *Que no hay que olvidar que la excepción de orden público es por su propia naturaleza de carácter variable, elástico y flexible, puesto que, si según la jurisprudencia el orden público está constituido por "aquellos principios jurídicos públicos y privados políticos y económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada" -Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966 (R.A: 1.648)-, es indudable su carácter relativo .ligado a la concepción social y política de cada momento histórico aparte de que, en todo caso, en el campo internacional la excepción de orden público, por suponer una quiebra a la comunidad jurídica universal ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente.» A. T .S. de 29 de abril de 1985 [4]:«pese a la indeterminación del concepto de orden público existe casi unanimidad en asimilarlo a los principios básicos o fundamentales de la organización social y jurídica en los que se inspira el derecho nacional».*

⁴⁸⁹ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL: *El Recurso de Anulación contra los laudos arbitrales* (Estudio Jurisprudencial). Edersa, 1991

Como ha señalado BATTLE VÁZQUEZ⁴⁹⁰, «el concepto de orden público no es de fácil concreción. Encierra la idea comprensiva de todo lo que estimándose esencial y básico para el mantenimiento del buen orden de una sociedad se considera como obligatorio, aun contra la voluntad de los individuos. Eso hace que su contenido sea variable, según las circunstancias mudables de lugar y tiempo y los condicionamientos políticos, morales y económicos que imponen la organización y desenvolvimiento de la Nación y del Estado. Concepto dinámico por naturaleza, cuya fijación en cada momento y ocasión, corresponde a los Tribunales, que habrán de buscar la razón de decidir en el espíritu de las propias leyes en sentido imperativo, en las normas morales sentidas de manera general y en las circunstancias básicas del orden económico».

Por su parte, FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO⁴⁹¹ entienden que el orden público puede ser definido, en sentido amplio, «como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado».

La relatividad y variabilidad de la noción de orden público ha llevado a sugerir dos remedios que recoge AGUILAR NAVARRO⁴⁹²: “[1] enunciar los grandes temas y sectores en los que hace acto de presencia el orden público; 2) referirse a unas nociones muy generales, a unos principios esenciales y fundamentales que actúan como criterios de orientación en la labor de concretizar la aplicación del orden público”.

En resumen, AGUILAR NAVARRO⁴⁹³ entiende que es posible afirmar que el orden público intenta salvaguardar los siguientes principios y valores: “(1) la soberanía nacional, con todo lo que implica en lo político, social y económico; 2) el orden social y jurídico del Estado; 3) el fin social que inspiran determinadas leyes o la acción protectora de determinadas instituciones y políticas sociales (protección de los socialmente débiles, política de planificación social, planes de desarrollo económico. ..) ; 4) el esquema institucional e ideológico del Estado; 5) los supremos principios del Derecho natural y de la justicia; 6) los intereses esenciales y constitutivos del estatuto del ciudadano”.

Por último, DORAL⁴⁹⁴ ha subrayado que “La voz más autorizada para señalar en cada momento lo que debe entenderse por orden público es la jurisprudencia,

⁴⁹⁰ Vid. BATTLE VÁZQUEZ. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO García, tomo I, Edersa, Madrid, 1978, págs. 109-110.

⁴⁹¹ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO. *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 482.

⁴⁹² Vid. AGUILAR NAVARRO, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, tomo II, Parte segunda, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, págs. 217-218.

⁴⁹³ *Ibidem*.

⁴⁹⁴ Vid. DORAL: En *La noción de orden público en el Derecho Civil español*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1967, pág. 136.

mas no por eso la noción de orden público se hace jurisprudencial. El orden público está más allá de las leyes y de la jurisprudencia; o, mejor, compone el entorno en que se desenvuelven las actividades legislativa y jurisprudencial”.

Desde el punto de vista jurisprudencial, se puede citar, a estos efectos, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1933, que dice que *“en tales razones va también implícita la de ser esa designación contraria al **orden público, porque este concepto, que se refiere al complejo de normas reguladoras y tutelares del interés público, que comprende a toda organización social en sus aspectos múltiples, políticos, económicos y jurídicos, encierra primordialmente el principio de la libertad del comercio y el fomento de la riqueza nacional, consagrado en nuestro derecho, que se lesionarían con enorme agravio, mediante una eliminación irregular de sus actividades, frente al de intereses extranjeros concurrentes y privilegiados; y así es como en los países de derecho británico considera su jurisprudencia como actos in breach of the public policy, entre otros aquellos que atacan a la libertad del comercio y de la industria.**»*

De la mayor importancia ha sido la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966, que establece que *“sin embargo, como en muchas ocasiones, la vigencia de este derecho ajeno a la eficacia de esas sentencias extranjeras, puede chocar con ciertos principios que el Derecho nacional reputa intangibles dentro del territorio de su soberanía -pues los sistemas jurídicos de los distintos países no están basados, en todas sus partes, en idénticas normas es igualmente necesario proveer a la defensa de esos principios que se consideran intangibles y que constituyen lo que se llama **orden público nacional, que está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada.**»*

Es claro que hay diversas clases de orden público. Para los internacionalistas, la clasificación más importante es la que distingue entre el orden público interno y el orden público internacional⁴⁹⁵, como señala AGUILAR NAVARRO⁴⁹⁶ al afirmar que “la distinción más fundamental es la que contrapone el orden público interno al orden público internacional. A lo largo de los años, y merced a las distintas interpretaciones doctrinales, esta distinción ha ido adquiriendo características muy diferenciadas. Inicialmente, el orden público interno aludía a la limitación que en materia de contratos, de autonomía de la voluntad se imponía por el ius cogens. Más tarde, con el orden público interno se quiso expresar el que afectaba a los indígenas, pero no ya a los extranjeros. Un paso más y el orden público interno quedaba anclado en la esfera jurídica nacional, en tanto que el orden público internacional estaba pensado en términos supranacionales. En una posición más compleja y más reciente, el orden público interno representaría la imposición de

⁴⁹⁵ Tal distinción se debe al autor suizo BROCHER.

⁴⁹⁶ Vid. AGUILAR NAVARRO, *Derecho Internacional Privado*.....Op. cit.

aquellas normas que el Ordenamiento del Foro considera como inderogables, normas vigentes con una especial reserva de aplicación (SPERDUTI); en tanto que el orden público internacional se presenta como una excepción a la aplicación de las normas extranjeras, como una negative allocation (WENGLER)”.

Para GOLDSCHMIDT, W. «el orden público interno constituye la barrera de la autonomía de la voluntad y abarca la totalidad del Derecho Civil coactivo: ius cogens privatorum pacti mutari non potest. El orden público internacional, en cambio, condena las normas de importación y abraza sólo las normas rigurosamente prohibitivas”.

Por su parte, FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO⁴⁹⁷ entienden que “el orden público interno estaría integrado por el conjunto de normas imperativas existentes en un sistema jurídico cuyo cumplimiento no es disponible por las partes, en tanto que el orden público internacional es una función mucho más restringida, al abarcar solamente el sector de principios imperativos del foro, de carácter irrenunciable, que se imponen a las relaciones de tráfico externo”.

Desde el punto de vista del arbitraje, CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN⁴⁹⁸ exponen que “De hecho, la noción de orden público actúa como tamiz y correctivo funcional para adecuar un elemento jurídico extranjero al ordenamiento del país receptor, y como tal es reconocido por el Derecho positivo de las Convenciones, tanto bilaterales como multilaterales. En definitiva, el acotamiento de la materia arbitrable se erige como dispositivo de defensa de las normas imperativas del ordenamiento jurídico que, como tales, quedarían burladas si sobre ellas pudiesen disponer las partes y los árbitros como elementos extraños al orden jurisdiccional estatal”.

A los efectos que nos interesan, esta distinción es, en realidad, irrelevante. Por ello nos vamos a referir únicamente al orden público interno, que es el que puede dar lugar a la anulación del laudo y del que pueden derivarse responsabilidades para los árbitros.

Otra distinción importante es la relativa al orden público material y orden público procesal, a la que se ha unido la noción de orden público constitucional y mucho más recientemente el orden público económico. El orden público material afecta al fondo de lo decidido por el laudo, encontrándonos con una infracción del orden público sustantivo, por ejemplo, por haberse sometido materias que no pueden ser objeto de arbitraje; y, conforme a la naturaleza imperativa de las normas procesales, se produce la infracción del orden público procesal cuando se vulnera una norma de tal carácter.

Así, REMIRO BROTONS afirma que «El orden público sustantivo consentiría al juzgador cubrir los intereses del foro desde la perspectiva del contenido de la

⁴⁹⁷ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, JOSE CARLOS y SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1991.

⁴⁹⁸ Vid. CHILLÓN MEDINA, JOSE MARIA y MERINO MERCHÁN, JOSE FERNANDO. *Sistema de Derecho.....Op. cit.*

decisión. El orden público procesal protegería esos mismos intereses y, también en su caso, los de las partes, desde el punto de vista de la competencia del juez que pronunció la sentencia, del respeto de los derechos de la defensa, de los medios de prueba de la compatibilidad de la decisión bajo trámite con decisiones ya firmes y operantes en el foro o, incluso, con decisiones en gestación al hilo de procedimientos en curso.”

El carácter relativo y dinámico de la noción de orden público permite su actualización y de ahí que se hable hoy de un nuevo orden público. En efecto, la Constitución española y la jurisprudencia que la ha interpretado han venido a configurar lo que se ha dado en llamar «orden público constitucional». Este es el que a nuestro juicio recogió la Exposición de Motivos de la LAB cuando declaró que el concepto de orden público había de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución, al igual que lo ha hecho la NLAB, en cuya Exposición de Motivos leemos que *“Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros.”*

Para FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO⁴⁹⁹ «existe un control constitucional de fondo, limitado al respeto de las garantías constitucionalmente previstas en el artículo 24 ya la protección de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional».

En este sentido son ilustrativas la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985, de 13 de febrero, que dice que *“situada así en sus precisa respuesta, pues, **derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público**, y que en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto.”*; y la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 43/1986, de 15 de abril, que señala que *“Antes de la entrada en vigor de la Constitución la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 954) y la doctrina jurisprudencial han venido denegando el reconocimiento y ejecución de Sentencias extranjeras contrarias al orden público del foro. **Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1973. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución**”*⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, JOSE CARLOS y SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO: Curso de Derecho....Op. cit.

⁵⁰⁰ En el mismo sentido, A.T.C. 795/1988, de 20 de junio; S.T.C. 54/1989, de febrero.

Lo anterior no es sino un apunte de un concepto *per se* complejo. Lo que nos interesa, fundamentalmente, es determinar lo mejor posible al alcance que el concepto de orden público puede tener como motivo de impugnación del laudo en la NLAB, habida cuenta de que nuestro análisis se centra en el orden público interno, puesto que el orden público internacional juega como límite del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, materia excluida de este trabajo en cuanto a posible fuente de responsabilidades para los árbitros. No obstante, bien es cierto que no debemos dejar de tomar como referencia el concepto definido como orden público internacional por el Tribunal Supremo, puesto que está directamente relacionado con el arbitraje, aunque éste sea internacional y por ende no sea de aplicación a la impugnación de los laudos extranjeros lo previsto en el artículo 41 NLAB.

Sin embargo, el hecho de que la NLAB, como hacía la LAB, recoja causas de anulación específicas, entre las que se encuentra la vulneración del orden público, no significa que las primeras no se subsuman a su vez dentro del concepto de orden público sino que simplemente han sido destacadas por un importancia, en aras de una mayor claridad, operando la referencia genérica al orden público como una salvaguarda, tal y como explicaremos a continuación, para prevenir situaciones no específicamente contempladas en las causas anteriores. Por ello, el concepto de orden público internacional definido por el Tribunal Supremo, que necesariamente subsume dentro de sí todas las causas que suponen contravención del orden público, es un excelente referente para el análisis del contorno del orden público nacional.

De este modo, debemos fijarnos en el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única), de 7 octubre 2003, que señala: *“...sino destacar la falta de imparcialidad del órgano arbitral, consecuente a una designación de la institución arbitral al margen de la voluntad de las partes. En punto al motivo de oposición que contempla el citado precepto del art. V. 1 - d) del Convenio, cabe decir que difícilmente se puede apreciar cuando, como ya se ha dicho, la entidad oponente compareció en el arbitraje y participó en la designación de los integrantes del tribunal arbitral, inequívoco signo de que respondía, en su constitución, a la voluntad de las partes; y en cuanto a la alegada falta de imparcialidad, que se reitera en el siguiente motivo de oposición, y que también se justifica en la violación del orden público que integra el contenido del que se formula en último lugar, no puede perderse de vista que, si bien es cierto que la imparcialidad, tanto subjetiva como objetivamente considerada, es una cualidad consustancial al ejercicio de la función jurisdiccional y una consecuencia que ha de venir de la independencia y la predeterminación legal de sus titulares, y, que, en tal medida, integra, en efecto, el contenido del orden público internacionalmente considerado, no menos cierto es que la misma, ya como cualidad moral, ya como deber jurídico, se encuentra ineludiblemente atemperada cuando se trata de un arbitraje, en donde la autonomía de la voluntad de las partes tiene capital presencia e importancia, y alcanza, o puede alcanzar, tanto a la determinación de quiénes han de integrar el órgano arbitral, como a la forma de su*

designación, como, en fin, al procedimiento en el que se ha de desenvolver el arbitraje. Pero es que, con independencia de ello, no cabe desconocer que la verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse "in casu", tal y como enseña, entre otras, la STC 236/97 (RTC 1997, 236) , comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicios no concluyentes, incapaces de destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse de los órganos decisorios, ya sean éstos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral o que participen de esa naturaleza.”

Asimismo, establece que “Lo que se acaba de exponer da pie para examinar las causas de denegación que se asientan en los supuestos defectos en el desarrollo del arbitraje, particularmente referidos a la **falta de notificación del procedimiento arbitral a la parte** a la que se pretende el exequátur, a la subsiguiente **falta de notificación de la designación del árbitro -y la correlativa falta de intervención en su nombramiento-**, a la **falta de la necesaria actividad probatoria sobre los hechos en los que se asienta la decisión arbitral**, y, en fin, a la **falta de notificación, en tiempo oportuno, del laudo**, defectos a los que se añaden los consistentes en **haberse seguido el arbitraje en idioma chino**, y en la **falta de firmeza de la resolución arbitral**. Todos ellos se alegan, por ende, también desde la vertiente del orden público en que, en efecto, cabe considerarlos incluidos en la medida en que afecten a los derechos y garantías procesales constitucionalmente tutelados.

Ahora bien, ni desde la perspectiva de los presupuestos del reconocimiento que se derivan del art. V. 1 del Convenio de Nueva York (RCL 1977, 1575) , ni desde la perspectiva del **orden público de ineludible salvaguardia ex art. V. 2**, cabe estimar el motivo de oposición que se esgrime. Debe advertirse que sobre el mismo descansa, en realidad, el alegado incumplimiento del requisito impuesto por el art. IV. 1-b) del Convenio, alegato que tiene como presupuesto el desconocimiento del curso del proceso arbitral y la falta de intervención en el mismo de la entidad demandada. Una y otra afirmación, sin embargo, no se compadecen bien con el contenido del documento nº 4 de los aportados con la demanda de exequátur, del que se desprende el apoderamiento efectuado por la mercantil oponente en favor de los dos Letrados que habían de representarla en el procedimiento de arbitraje, hecho éste que la demandada no ha logrado desvirtuar, tal y como le corresponde, estando en su mano acreditar que, como sostiene, el otorgante del poder no formaba parte de la entidad y, por tanto, carecía de las debidas facultades representativas. Así las cosas, debe negarse también virtualidad a los demás defectos de procedimiento afirmados -la ausencia de actividad probatoria y la falta de notificación del laudo-, ante la constancia de la

referida designación de los profesionales, de su intervención en el proceso, y de la comunicación a los mismos de la resolución arbitral. E igualmente sin fundamento queda el alegato efectuado **desde la óptica del orden público, pues no hay constancia de que, no obstante haber estado representada en el procedimiento de arbitraje, no hubiera podido ejercitar en él, y con la debida extensión, sus derechos de defensa, utilizando los medios de alegación, de prueba y de impugnación de que disponía y considerarse oportunos. Y tampoco cabe ver situación de indefensión alguna como consecuencia del idioma utilizado en el arbitraje en quien formaliza relaciones comerciales en el Estado de dicho idioma, con empresas de dicho Estado, y en quien se ha apreciado la concurrencia de la voluntad de someter las disputas surgidas en el desarrollo de tales relaciones a una institución de dicho país, habiendo intervenido, por ende, en el proceso arbitral oportunamente representado por los profesionales nativos designados al efecto. Por último, debe también rechazarse como motivo de denegación del reconocimiento la falta de firmeza del laudo arbitral, pues no puede desconocerse que, conforme a lo dispuesto en la letra e) del art. V. 1 del Convenio de Nueva York, de continua referencia, corresponde a la parte demandada acreditar que la resolución arbitral no es aun obligatoria, o que ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada.**“

El Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 20 junio 2000, del que fue ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ, señala que **“El núcleo de la oposición al «exequatur» se centra en la vulneración del orden público interno que se entiende producida por tres diferentes motivos: primero, por faltarle al demandante la necesaria legitimación activa; segundo, por existir prejudicialidad ante órganos jurisdiccionales españoles; y tercero, por reclamarse una deuda que no es firme ni definitiva.** A ello se añade, también aparentemente bajo la denuncia de la transgresión del orden público, la supuesta **incongruencia de la parte dispositiva del laudo arbitral.** Tales alegaciones, en cuanto constituyen, en realidad, diferentes causas de oposición no siempre y en todo caso reconducibles a la específicamente contemplada en el art. 5.2 b) del Convenio de Nueva York, deben analizarse separadamente y a la luz de cuanto dispone ese mismo artículo, tanto en su apartado primero como segundo.

La falta de legitimación activa que oponen los demandados ha de entenderse referida tanto a la legitimación procesal en el pleito de origen, considerada como la peculiar situación jurídica respecto del objeto del proceso que confiere un poder de disposición sobre él, cuanto a la legitimación causal, o poder de disposición sobre el objeto de la relación jurídica material que faculta al legitimado para ejercitar la correspondiente acción, en tanto que aquélla permitiría actuar en el proceso la oportuna pretensión. En este caso, la negación de la legitimación «ad procesum» vendría dada por la negación de la legitimación «ad causam», por cuanto al no admitirse, como seguidamente se verá, la subrogación de la actora en el marco de la relación jurídica preexistente con los demandados, no se reconoce tampoco la capacidad para ser parte en este procedimiento de «exequatur».

El alegato merece una respuesta que debe partir, como presupuesto, del **carácter netamente homologador del procedimiento de «exequatur»**, puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional (STC 132/1991 [RTC 1991, 132]) e igualmente destacado por numerosos autos de esta Sala (cfr. AATS 5-5-1998 [RJ 1998, 4296], 8-9-1998 [RJ 1998, 7263] y 27-4-1999 [RJ 1999, 2702], entre otros).

Los demandados oponen la falta de legitimación de la actora para hacer actuar la cláusula arbitral y, subsiguientemente, para someter la reclamación a arbitraje, con base en la calificación del negocio jurídico celebrado el día 21 de enero de 1991 como una cesión de contrato y no como una simple cesión de derechos y facultades, de suerte que faltando el consentimiento necesario de la parte cedida - los aquí oponentes-, no se daría el requisito que precisa el ordenamiento jurídico español para que la cesión fuese válida y eficaz. **La cuestión de la determinación del objeto y naturaleza del referido negocio fue ampliamente discutida en el arbitraje de origen, y debidamente resuelta en el laudo preliminar de fecha 25 de octubre de 1999. Por lo tanto, su nuevo examen en esta sede, tanto de la calificación del negocio jurídico -y con arreglo a qué ley debe hacerse-, como de sus efectos, excede de las facultades que corresponden a esta Sala como tribunal llamado a resolver sobre la homologación del laudo extranjero, pues afectaría a una materia propia del procedimiento de origen cuya revisión no viene consentida por afectar al orden interno, toda vez que la falta de legitimación que se invoca no constituye materia propia de él, al no alcanzar a los principios básicos y esenciales de nuestro ordenamiento que conforman el contenido netamente constitucional del concepto de orden público -en sentido internacional-, identificado, principalmente, con los principios y los derechos fundamentales y libertades consagradas en la Carta Magna (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875).** El alegato tiene, ciertamente, otra lectura, relevante a los efectos de resolver sobre la procedencia de la homologación: se trataría de reconducir esa falta de legitimación hacia la inexistencia de convenio arbitral vinculante entre las partes y, por tanto, oponible eficazmente por la actora frente a los demandados, ya sea por no quedar incluida la cláusula compromisoria en el conjunto de los derechos y facultades cedidos, ya por faltar el consentimiento del cedido respecto de la cesión del convenio arbitral, y en ambos casos con fundamento en la autonomía del acuerdo de arbitraje respecto del contrato en el que se halla incluido. El enfoque encuentra entonces acomodo en la causa de oposición recogida en el art. 5.1 a) del Convenio de Nueva York, y justifica la alegación de la nulidad del convenio arbitral que hacen los demandados, empleando su propia expresión. **La autonomía de la cláusula compromisoria determinaría, pues, que no se considerase incluida en el contenido de las facultades o derechos cedidos, lo cual sirve tanto para el caso de que se entienda el negocio de cesión como una cesión de derechos o como una cesión de contrato, exigiéndose siempre el consentimiento del cedido para que pueda hacerse valer el acuerdo de arbitraje por persona distinta de quienes fueron parte en él, es decir, para que opere la cesión de dicho convenio arbitral.** La argumentación, como se puede ver, no apunta a la invalidez o ineficacia de la cláusula arbitral «per se», sino a la ineficacia del acuerdo, por considerarse que el

demandante carece de poder de disposición para instar su actuación al faltar el consentimiento de la otra parte. Llegado este punto, resulta oportuno recordar que la norma que regula el reconocimiento, el Convenio de Nueva York, parte de un claro principio de favorecimiento del «exequatur», desplazando hacia la parte contra la que se dirige la ejecución la carga de acreditar la concurrencia de alguna de las causas de oposición que describe el art. 5, apartado 1. De manera que, **excluida la caracterización del alegato como cuestión de orden público, ha de ser de cuenta de la parte oponente acreditar que de acuerdo con la ley rectora del contrato arbitral, y en su caso, conforme a los usos y prácticas y los precedentes judiciales aplicables, tal cesión fue ineficaz, tanto porque presentaba autonomía respecto de los derechos y facultades cedidos, como porque requería el consentimiento expreso y singular del cedido;** ley rectora que no resulta ser la española, ya se atienda a lo dispuesto en el apartado a) del citado art. 5.1 del Convenio -aunque, se insiste, no es propiamente tal lo que en realidad se opone-, ya se atienda a la norma de colisión autónoma, visto el tenor de los contratos en donde quedan incluidas las sucesivas cláusulas arbitrales y el ordenamiento jurídico al que quedan sometidos. Así las cosas, al no haberse desarticulado la legitimación para promover el arbitraje de origen, resulta evidente la capacidad de la actora para ser parte en este procedimiento, que deriva de su intervención en aquél y en el hecho de ser parte favorecida por la decisión arbitral.

SEXTO: La oposición al «exequatur» de los demandados continúa mediante la alegación de la prejudicialidad originada como consecuencia de la interposición de una demanda ante los órganos jurisdiccionales españoles, concretamente ante el Juzgado de 1ª Instancia de Zamora, demanda que dio lugar a los autos del juicio de mayor cuantía núm. 366/1991, seguido ante el Juzgado número 4 de los de aquella capital. El motivo de oposición se ampara en el ordinal 4º del artículo 4 del Convenio suscrito entre Francia y España el 28 de mayo de 1969, Convenio que, como se ha visto, no constituye la norma rectora de los presupuestos para la homologación del laudo arbitral extranjero, por lo que la alegación debe reconducirse hacia el art. 5.2º b) del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. **El obstáculo al reconocimiento se sitúa, por lo tanto, y dentro del contenido del orden público del foro, en la pendencia en España de un procedimiento cuya decisión habría de ser inconciliable con los efectos propios de la resolución extranjera que se pretende ejecutar.**

Para analizar la virtualidad obstativa de este alegato conviene tener cerca los criterios que esta Sala ha ido formando en torno a los efectos de la pendencia de un procedimiento en el foro respecto del singular cauce del «exequatur», y particularmente aquellos que han servido para delimitar la causa de oposición al reconocimiento prevista en el art. 5.2º b) del Convenio de Nueva York. **La caracterización del concepto de litispendencia en el concreto ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras,** más específica si cabe que la litispendencia internacional -ésta impeditiva de la decisión del pleito promovido en el foro-, **se basa en la necesidad de evitar la concurrencia, siquiera posible, de dos resoluciones que en sí mismas o por sus efectos sean de imposible coexistencia,** condición ésta que no exige, en principio, que deba mediar una identidad de partes y una absoluta coincidencia de objetos y de

causas, ni que el proceso pendiente en España se haya iniciado necesariamente con anterioridad al promovido en el extranjero o a la solicitud de reconocimiento de la resolución que le puso término. Evidentemente, la concurrencia de semejantes circunstancias tendrá gran transcendencia a la hora de dotar a la litispendencia de efectos impeditivos del «exequatur», pero no constituyen requisitos de ineludible presencia que formen el contenido de aquélla, en el sentido internacional indicado, y de cara a actuar como obstáculo al reconocimiento (AATS 1-12-1998 [RJ 1998, 10541], 19-1-1999 [RJ 1999, 186] y 16-11-1999 [RJ 1999, 9909]). De este modo, **la litispendencia se conceptúa ampliamente, bastando una vinculación sustancial entre las causas de las acciones ejercitadas, su objeto y, en su caso, los sujetos de uno y otro procedimiento que genere un riesgo de incompatibilidad o de incongruencia entre la decisión objeto de reconocimiento y la recaída en el foro.** Es ésta, por demás, la tendencia que se sigue en el ámbito del reconocimiento de decisiones dentro de la Comunidad Europea, en donde se ha buscado dotar a la litispendencia de un contenido autónomo (cfr. SSTJCE asuntos Overseas, de 27 de junio de 1999, Gubisch, de 8 de diciembre de 1987, y Tatry, de 6 de diciembre de 1994), y, en general, en la esfera internacional, en aquellos campos que, como el que se refiere al reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras, aparecen regulados por normas convencionales específicas, encaminadas decididamente a favorecer la libre circulación de resoluciones..... Se observa, por lo tanto, que aun cuando no se da una absoluta identidad entre los sujetos, objeto y causa de ambos procedimientos, resulta innegable la interrelación entre ellos, y entre los efectos y las consecuencias derivadas de la resolución arbitral y la que eventualmente ha de decidir el litigio promovido en España, desde el punto y hora en que en él se pretende la resolución por incumplimiento de los contratos de compraventa de acciones, de los que trae causa la legitimación de la mercantil demandante de origen frente a los demandados a resultas de su posterior adquisición de las acciones y subsiguiente subrogación en la posición de la primitiva adquirente, y desde el momento -y esto es determinante- en que se solicita la declaración de nulidad, y alternativamente su resolución, del contrato de garantía que sirve de fundamento a la pretensión de la declaración de responsabilidad y de condena de aquéllos. Así las cosas, evidentes razones de seguridad jurídica, necesariamente anudada al presupuesto del reconocimiento que ahora se examina, aconsejan la denegación del «exequatur» en tanto no se resuelva el procedimiento seguido en el foro, y sin perjuicio de los efectos que pudiera tener la eventual sentencia que le ponga término frente a una nueva solicitud de reconocimiento del laudo extranjero.Esta sucesión cronológica permite excluir con un cierto grado de seguridad la presencia de posibles conductas fraudulentas de los demandados encaminadas a utilizar el proceso seguido en España de forma abusiva y con el único y exclusivo fin de impedir la eficacia de la decisión arbitral extranjera”.

En relación a la prejudicialidad o litispendencia, debemos citar el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única), de 14 octubre 2003, del que fue ponente CORBAL FERNANDEZ, que explica que “...Esta Sala ha examinado en numerosas ocasiones las consecuencias que de cara al reconocimiento de los efectos derivados de una resolución extranjera, concretamente de un laudo

arbitral, se derivan de la existencia en el foro de un procedimiento cuya decisión, en su objeto o en sus efectos, pudiera resultar inconciliable o de imposible coexistencia con los pronunciamientos o con los efectos propios de la resolución foránea, analizando **las consecuencias jurídicas de dicha pendencia en el marco del motivo de denegación del exequátur que consiste en la vulneración del orden público del foro, entendido en sentido internacional, y que en el ámbito del Convenio de Nueva York de 1958 (RCL 1977, 1575) se contempla en su art. V.2-b)**. Con arreglo a ese reiterado y consolidado criterio, que la parte oponente al exequátur demuestra no desconocer, la caracterización del concepto - impropio, sin duda- de litispendencia, o del también ampliamente entendido concepto de prejudicialidad, siempre referidos al concreto ámbito del reconocimiento y ejecutoriedad de decisiones extranjeras, se basa en la necesidad de evitar la concurrencia, siquiera de forma eventual, de dos resoluciones que en sí mismas o por sus efectos sean de imposible coexistencia, lo que no exige que deba darse una absoluta identidad de partes y una completa coincidencia de objetos y de causas, si bien la concurrencia de tales circunstancias tendrá gran importancia, evidentemente, a la hora de dotar a la pendencia en el foro de un proceso de efectos impeditivos del exequátur, sin que constituyan, sin embargo, requisitos de ineludible presencia para apreciar la concurrencia del indicado motivo de denegación del reconocimiento. Tal y como se precisa en el Auto de 20 de junio de 2000 (RJ 2000, 4656) , **el concepto de litispendencia, a los efectos que ahora se examinan, se construye de forma amplia, bastando una vinculación sustancial entre las causas de las acciones ejercitadas, su objeto y, en su caso, los sujetos de uno y otro procedimiento que genere un riesgo de incompatibilidad entre la decisión objeto de reconocimiento y la recaída en el foro, siendo éste, por ende, el sentido que se encuentra ínsito en el concepto autónomo acuñado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones en el marco comunitario y de la Unión Europea (cfr. SSTJCE de 27 de junio de 1991 [TJCE 1991, 226] . as. Overseas, de 8 de diciembre de 1987 [TJCE 1988, 52], as. Gubisch, de 6 de diciembre de 1994 [TJCE 1994, 196], as. Tatry, y de 8 de mayo de 2003 [TJCE 2003, 127], as. Gantner vs. Basch).**

Junto con estas líneas caracterizadoras, la Sala ha puesto el acento en la **necesidad de evitar dar carta de naturaleza a conductas fraudulentas proscritas con carácter general por el art. 11 de la LOPJ.** (RCL 1985, 1578, 2635), que persiguen un fin contrario a la norma y que desnaturalizan la finalidad propia del proceso, **delimitando de este modo la eficacia obstativa frente al reconocimiento de la pendencia de procesos en el foro.** Se trata de evitar, pues, la utilización del proceso como un instrumento para impedir la eficacia de la decisión foránea, para lo cual será revelador, desde luego, el momento en que se promueve el procedimiento en el extranjero y en España, pero también en ciertos casos, como en el presente, cobrará importancia el objeto del que se inicia en el foro en relación con el seguido en el otro Estado.

Se está aquí, en efecto, ante un juicio iniciado con posterioridad a haberse promovido el procedimiento de arbitraje -éste se inició en el mes de julio de 2000, en tanto que el promovido ante los juzgados españoles lo fue con fecha de marzo

de 2001- que viene motivado, según la propia parte oponente al exequátur señala, por las supuestas irregularidades que se produjeron en el curso del procedimiento arbitral, y que, según el parecer y el planteamiento de ésta, son vulneradoras de derechos fundamentales y determinantes, por ello, de la nulidad del procedimiento y de la resolución que le puso término. Así las cosas, **no cabe atribuir al que se sigue en el foro efectos impeditivos del exequátur del laudo arbitral extranjero, atendida la fecha de iniciación de uno y otro proceso, y atendido también por el objeto del promovido en España, el cual, por ende, no puede servir para enervar la eficacia de la decisión extranjera cuando no consta que la parte oponente haya interesado la anulación de ésta ante las autoridades y conforme a la legislación competente, y cuando ha de ser en esta sede donde se han de poner de manifiesto las irregularidades denunciadas, atinentes ya a la eficacia del acuerdo arbitral, ya a la constitución del órgano arbitral, ya, en fin, al procedimiento seguido, fundamentalmente desde la óptica del orden público internacional -de contenido netamente constitucional, recuérdese-, y siempre de conformidad con lo dispuesto en las normas reguladoras del reconocimiento.** De no rechazarse esa fuerza enervatoria se estaría permitiendo una utilización instrumental del proceso de cara al exequátur después de desplazarse hacia aquél cuestiones cuyo planteamiento y resolución corresponde ordinaria y naturalmente a otras vías y otras sedes.”

El Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 18 abril 2000, del que fue ponente GARCIA VARELA, señala que “.... la indefensión que dice haber sufrido por dos causas: en primer lugar, como consecuencia de la **imposibilidad de hacer llegar al Tribunal arbitral sus conclusiones, al no haber tenido conocimiento del telegrama enviado por éste anunciando la posibilidad de presentarlas**, y en segundo lugar, **al vulnerarse las normas de independencia e imparcialidad del órgano arbitral a resultas de la habitual intervención -dice la oponente- de los representantes de la actora como árbitros de la Cámara de Le Havre.** Tampoco aquí indica la demandada cuál es la concreta causa que, con arreglo a lo dispuesto en el Convenio de Nueva York, ha de determinar el rechazo del «exequatur» pretendido de contrario. Y de nuevo la Sala ha de esforzarse -en beneficio de la plenitud del derecho a la tutela efectiva que asiste a la oponente- en encuadrar el argumento que se quiere hacer valer dentro de alguna de las causas contempladas en el art. V del instrumento internacional, y, de este modo, **acometer su examen tanto desde la perspectiva de aquéllas cuya alegación y prueba corresponde al demandado, como desde la óptica del respeto al orden público del foro, cuyo control ha de verificar de oficio la Sala, según se desprende del punto 2º a) del mismo art. V.**

SÉPTIMO Poco hay que decir de la supuesta **parcialidad del órgano arbitral.** La afirmación no es más que una simple manifestación de parte, carente de todo sustento probatorio y, por ello, de virtualidad obstativa alguna, ya desde la perspectiva del control de la regularidad de la constitución del Tribunal arbitral y del procedimiento -nada ha probado el demandado al respecto, en función de la norma que resultase aplicable [art. V.1 d)]-, como de la del **respeto al orden público interno, que entroncaría aquí con la garantía a la independencia e**

imparcialidad que consagra el art. 24 de la CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), en relación con el art. 117.1, habida cuenta del contenido netamente constitucional que en la actualidad tiene dicho concepto en la esfera internacional (cfr. STC 132/1991 [RTC 1991, 132]).

OCTAVO: La otra cara del motivo de oposición **-la indefensión sufrida por no haber podido presentar el escrito de conclusiones-**, presenta también la posibilidad de ese mismo doble enfoque: como alegación de parte encuadrable en la causa del art. V.1 b) o, en su caso, en la del apartado dos, y como cuestión de orden público controlable de oficio «ex» art. V.2 a). La primera exige que la parte contra la que se invoca la sentencia arbitral acredite que por cualquier causa no ha podido defenderse en el arbitraje de origen, o bien que el procedimiento arbitral no se ha sujetado a las normas convenidas por las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se ha efectuado. Habiendo quedado constancia de la presencia de la demandada ante la cámara arbitral, la cuestión se centra en comprobar si se le comunicó correcta y oportunamente la posibilidad de presentar sus conclusiones y, consecuentemente, si pudo hacer valer argumentos que consideró adecuados para su defensa. Así delimitada la cuestión, se desplaza el análisis, «prima facie», a la forma en que se llevó a cabo la notificación cursada por la corte arbitral para dar cumplimiento al trámite de la presentación de las conclusiones definitivas. La documentación aportada demuestra que la citación y emplazamiento para comparecer en el procedimiento arbitral se efectuó por carta certificada con acuse de recibo dirigida a la dirección siguiente: «Perpendicular Uno,...., Guaza, 38630 Arona, Santa Cruz de Tenerife». En dicha dirección se encuentra el domicilio social de la compañía demandada, según consta en la certificación registral asimismo, unida a los autos. Y a la misma dirección se dirigieron las posteriores comunicaciones relativas a la designación del colegio arbitral, a la presentación de las conclusiones definitivas, a la citación para la audiencia ante el Tribunal arbitral y a la notificación del laudo. La mercantil demandada acusó recibo de las primeramente enviadas, e incluso dirigió a la Corte Arbitral la carta remitida por tele-fax a la que ya se ha hecho referencia. Sin embargo, la notificación que tenía por objeto conferir a la demandada el trámite de la presentación de las conclusiones definitivas fue devuelta con la indicación «partido sin dejar dirección», circunstancia que la Cámara Arbitral puso en conocimiento de la actora a fin de que ésta indicase si deseaba continuar el arbitraje en rebeldía del demandado o por el contrario solicitaba la interrupción de la instancia (sic). Así las cosas, difícilmente se puede atender a los argumentos que opone la mercantil demandada. Por un lado, no hay constancia de que los actos de comunicación se hubiesen practicado contraviniendo las normas por las que se regía el procedimiento de arbitraje -de carácter institucional, no se olvide-, pues nada ha probado aquélla al respecto, conforme le correspondía [art. V.1 d) del Convenio de Nueva York]; y por otra parte, tampoco desde la perspectiva del orden público cabe atribuir virtualidad obstativa al alegato, pues habiéndose dirigido las notificaciones allí donde figuraba el domicilio social de la mercantil demandada, y habiendo resultado fructíferas, por ende, tanto las que tenían por objeto proporcionarle la noticia del arbitraje y posibilitar su comparecencia ante la corte arbitral -que, se insiste, fue efectiva-, como las encaminadas a cumplimentar

el trámite de la composición del colegio de árbitros que había de decidir el litigio, la falta de recepción de la que tenía por fin la presentación del escrito de conclusiones definitivas no puede achacarse más que a la propia conducta de la demandada, que voluntariamente se ausentó de su domicilio social sin dar razón de su nuevo paradero, de manera que si no pudo llevar a cabo dicho trámite fue a consecuencia de su propia actitud, desentendiéndose del procedimiento, sabedor, sin embargo, de su curso. **Por ello, mal puede escudarse en una supuesta indefensión por no haber disfrutado de la oportunidad de elevar las alegaciones definitivas quien ha propiciado con su propio proceder esa supuesta situación de indefensión que se alega** (cfr. SSTs 153/1993 [RTC 1993, 153], 178/1995 [RTC 1995, 178], 18/1996 [RTC 1996, 18], 137/1996 [RTC 1996, 137], 99/1997 [RTC 1997, 99], 140/1997 [RTC 1997, 140] y 44/1998 [RTC 1998, 44], entre otras); **sin que, por otra parte, le fuera exigible al actor un mayor esfuerzo para facilitar al órgano arbitral la nueva dirección de la sociedad demandada, cuando las comunicaciones se dirigieron al lugar donde se encontraba el domicilio social -que no se ha variado-, y cuando, por ende, allí se notificó el laudo arbitral, cuya recepción por la aquí oponente consta mediante el correspondiente acuse de recibo** (SSTC 100/1997 [RTC 1997, 100] y 78/1999 [RTC 1999, 78]).”

El Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 septiembre 1998, del que fue ponente MORALES MORALES, señala que “...Las causas de oposición esgrimidas en segundo y tercer lugar por la parte oponente al «exequatur», bajo el título **«Falta de garantías procesales. Ausencia de notificaciones en español»** y **«Ausencia de período probatorio»**, respectivamente, merecen ser objeto de estudio conjunto habida cuenta de **su común denuncia de vulneración de los principios rectores del orden público interno en su vertiente procesal, especialmente del derecho de defensa y la consecuente proscripción de la indefensión**. Ninguno de ellos merece ser acogido. En primer término, porque en lo que a la transgresión del orden público procesal se refiere como consecuencia de la pretendida falta de garantías procesales para el demandado por mor de la ausencia de notificaciones en español durante la tramitación del procedimiento arbitral, no puede desconocerse que, en primer lugar, la oponente tuvo cumplida noticia del inicio del procedimiento arbitral, habiéndosele dado traslado de la demanda y habiendo firmado en fecha 23 de febrero de 1995 el acuse de recibo correspondiente; en segundo lugar, que presentó el siguiente día 24 escrito de oposición a la demanda; en tercer lugar, que también -y tal y como se deduce de las propias declaraciones de hecho recogidas en el Laudo por reconocer- designó árbitro, designación que recayó en la persona del señor Michel K.; en cuarto lugar, que tuvo conocimiento de la celebración en fecha 25 de octubre de 1995 de la correspondiente vista; significándose, por último, en el propio laudo la presencia -consentida por las partes- en dicha vista del intermediario señor Olivier G., de la sociedad de corretaje «Michele Gueydon & Cie.»; circunstancias todas ellas reconocidas por la demandada en su escrito de oposición, al que acompaña diversos documentos acreditativos de la recepción de la demanda, presentación de su contestación, escritos de conclusiones de las partes, citación a vista y notificación del propio Laudo, siendo concedora, asimismo, de que el

procedimiento arbitral se había de seguir ante la Cámara Arbitral de París, de acuerdo con su propio Reglamento, resaltándose así el hecho de que se personó ante dicho Organismo arbitral para ejercer sus derechos de defensa, con lo que no cabe cabalmente sostener que no tuvo posibilidad de designar árbitro, ni de formular alegaciones sobre el fondo del asunto, ni tener conocimiento de la posibilidad de interponer recurso, ni en general, de tener información sobre el procedimiento, pues los diversos trámites procesales, incluido el proceso de designación de árbitro, se hallaban contenidos en el Reglamento de la Cámara Arbitral de París que regía el arbitraje -extremo éste, se insiste, de sobra conocido por la oponente- cuyo artículo 25 dispone -no se pierda de vista- la obligatoriedad de presentar cualquier documento debidamente traducido al francés, con lo que tácitamente, y habida cuenta de la sede del Tribunal, se instituye dicho idioma como oficial del procedimiento arbitral, configurándose así su conocimiento por las partes como inexcusable. Este cúmulo de circunstancias, unido al relevante dato de que la mercantil oponente quedó vinculada por un contrato en cuyo contenido se encontraba la cláusula de sometimiento a arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París cuya validez y eficacia no ha sido discutida, ya en el procedimiento arbitral, ya en éste, **impide apreciar transgresión alguna del orden público español por ese hecho; pues no puede olvidarse que en el plano internacional tal concepto posee en la actualidad un contenido netamente constitucional, que se identifica, esencialmente, con los derechos y garantías constitucionalmente consagrados, y, que, en lo que particularmente atañe a la proscripción de la indefensión impuesta por el artículo 24.2 CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) en relación con los actos de comunicación, ésta ha de ser material, real y efectiva, no meramente formal, siendo relevante tan sólo aquella en la que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos e intereses (SSTC 290/1993 [RTC 1993\290], 185/1994 [RTC 1994\185], 1/1996 [RTC 1996\1], 89/1994 [RTC 1994\89] y 44/1998 [RTC 1998\44], entre otras); y mal puede decir que la ha sufrido quien, a pesar de haber recibido del Tribunal arbitral toda la documentación redactada en el idioma francés, nada dijo entonces sobre el particular, personándose en el arbitraje, alegando en él cuanto interesó a su defensa y, en fin, utilizando todos los medios de defensa a su alcance.**

QUINTO.- Estas mismas razones abonan la desestimación de la causa de oposición consistente en la alegada ausencia de período probatorio que, al igual que la anterior, cabe incardinar dentro del número 2.º, letra b), del artículo V del Convenio de Nueva York. Y es que, **con la mira siempre puesta en el aludido contenido constitucional del concepto de orden público, que debe orientar el examen no sólo de la regularidad de la actuación procedimental del colegio arbitral, sino también, y especialmente, de la adecuación del resultado producido por la aplicación de la norma rectora del procedimiento al orden interno**, con esa mira, decimos, se advierte que el artículo 29 del Reglamento -cuya aplicación, se insiste, fue convenida por las partes y, consecuentemente, aceptada por la ahora oponente- regula los llamados «procedimientos de

investigación», y se completa con el artículo 24, en el que, bajo la rúbrica «Depósito de documentos», se prevé la posibilidad de depositar documentos y de examinarlos por la contraparte durante un período de tiempo que puede extenderse por razón de la residencia fuera de Francia de alguna de las partes (artículo 32). De donde se sigue que la norma rectora del procedimiento habilitaba un período probatorio que fue utilizado por las partes en litigio, sin que pueda cabalmente afirmarse que las previsiones normativas dictadas al respecto o su puesta en aplicación produjeron un resultado proscrito por los principios constitucionales, que en materia de derecho a la prueba, en su vinculación con el derecho de defensa, parten de la sujeción a la legalidad en la práctica de los diferentes medios de prueba, en el claro entendido de que **no existe un derecho a la prueba ilimitado, y de que, en cualquier caso, la limitación de la prueba ha de tener una clara incidencia en el derecho de defensa, sumiendo a quien afecta en verdadera indefensión** (cfr. SSTC 100/1998 [RTC 1998\100] y 190/1998 [RTC 1998\190], entre las más recientes).

SEXTO.- Resta por examinar la última causa de oposición esgrimida por la sociedad «Armengol Hermanos, SA» y relativa a la «irrazonabilidad de la sentencia arbitral», causa de oposición en que la demandada pone de manifiesto su disconformidad con el fallo arbitral, afirmando el exceso cometido por el Tribunal Arbitral en la interpretación del contrato litigioso y en la declaración de incumplimiento contractual. El argumento expuesto debe rechazarse y obliga a recordar, en primer término, **la naturaleza estrictamente procesal de este procedimiento, encaminado al desarrollo de una función meramente homologadora de los efectos de la decisión por reconocer, sin que esté permitido en su seno -tal y como parece pretender la mercantil oponente- la revisión del fondo del asunto más que en la medida indispensable para asegurar el respeto a los principios esenciales de nuestro ordenamiento que conforman el concepto de orden público en sentido internacional, criterio éste consagrado por el Tribunal Constitucional (SSTC 54/1989 [RTC 1989\54] y 132/1991 [RTC 1991\132]). Y, en fin, la misma doctrina constitucional añade que el examen de los requisitos estatuidos por el ordenamiento del foro para la declaración de ejecutoriedad de las resoluciones extranjeras, la homologación del cumplimiento de tales requisitos y la interpretación de las normas que los establecen son cuestiones de legalidad ordinaria y función jurisdiccional estricta que incumbe a este Tribunal y, singularmente a esta Sala 1.ª** (cfr. SSTC 98/1984 [RTC 1984\98] y 132/1991).”

Como hemos visto, el concepto de orden público, en sentido amplio, tiene un alcance difícil de precisar. La indeterminación y flexibilidad del orden público nos podría llevar a pensar, en una primera aproximación, que el motivo 5 del artículo 45 LAB, reproducido en el artículo 41.1.f) NLAB, pudiera haber sido el cauce de impugnación de un sinnúmero de decisiones arbitrales.

El carácter residual y de contornos imprecisos de este motivo de anulación llevó a HERRERO y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN⁵⁰¹ a exponer durante la tramitación

⁵⁰¹ «Diario de Sesiones...», cit., págs. 10771-10772.

parlamentaria, en 1988, de la LAB lo siguiente: «Recuerdo que cuando en la Ponencia constitucional y después en la elaboración de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se trataba del recurso de amparo, hubo quien señaló que lo que estábamos haciendo era una casación bis, o estábamos previendo una cuarta instancia (...). Pues bien, nosotros nos tememos que si se abre la posibilidad de que se recurra por vía de anulación ante una institución jurisdiccional los laudos arbitrales, esto sería un trámite automático de toda parte perdedora en un laudo arbitral. (. ..) Por eso propondría la supresión de la mención de orden público, porque si el laudo arbitral resulta que versa sobre materias que no pueden ser sometidas a arbitraje, que sería la única posibilidad de que efectivamente violaran el orden público, el laudo sería nulo por otras razones que figuran en el propio artículo que tratamos de enmendar, y que podrían concretarse más mediante una remisión al artículo 1 de la propia Ley. (...) Si no lo hacemos así, estamos abriendo un portillo peligrosísimo para que toda parte perdedora impugne un laudo simplemente porque a su juicio viola el orden público, que en este caso sería el más privado y el más parcial de los órdenes».

De esta intervención podemos extraer dos conclusiones. En primer término, pudiera parecer que para HERRERO y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN la violación del orden público en sentido estricto sólo se produciría cuando se sometieran a arbitraje materias excluidas. Mas, de otro lado, el Diputado de Coalición Popular dejaba claro que la noción de orden público podría ser interpretada en sentido amplio y, en consecuencia, provocar la impugnación de los laudos sobre la base de fundamentos excluidos por el legislador⁵⁰².

De todo lo anterior se desprende la enorme importancia que tiene concretar los márgenes de la noción de orden público, algo que no ha hecho la NLAB, al repetir

⁵⁰² En contestación al Sr. HERRERO, el Sr. GRANADOS CALERO (Diario de REC...», cit., pág. 10780), si bien reconoció que el concepto de orden público, es uno de los más difusos de nuestro Derecho», afirmó que su Grupo Parlamentario se había decidido a mantenerlo, entre otras razones, porque de los cinco motivos por los que las partes pueden plantear el recurso de anulación solamente los cuatro primeros son de carácter formal y el último es de carácter sustantivo. Es decir, no hay más que este único motivo de carácter sustantivo o de fondo por el cual la jurisdicción puede considerar que se ha cometido una auténtica aberración no con la interpretación del Derecho, sino con la aplicación de las normas de orden público. Normas de orden público que se contienen -lo sabe muy bien S.S. en el Título I de la Constitución española, aparte de que los derechos que afectan a las garantías personales de libertad, de integridad física, de igualdad, etc., del artículo 14, tienen un carácter irrenunciable, y todo esto está configurando lo que es una doctrina de orden público». Asimismo, con notable visión de futuro, advirtió, en relación a la posible entrada por esta vía de numerosos recursos, que “si esto se prefigura y da pie a que en la práctica se haga un abuso de este número y por aquí encuentren las partes disconformes con el laudo dictado la posibilidad de estar litigando sobre cuestiones que de otra manera habrían quedado zanjadas sin la posibilidad de recurso, yo creo que efectivamente son de momento meras expectativas de carácter negativo que, si algún día se producen, ése sería el momento de plantearse la modificación, pero no ahora». La realidad es que las partes perdedoras sí han hecho un uso indebido del artículo 45.5 LAB, pero las Audiencias Provinciales, apoyadas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, han dado una lección de cómo se debe entender el arbitraje en los tiempos modernos, fijando unos contornos muy estrechos y definidos a esa causa de anulación.

la redacción de la LAB para la citada causa de anulación. No obstante, lo importante es que quienes tienen que interpretarlo, es decir, en la actualidad los Tribunales Superiores de Justicia, al conocer de las acciones de impugnación de los laudos que se apoyan en esa causa, son totalmente consistentes en la corriente doctrinal y jurisprudencial comentada. Sirva como ejemplo la Sentencia n. 3/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia:

“La demandante acciona ante este Tribunal Superior de Justicia por entender que el laudo es contrario al orden público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41, apartado f) de la Ley de Arbitraje.

Desde siempre los juristas le han tenido un inicial respeto y reserva al intento de buscar una noción de orden público, hasta el punto que uno de los mejores civilistas Teodosio, considera el intento de encontrar una definición satisfactoria del orden público como un suplicio para la inteligencia que implica caminar por un camino cubierto de espinas.

Vista la dificultad doctrinal para delimitar el mismo, la Sala llegará a la noción más precisa del mismo a través de sucesivas aproximaciones al núcleo del problema.

En una primera aproximación debemos descartar que la interpretación del orden público se pueda realizar a través de la primera proposición que nos suministra el artículo 3 nº 1 del Código Civil vigente que señala que: "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras", porque justamente la dificultad está en averiguar lo que significa la literalidad expresada en la ley de "orden público".

Por ello la interpretación de una norma jurídica no debe hacerse sirviéndose únicamente de elementos gramaticales o acepción rigurosa de las palabras, sino atendiendo a aquellos otros medios lógicos, sistemáticos e históricos que tradicionalmente vienen siendo reconocidos y manejados como instrumentos de la tarea exegética de las normas de Derecho, pues el realismo y la vida jurídica necesita para su plenitud superar todo sistema de aplicación literal para que el objetivo o fin de todo Derecho, que en definitiva consiste en la realización de la justicia, pueda ser alcanzado y cumplido en beneficio de la sociedad y de los particulares, ya que no puede dejar de reconocerse que una interpretación literalista que conduzca a una solución opuesta al sistema o institución en que la norma está encajada, es inaceptable, ya que ello sería tanto como sacrificar la orientación, sentido y finalidad a la que la norma va dirigida, en aras de una meticulosidad verbalista sin justificación.

Dentro de esta línea de buscar los antecedentes históricos, la realidad social del tiempo en que vivimos y el espíritu y la finalidad de las normas, nos encontramos que en la redacción del Título Preliminar del Código Civil con anterioridad a la reforma operada por la ley 3/1973 de 17 de Marzo se situaba el artículo 4, párrafo 2º que hablaba de "orden público", respecto al cual las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Marzo y 20 de Mayo de 1889, sentaron la doctrina de que contraría al orden público la cláusula de la escritura de compromiso en que consta la renuncia a toda intervención de los Tribunales Ordinarios en función revisora del laudo arbitral, renuncia que no es permitida por el artículo 1691, en relación con el

artículo 836 y 487 de la Ley Enjuiciamiento Civil ni por los artículos 4º y 1.255 del Código Civil. Es, pues contraria al orden público, la cláusula que estipula que "los contratantes renuncian a la impugnación judicial de la decisión de los arbitradores", porque según el Tribunal Supremo (S. 10-3-1.986) esa cláusula desconoce el derecho fundamental al proceso en el orden jurisdiccional civil, impidiendo obtener la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la C.E, y, por tanto, el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada.

Pero es que en el artículo 11 nº 3 en la redacción inicial del Código Civil se decía que "las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero".

La imprecisión del concepto de orden público internacional y su falta de concreción nos conducen a afirmar que se trata de una materia eminentemente judicial porque su naturaleza no permite que se suministren al Juez las normas precisas y porque la necesidad específica de definirlo surge ante el caso concreto sometido a la decisión del Juez.

En el marco que se situaba el precepto ubicado en el artículo 11 nº 3 del inicial Título Preliminar no modificado del Código Civil por la ley de Bases de 1973, la noción de orden público debe ser interpretada con carácter restrictivo, por tratarse de una excepción al principio de la comunidad de Derecho, y para no hacer ilusoria la aplicación de la ley extranjera declarada competente por la propia norma del derecho internacional privado del Juez.

En el vigente Título Preliminar del Código Civil el artículo 12 nº 3 dispone que "en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público".

Pero la excepción de orden público es por su propia naturaleza de carácter variable, elástico y flexible puesto que si, según la jurisprudencia, (S. 5 de Abril de 1966) el orden público está constituido por "aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social en un pueblo y época determinada", es indudable su carácter relativo ligado a la concepción social y política de cada momento histórico, aparte de que, en todo caso, en el campo internacional la excepción de orden público, por suponer una quiebra a la comunidad jurídica universal, ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente, pues como dice la sentencia de 19 de Abril de 1982 "una interpretación extensiva se opone a la naturaleza y espíritu de las normas de orden público que, por comprimir la esfera individual de los administrados, deben interpretarse en sentido restringido, no ampliándolas a supuestos no previstos". El profesor Diez Picazo en su libro "Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho" considera que constituye un concepto vivificador y corrector del ordenamiento legal en todos sus aspectos, para mantenerle ajustado constantemente al básico sentir colectivo.

El Tribunal Supremo en contadas ocasiones ha utilizado el término orden público para referirse a cuestiones patrimoniales, y, por tanto, esencialmente disponibles, como es el supuesto examinado en la Sentencia de 26 de Octubre de 1988 en base al análisis del artículo 1583 del Código civil que considera que los contratos celebrados a perpetuidad son contrarios al orden público, por oponerse a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria. Como ya dijeron las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1985 y 26 de octubre de 1998: "la perpetuidad es opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, al constituir una limitación a la libertad que debe presidir la contratación que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico".

La promulgación de la Constitución Española en 1978 supuso un giro a la noción de orden público, pues antes de la entrada en vigor de la Carta Magna, la Ley de Enjuiciamiento civil (artículo 954) y la doctrina jurisprudencial han venido denegando el reconocimiento y ejecución de sentencias contrarias al orden público del foro. Pero como dice la S.T.C. 43/1983 de 15 de Abril (Ponente Truyol Serra) el concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978 porque aunque los derechos fundamentales y las libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanza plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras Autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por Autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución.

El concepto de orden público es difícil determinar, pues como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de Octubre de 1991 , el orden público, junto con la moral, "son conceptos jurídicos indeterminados que, como tales han de ser aplicados de acuerdo con el total ordenamiento jurídico y vivencias socioculturales", en este sentido ha de señalarse que, en el ámbito del derecho privado, el orden público es contemplado fundamentalmente como un límite al libre juego de la voluntad de los particulares (así los artículos 6º nº 2 y 1255 del Código civil que lo imponen como límite a la exclusión de la ley, a la renuncia de los derechos y a la autonomía de la voluntad contractual), límite que se establece en atención a intereses generales que trascienden a los particulares de los actuantes y que, como tales, han de imponerse a éstos.

Además el concepto de orden público no resulta igual de un país a otro, de forma que algunos países, incluso, realizan una clasificación en función a un orden público nacional y otro internacional. En la doctrina patria se entiende que el orden público está constituido por la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores y, que en la actualidad pertenecen al orden público las materias estrictamente situadas dentro del orden constitucional que no pueden quedar impedidas ni menoscabadas por

los pactos o contratos de los particulares, tesis de la que participaba ya el legislador de 1988 al afirmar en la exposición de motivos de la entonces Ley de Arbitraje que el concepto de orden público por el que se viabiliza la anulación del laudo, habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución.

Se trataría, pues, de salvaguardar los principios y valores más importantes, como el orden social y jurídico del Estado, la estructura institucional del Estado, los intereses esenciales y constitutivos del Estatuto del ciudadano, esto es, los principios básicos o fundamentales de la organización social y jurídica que conforman el ordenamiento jurídico del Estado. **Una delimitación más concreta de "orden público" para aclarar la zona de incertidumbre que comporta este concepto jurídico indeterminado, permite la distinción entre orden público material y orden público procesal. Desde el punto de vista del orden público sustantivo no se pueden someter a arbitraje cuestiones que están fuera de la disposición de las partes, o que los árbitros, al decidir, hubieran vulnerado un derecho fundamental o libertad pública, resultando para el Tribunal Constitucional que sólo atenta al orden público la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Atinente al orden público procesal, se trataría de determinar si se ha producido una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, sin que se haya producido una indefensión real y material constitucionalmente relevante.**

En este sentido si por orden público material se entiende el conjunto de principios públicos, privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (S.T.C. 15/1987 de 11 de Febrero) y desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, sólo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público . Estos criterios han dominado de forma reiterada y constante la jurisprudencia que ha venido impidiendo que por la vía del recurso de anulación puedan volver las partes a la controversia ya resuelta por los árbitros (SS. Del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1.987 (A. 9.507), 21 de marzo de 1.991 (A. 2.424) y 4 de junio de 1991 (A. 4.412)), no siendo misión de los Tribunales en este recurso corregir hipotéticas deficiencias en cuanto a las cuestiones de fondo debatidas (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Junio de 1990).

En idéntica directriz la jurisprudencia ha entendido que afectan al orden público, además de las disposiciones de carácter procesal, la ordenación de la sucesión hereditaria (S.T. Supremo de 23 de octubre de 1.992 (A. 8.280)) de la filiación (SS. del T.S. números del R.A. 7.335/1.990 , 10.490/1990 , 9.449/1.992 Y 3.923/1.993), del nombre y apellidos de las personas físicas (S.S. del T.S. números del R.A. 9.723/1.989 , 9.452/1.989 , 1.661/1.991 , y 2.541/1.993), la legislación sobre marcas (S.T. Supremo de 14 de Diciembre de 1.988, R.A. 9.442), la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad material (S.T. Supremo de 9 de Septiembre de 1.987, R.A. 6.564) y el debate en torno a los

derechos fundamentales y libertades públicas (Sentencia de 9 de Julio de 1.992 (R.A. 6.273) y 20 de Marzo de 1.993 (R.A. 2.541)).

3.2.4.5.1.1. Orden público material

Tres son las cuestiones que, en una primera aproximación cabría apuntar como infracciones del orden público material. La primera, señalada *ut supra*, que se hubieran sometido a arbitraje materias o cuestiones no sometibles. En segundo término, que los árbitros, al decidir, hubieran infringido una norma del Ordenamiento Jurídico sustantivo. Finalmente, que se hubiera vulnerado algún derecho fundamental de esta misma naturaleza.

En cuanto a la primera de las tres posibilidades mencionadas hemos de advertir dos variantes: si se tratara de materias o cuestiones relativas a derechos irrenunciables o indisponibles el laudo, generalmente, sería contrario al orden público. No obstante, la existencia de un motivo específico para su denuncia (art. 45.4 y 41.1.e) NLAB) sustrae del motivo de la vulneración del orden público la impugnación de los laudos por esta primera y principal causa de impugnación.

La otra variante es que se hubieran sometido a arbitraje materias o cuestiones excluidas, no por su carácter de orden público, sino por imperativo del artículo 2 de la LAB o 1 NLAB. En este caso, la denuncia del laudo también correría al amparo del motivo 4 del artículo 45 LAB o 41.1.e) NLAB.

Tanto la LAB como la NLAB han adoptado, tanto para la fase de ejecución como respecto de los motivos del recurso de anulación la distinción entre puntos no sometibles y orden público, recogida en el artículo V .2 del Convenio de Nueva York, según el cual «*también se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pida el reconocimiento y la ejecución comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje, o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país*».

Como ha señalado GONZÁLEZ SORIA⁵⁰³, lo previsto en el artículo V .2 a) ha sido objeto de muchas críticas, pues la opinión generalizada es que esta causa era, en cierto modo, superflua, ya que la cuestión de la no arbitrabilidad del objeto de la diferencia puede considerarse que forma parte del contexto general de orden público⁵⁰⁴.

No obstante estas críticas, nuestro legislador ha optado por distinguir ambos motivos de anulación, ya que el orden público sustantivo no puede identificarse con todas las disposiciones imperativas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico.

⁵⁰³ Cfr. GONZÁLEZ SORIA, JULIO: *La intervención judicial.....* Op. cit.

⁵⁰⁴ Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, en *Derecho Procesal Civil Internacional {Ordenamiento español}*, Edersa, Madrid, 1981, pág. 225, parece entender que cualquier laudo extranjero que se refiera a derechos indisponibles, según nuestro Ordenamiento jurídico, será contrario a nuestro orden público y, por tanto, no será reconocido.

En cuanto a la infracción del ordenamiento jurídico material, defendemos que la infracción del ordenamiento jurídico material, dado el carácter dispositivo de las normas que regulan las materias sometibles a arbitraje, está excluido del concepto de orden público, pese a que algún autor⁵⁰⁵ haya pretendido corregir la defectuosa técnica legal forzando el ámbito de este motivo de impugnación.

En tercer y último lugar, hemos de referirnos a la vulneración de los derechos y libertades fundamentales de índole material que constituyen, junto al artículo 24 C.E. -de marcada naturaleza procesal- el concepto acuñado por la Exposición de Motivos de la LAB, a la que habremos de atenernos fundamentalmente, habida cuenta su función integradora.

Tras minuciosa lectura de los artículos de la C.E. que se refieren a los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14, Sección primera del Capítulo segundo (con la salvedad del art. 24, al que nos referiremos al tratar el orden público procesal) y el artículo 30.2 (objeción de conciencia), resulta que, en puridad, si el laudo vulnerara cualquiera de estos derechos sería contrario al orden público y, por tanto, impugnabile ex artículo 45.5 LAB o 41.1.f) NLAB.

En cambio, MARTIN OSTOS⁵⁰⁶ mantiene que puede alegarse cualquier violación «de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, que vinculan a todos los poderes públicos ». Discrepamos de este autor, no sólo porque los árbitros no son un poder público, sino también, en cuanto a que según ha declarado la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sólo resulta atentatoria al orden público la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Ahora bien, la experiencia nos ha demostrado que, en la práctica, es muy difícil que el laudo atente contra alguno de estos derechos y libertades fundamentales, aunque sea el quebrantamiento del principio de igualdad recogido en el artículo 14 C.E., bien entendido que dicha vulneración ha de darse en el laudo, pues la desigualdad material en la formalización del convenio arbitral respecto de la designación de los árbitros iría por el motivo 41.1.a) (antiguo 45.1 LAB), al preverse específicamente. Tampoco la infracción del principio de igualdad causado en el procedimiento podía impugnarse al amparo del artículo 41.1.f) NLAB (antiguo 45.5 LAB), pues tiene asimismo un cauce específico en el artículo 41.1.d) (antiguo 45.2 LAB) por vulneración de los principios esenciales del desarrollo del procedimiento arbitral.

En conclusión, puede decirse, tanto en la LAB como en la NLAB, que la infracción del orden público material comprende sólo la violación de los derechos fundamentales y libertades sustantivas, con las limitaciones que hemos expuesto.

3.2.4.5.1.2. Orden público procesal

⁵⁰⁵ Cfr. ALBALADEJO, MANUEL: *La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de derecho que infringe las normas debidas aplicar*. Revista de derecho privado, Año nº 74, Mes 3 1990, págs. 171-186

⁵⁰⁶ Cfr. MARTIN OSTOS, JOSE DE LOS SANTOS: *El recurso de anulación contra el laudo arbitral*. Estudios de derecho procesal: en honor de Víctor Fairén Guillén, 1990.

Según ha reconocido la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 43/1986, de 15 de abril, a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, el concepto de orden público ha adquirido en España una nueva dimensión de contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24.⁵⁰⁷

De lo anterior podría concluirse, en una lectura superficial, que el laudo es nulo por ser contrario al orden público si vulnera lo preceptuado en el artículo 24 C.E. No obstante, tal conclusión ha de ser matizada porque, como ha declarado la S.T.C. 26/1983, de 13 de abril *“los órganos judiciales son los que han de otorgar la tutela judicial efectiva y los únicos, en consecuencia, a los que cabe imputar la violación de derechos que la Constitución garantiza»*.

Bien es cierto que, en algunos casos, nuestro Tribunal Constitucional ha admitido que la vulneración de lo preceptuado en el artículo 24 puede provenir de órganos que no tienen naturaleza jurisdiccional judicial y así la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 90/1985, de 22 de julio, declaró en relación con la anteriormente transcrita que ***“no cabe por tanto, deducir de aquella Sentencia una doctrina aplicable a la generalidad de los casos, y según la cual no sean imaginables supuestos en los que la vulneración del derecho al artículo 24) número 1, de la C.E. se produzca directamente por órganos que no sean de naturaleza jurisdiccional”***.

Admitida, pues, la aplicabilidad del artículo 24 C.E. a la actuación de órganos no judiciales, es preciso estudiar si los principios recogidos en este artículo pueden ser vulnerados por un órgano arbitral. La solución positiva se desprende indirectamente de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1987, si bien en aquel caso se rechazó por no estar específicamente incluido como motivo de nulidad en la L.E.C., en la que leemos que *“El quinto motivo, último de los formulados, invoca infracción del artículo 24 de la Constitución, volviendo el recurrente a reiterar, prácticamente, su alegato en orden a la ausencia de razonamiento que explique la indemnización fijada en el Laudo. Aunque no cabe negar a la Constitución su indiscutible supremacía en el ordenamiento jurídico, ello no posibilita para que, con apoyo en su articulado, pueda fundarse un motivo específico de nulidad contra los arbitrajes de equidad, al margen y con independencia de los casuísticamente establecidos en el artículo 1.733 de la Ley Procesal.»*

En el mismo sentido de considerar aplicable al arbitraje lo previsto en el artículo 24 C.E. se declara LORCA NAVARRETE⁵⁰⁸, quien estima como causas de infracción de dicho artículo, entre otras, las siguientes: «Cuando se vulnere el derecho al Tribunal o árbitro 'ordinario', esto es, al declarado competente por las partes, pues, el derecho al 'juez ordinario' que impone el artículo 24 C. exige que nunca puede otorgarse un exequatur cuando el Tribunal o el árbitro sea

⁵⁰⁷ Vid. S.T.C. 54/1989, de 23 de febrero.

⁵⁰⁸ Vid. LORCA NAVARRETE: «La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales y sentencias extranjeras en España, según la doctrina del Tribunal Constitucional Español», en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1987, núm. 4, págs. 363-364.

“incompetente”; esto es, el que no ha sido elegido libremente por las partes y siempre que no se trate de una hipótesis susceptible de ser calificada como de rebeldía por convicción» ; o, «Cuando se haya vulnerado el derecho de acceso a la jurisdicción, como contenido propio del artículo 24 C. Ello ocurrirá, en concreto, cuando la notificación de la litis a la parte por el Tribunal o el árbitro sea radicalmente insuficiente para la sustanciación de la instancia judicial y por ello absolutamente inhábil para posibilitar el acceso a la jurisdicción misma del Tribunal o del árbitro extranjero».

Por nuestra parte, siguiendo el mejor criterio de GONZALEZ SORIA⁵⁰⁹, pensamos, conforme a la línea general de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que los derechos del artículo 24 únicamente han de ser atendidos por órganos judiciales, pues resultan de imposible o muy difícil aplicación al arbitraje. Además, la vulneración de aquéllos principios procesales de igualdad, audiencia y contradicción, que cabrían, *a priori*, en la categoría de orden público procesal, poseen un cauce específico de impugnación. Procede, por tanto, demostrar la anterior afirmación mediante un examen sumario de cada uno de los derechos y principios recogidos en el artículo 24 C.E., a lo que nos dedicaremos en las páginas que siguen.

Sin embargo, antes de ello, debemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 176/1996 (Sala Segunda), de 11 noviembre, que cierra cualquier polémica en relación a la posibilidad de trascender el orden público, y concretamente la vulneración del artículo 24 CE, del ámbito de la Audiencia Provincial – o ahora del Tribunal Superior de Justicia- en su conocimiento de la acción de impugnación del laudo arbitral, al ámbito del Tribunal Constitucional, dejando bien claro que en ningún caso cabe el recurso de amparo contra la sentencia de la Audiencia basado en que no se compartan los criterios decisionales de la Audiencia. La citada sentencia señala que ***“De las dos alegaciones sostenidas por el recurrente, la segunda de ellas -vulneración del derecho al Juez legalmente predeterminado, por cuanto la instancia arbitral se extralimitó al resolver supuestamente fuera de plazo y sobre cuestión, de nuevo supuestamente, ajena al Convenio arbitral- merece una respuesta tan sencilla como rotunda: no estando aquí en cuestión el carácter ordinario de la jurisdicción de la Audiencia Provincial para procedimientos como el de nulidad de Laudos Arbitrales (art. 46.1 Ley de Arbitraje), ni su predeterminación legal -por el mismo precepto citado-, ni la independencia e imparcialidad de dicho órgano -que ni siquiera el recurrente discute-, es difícil imaginar cuál de las garantías contenidas en ese derecho pueden -siquiera hipotéticamente- ser vulneradas en un caso como el presente. Tal alegación, por tanto, puede ser desestimada sin necesidad de mayor argumentación.”***

Igualmente, afirma que ***“No mejor suerte, aunque sí más detenido análisis, merece la primera y principal de las alegaciones contenidas en la demanda de amparo,***

⁵⁰⁹ Cfr. GONZALEZ SORIA, JULIO: *Reflexiones básicas sobre el arbitraje*. SAR. Madrid. 2015. Pags 3 y ss

que muy resumidamente cabría expresar como la eventualidad de que un no acogimiento por el órgano judicial ordinario competente de sendas pretensiones de nulidad de un Laudo Arbitral de equidad, a través del procedimiento legalmente establecido -arts. 45-51 Ley de Arbitraje-, pueda deparar una posible lesión del derecho a la tutela judicial por falta de acceso a la justicia.

Ahora bien, este planteamiento, por sí solo, pone de relieve que la demanda parte de un inadecuado entendimiento del significado y alcance del derecho fundamental que el art. 24.1 CE reconoce y garantiza. **El recurrente se queja de la imposibilidad de acceder a la jurisdicción ordinaria pero esa hipotética falta de acceso se ve desmentida por la misma sucesión de hechos de los que se ha dejado constancia en los antecedentes. Pues basta observar, en efecto, que 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; por el contrario, utilizó dicho remedio procesal, sin obstáculos de ningún tipo, que concluyó con una resolución judicial, si bien la sentencia desestimó por entero las pretensiones anulatorias del recurrente. Por tanto, si el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas (SSTC 9/1981 [RTC 1981\9] y 52/1992 [RTC 1992\52], entre otras) ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso (STC 33/1988 [RTC 1988\33]), pero sí a recibir una respuesta judicial a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho (SSTC 133/1989 [RTC 1989\133], 18/1990 [RTC 1990\18] y 111/1995 [RTC 1995\111] entre otras muchas), como ha ocurrido en este caso, no cabe estimar en modo alguno que el recurrente fuera privado de su derecho de acceso a la jurisdicción”.**

Continúa la sentencia de referencia sentando claramente el principio indiscutible de que la Audiencia Provincial –ahora, el Tribunal Superior de Justicia- no puede entrar a conocer del fondo del asunto al resolver la impugnación del laudo, sin que la causa de anulación del orden público le dé pie a ello. De este modo, leemos que “...No obstante, sentado lo anterior ha de precisarse que el núcleo de la queja del recurrente se basa en que, aun mediando un previo sometimiento del litigio al arbitraje, el órgano jurisdiccional no ha examinado, en el cauce del recurso contra el Laudo Arbitral, el fondo del asunto debatido ante el árbitro, pese a las causas de nulidad del mismo que fueron alegadas en dicho procedimiento. Lo que entraña, a su juicio, una limitación de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988 [RTC 1988\43], 233/1988 [RTC 1988\233], 15/1989 [RTC 1989\15], 288/1993 [RTC 1993\288] y 174/1995 [RTC 1995\174]), de su función como medio heterónimo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial

efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción (pero no su «equivalente jurisdiccional» arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 [RTC 1991\62] y 174/1995) legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985 [RTC 1985\99], 50/1990 [RTC 1990\50] y 149/1995 [RTC 1995\149], entre otras).

Termina la sentencia de referencia señalando que “...**No existiendo, pues, un obstáculo o limitación del acceso a la justicia, como el recurrente pretende en su demanda de amparo, sólo queda por examinar si, al decidir la no concurrencia en el presente caso de las causas de nulidad del Laudo Arbitral alegadas por el recurrente, el Tribunal a quo ha dictado una sentencia manifiestamente irrazonable o arbitraria que «no podría considerarse expresión del ejercicio de la justicia sino simple apariencia de la misma» (STC 148/1994 [RTC 1994\148], por todas) o incurso en error patente (SSTC 34/1992 [RTC 1992\34] y 163/1993 [RTC 1993\163]).**”

Por lo tanto, como antes señalábamos, la sentencia de la Audiencia Provincial o del Tribunal Superior de Justicia – ahora- que resuelva la impugnación del laudo arbitral sólo podrá ser atacada en amparo si fuera manifiestamente irrazonable o arbitraria que no podría considerarse expresión del ejercicio de la justicia sino simple apariencia de la misma. En el caso concreto considerado, el Tribunal Constitucional concluye señalando que “*Pero basta señalar al respecto que las tres cuestiones debatidas en el recurso de nulidad del Laudo Arbitral y las conclusiones a las que ha llegado el órgano jurisdiccional -a saber, 1.º) que la ausencia de prueba en cuanto a la fecha en que se entregó al árbitro la documentación pertinente hace imposible determinar con precisión si transcurrió o no el plazo convencionalmente fijado para dictar el Laudo; 2.º) que la existencia de un testimonio, no desmentido por otros elementos probatorios, conduce a estimar que las partes efectivamente acordaron deferir al árbitro la valoración de las deficiencias en la construcción por el mismo observadas, y 3.º) que sometida a arbitraje la valoración pecuniaria de una determinada obra se incluye en el ámbito de la decisión arbitral el desvalor padecido en dicha obra por deficiencias en la construcción- sólo constituyen, obvio es, problemas y respuestas jurídicas que pertenecen al ámbito de la legalidad ordinaria y, por tanto, son ajenas a la jurisdicción de este Tribunal, al que le está vedado entrar a juzgar sobre su acierto o desacierto (SSTC 50/1988 [RTC 1988\50], 256/1988 [RTC 1988\256] y 210/1991 [RTC 1991\210], entre otras). Sin que desde la perspectiva de una eventual vulneración del art. 24.1 CE, que es la propia de este Tribunal, del examen de la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante pueda apreciarse que dicha resolución judicial, que posee una motivación*

suficiente haya incurrido en ninguno de los reproches señalados por la citada STC 148/1994 (RTC 1994\148). Y ello ha de conducir, en definitiva, a la denegación del amparo solicitado.”

Como complemento de la anterior sentencia, debemos citar el Auto del Tribunal Constitucional núm. 116/1992 (Sala Segunda , Sección 4ª), de 4 mayo, que en relación al concepto de orden público como causa de anulación del laudo arbitral nos señala que “...Se denuncia asimismo una segunda vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de la Sentencia de 26 de noviembre de 1991, al haber considerado inaplicable la causa de anulación establecida en el art. 45.5 de la Ley 36/1988. Ciertamente, en la sentencia impugnada se sostiene que no concurre la citada causa de anulación (infracción del orden público), pero se basa para ello en una interpretación razonada y suficiente del meritado precepto. Interpretación que, bien es verdad, le lleva a tildarlo de redundante por reiterativo de las causas de nulidad contempladas en los núms. 1 a 4 del art. 45, pero que, **en la medida en que mediante dicha calificación equipara a la cláusula de orden público con las exigencias derivadas del art. 24 de la Constitución, resulta perfectamente respetuosa con este último, habida cuenta de que -según ha sostenido ya este Tribunal respecto de los procedimientos de exequatur (STC 43/1986 [RTC 1986\43])- la cláusula de orden público se ha impregnado desde la entrada en vigor de la Constitución con el contenido de su art. 24. Así las cosas, dado que en la sentencia impugnada se razona de manera suficiente -al hilo de las restantes pretensiones de la ahora recurrente- la no concurrencia de causas de nulidad tales como la indefensión o la incongruencia, ha de entenderse que la decisión judicial de tener por no conculcado el orden público no puede ser tachada de atentatoria contra el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante.”**

Pasemos ahora a analizar los derechos fundamentales relacionados con el orden público. Podemos rechazar, en primer lugar, de forma categórica, los derechos a ser informados de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, de aplicación únicamente al orden penal.

De la mayor dificultad es la determinación del alcance del derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de contenido complejo que comprende no sólo el derecho al acceso a la jurisdicción, sino también, una vez en ella, el derecho al proceso (es decir, el derecho a obtener una sentencia sobre el fondo siempre que concurren los presupuestos procesales), el derecho al debido proceso, el derecho a los recursos y el derecho a la ejecución. En este sentido son ilustrativas la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1981 que considera que es el “**derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello**” y la Sentencias del Tribunal Constitucional nº 131/1987, de 20 de julio, que dice que “**el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que reconoce a los ciudadanos el artículo 24.1 de la Constitución, consiste en el derecho a acceder al proceso judicial de que conozcan los Jueces y Tribunales ordinarios, alegar los hechos y las argumentaciones jurídicas pertinentes ya obtener una resolución fundada**

en Derecho, que puede ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas”.

En cuanto al derecho al debido proceso legal, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22/1982, de 12 de mayo [f. 1], ha declarado que **“el artículo 24 de la Constitución (...) consagra el derecho a que se cumplan y observen las garantías que el propio precepto enumeró. Este derecho, derecho al debido proceso legal, no atribuye (.) el derecho a obtener la satisfacción de la pretensión sustantiva o de fondo”.**

El derecho al recurso, como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, se ha reconocido, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 7/1986, de 21 de enero, que ha dicho que *«el Tribunal ha declarado, con carácter... general, que no incluye el derecho a un doble pronunciamiento, salvo cuando la ley lo establezca»*. Por su parte, el Auto del Tribunal Constitucional núm. 116/1992 (Sala Segunda, Sección 4ª), de 4 mayo ha declarado que **“no puede sostenerse que sea contrario al art. 24.1 de la Constitución el hecho de que la Audiencia haya denegado la pretensión de anular el arbitraje por haberse dictado en virtud de un convenio arbitral nulo**. Semejante pretensión se fundamentaba en el argumento de que el convenio arbitral se había concluido cuando aún estaba en vigor la Ley de Arbitraje de 1953, que permitía recurrir en casación contra los Laudos arbitrales. Consideraba la entidad recurrente que la alteración del régimen jurídico del arbitraje acaecida tras la entrada en vigor de la Ley de 1988 - que suprime el recurso de casación y que se aplica a los arbitrajes no iniciados cuyo convenio se hubiese celebrado antes de la entrada en vigor de la nueva Ley (disposición transitoria)- supone necesariamente la nulidad de los convenios que, pactados al amparo de la Ley de 1953, sólo tenían a la vista - asumiéndolos- el régimen jurídico y el sistema de recursos establecidos en la normativa derogada.

Ciertamente, **la modificación legislativa de los recursos existentes en un momento dado y la extensión de las reformas a situaciones jurídicas precedentes mediante fórmulas de derecho transitorio es algo constitucionalmente lícito**. La duda aparece, sin embargo, cuando se trata de reformas que afectan a instituciones en las que, como sucede con el arbitraje, el régimen de los recursos existentes en el momento de su conformación puede ser tenido por elemento determinante del concurso de voluntades que dan vida al convenio fundamentador de la eventual solución arbitral de una controversia. **Es evidente, en este sentido, que quien suscribe un convenio de arbitraje en la seguridad de que el Laudo puede ser judicialmente revisado en cuanto al fondo, puede desistir de remedios arbitrales si desaparece tal posibilidad de revisión**. Ello no obstante, no es menos cierto que tras la entrada en vigor de la Ley 36/1988, y antes de poner en funcionamiento el mecanismo arbitral establecido en el convenio, la entidad recurrente pudo perfectamente tratar de denunciar el citado convenio, cosa que no hizo. También lo es que, de considerar nulo el convenio por las razones antedichas, la nulidad debió ponerse de manifiesto *«en el momento de presentar las partes sus alegaciones iniciales»* ante el árbitro (art. 23 de la Ley de 1988), lo que tampoco verificó la recurrente. Todo ello con independencia de que las razones esgrimidas en la sentencia impugnada

para desestimar la pretensión de anulación son perfectamente respetuosas con el art. 24 de la Constitución, toda vez que no es en modo alguno contraria a este precepto la idea -también apuntada en sus alegaciones por el Ministerio Fiscal- de que no se había verificado propiamente una aplicación retroactiva de la Ley 36/1988, sino tan sólo la aplicación de una nueva norma a situaciones jurídicas constituidas con anterioridad y cuyos efectos no se han consumado. **Es verdad que la nueva normativa suprime el recurso de casación contra Laudos arbitrales; no lo es menos, sin embargo, que -como indica el Ministerio Público- es doctrina de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva, que es un derecho de configuración legal, sólo garantiza el acceso a los recursos legalmente establecidos, sin que en materia civil o mercantil exista la obligación constitucional de habilitar vías de impugnación sobre el fondo de las resoluciones impugnadas ante la jurisdicción ordinaria (ATC 954/1987), y sin que ningún precepto constitucional fundamente el derecho de los justiciables a la inmodificabilidad del sistema de ordenación de los recursos legalmente establecidos (ATC 279/1985 [RTC 1985\279 AUTO]).**”

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 67/1984, de 7 de junio [f.4], respecto al *derecho a la ejecución*, ha señalado que **“Las resoluciones impugnadas son contrarias al derecho fundamental a la ejecución de la sentencia, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución.”**

Teniendo en cuenta el alcance que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dado al acceso a la jurisdicción, al derecho al proceso, al derecho al debido proceso legal, al derecho al recurso y al derecho a la ejecución, pensamos que son categorías difícilmente aplicables al arbitraje, en cuanto que los árbitros son un órgano privado, cuyas atribuciones tienen su origen en la voluntad de las partes.

No obstante, el derecho a la tutela judicial no se circunscribe a lo anterior, sino que, como hemos dicho antes, tiene un contenido complejo. Así, la Jurisprudencia ha reconocido que el derecho a la tutela supone la necesidad de que las sentencias sean congruentes, como vemos en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 77/1986, de 12 de junio, que dice que **“La incongruencia de una sentencia sólo entra en conexión con los derechos reconocidos en el artículo 24 cuando puede encontrarse en el asunto, además de incongruencia de la Sentencia, la situación de indefensión que el artículo 24.1 de la Constitución prohíbe, por entrañar la decisión un pronunciamiento sobre temas o materias no debatidas en el proceso respecto de las cuales, en consecuencia, no haya existido la necesaria contradicción”**.

En cuanto a la incongruencia omisiva, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 169/1988, de 29 de septiembre [f. 2] ha recordado que «A este respecto es preciso recordar que, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, **entre las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra la de dar respuesta motivada y fundada en Derecho a todas las cuestiones suscitadas por las partes a lo largo del proceso (STC 5/1986, de 21 de enero) , mucho más cuando afectan a la inadmisibilidad del recurso o, en general, de la acción**

*ejercitada, puesto que dicha respuesta condiciona la existencia misma del procedimiento (STC 116/1986, de 8 de octubre). **La omisión de un pronunciamiento sobre alguna de tales cuestiones, que pertenecen a lo que viene entendiéndose como orden público procesal, puede provocar, no ya la incongruencia de la resolución judicial, sino, más aún, la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución.***”

Pues bien, si fuera aplicable el artículo 24 C.E. al arbitraje, resultaría que el laudo sería nulo, por ser contrario al orden público, cuando fuera incongruente. Como existía un motivo específico para denunciar la incongruencia por *ultra y extra petita* (art.41.1.c) NLAB (correspondiente con el art. 45.4 LAB.), resultaría que los laudos viciados de incongruencia omisiva hubieran sido impugnables por la vía del artículo 41.1.f) NLAB (correspondiente con el 45.5 LAB). Sin embargo, esa consecuencia no fue la querida por el legislador – y así lo ha interpretado la jurisprudencia desde 1988 - porque dudamos muy seriamente de que sean aplicables al arbitraje las garantías procesales contenidas en el artículo 24 CE; y porque, como señala GONZALEZ SORIA, sería contrario a nuestra tradición jurídica, según la cual la integración de los puntos omitidos ha de hacerse en vía jurisdiccional o mediante la formalización de un nuevo arbitraje; y porque no tendría sentido que la incongruencia del laudo pudiera ser denunciada por vías diferentes y hubiera bastado que se hubiera articulado como motivo de anulación que el laudo fuera incongruente.

Otra de las exigencias de este derecho fundamental es la relativa a la motivación de las sentencias. Vemos que la Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 55/1987, de 13 de mayo, nos dice que *«Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que **la tutela judicial efectiva, que reconoce y consagra el artículo 24 de la Constitución, se satisface primordialmente mediante una Sentencia de fondo, que resuelva las pretensiones controvertidas y que se encuentre Jurídicamente fundada.***”

Ello nos podría llevar a pensar que sería contrario al orden público el laudo dictado en arbitraje de derecho que no contuviera los argumentos que constituyen su *ratio decidendi*⁵¹⁰. No obstante, la existencia de un motivo específico para impugnar el incumplimiento de los requisitos informadores de las actuaciones de los árbitros nos lleva a afirmar que la falta de motivación debe articularse conforme a lo previsto en el artículo 41.1.d) NLAB (correspondiente con el 45.2 LAB.).

⁵¹⁰ Semejante a la exigencia anterior es la que se sostiene en la S. T .C. 54/1989 de 23 de febrero [f.4], en la que se declara la necesidad de que se recojan en la sentencia los hechos en que se base la decisión: *«Entre esas garantías, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal. 'i' 1 se incluye sin duda la de que las decisiones judiciales que resuelven el fondo del asunto contengan los hechos en que se basa la decisión y que esos hechos hayan sido objeto de prueba suficiente. En cuanto esta exigencia está contenida entre las que impone el artículo 24.1 de la Constitución, nada impide que los Tribunales la consideren incluida en el orden público del foro. Comprobar si en la resolución extranjera se cumple con esa exigencia de que se ha realizado una prueba razonable de los hechos no tiene por qué implicar una revisión del fondo del asunto y no desborda, en consecuencia, la función homologadora que corresponde al Juez del exequatur.)*

Lo mismo cabe decir respecto de la posible vulneración de los actos de comunicación interlocutoria, reseñados en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 48/1986, de 23 de abril [f. 2], que dice que **«Para asegurar la contradicción se requiere, en suma del juzgador una acción positiva que tienda a asegurar su efectividad. Cuando la mencionada actividad judicial es errónea, haciendo fracasar la función de conocimiento que está destinada a cumplir, la actividad de notificación no sólo contraría lo que ordena la ley ordinaria y ratifica la jurisprudencia, sino que puede producir indefensión, y en cuanto este último efecto se produzca, el asunto queda elevado al plano constitucionalmente relevante.»**

Como tales actuaciones suponen, por lo general, la infracción del principio contradictorio, entendemos que la impugnación del laudo deberá hacerse ex artículo 41.1.d) NLAB (correspondiente al 45.2 LAB.).

El complemento específico del derecho a la tutela judicial efectiva viene dado por la interdicción de la indefensión. Teniendo en cuenta el doble y artificioso significado que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵¹¹, ha reconocido a la

⁵¹¹ Así, la S. T .C. 48/1984, de 4 de abril: «En el artículo 24 de nuestra Constitución ocupa un lugar central y extraordinariamente significativo la idea de "indefensión". La interdicción de la indefensión, que el precepto establece, constituye prima facie una especie de cláusula o fórmula de cierre. "Sin que en ningún caso pueda producirse indefensión", dice el mencionado precepto constitucional. La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica, de la que se ha dicho que supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada consiguiendo una modificación jurídica que sea debida, tras un debate (proceso), decidido por un órgano imparcial (jurisdicción). De esta suerte, la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del artículo 24. Existe, sin embargo, un concepto más estricto de indefensión de orden jurídico-constitucional, que la jurisprudencia de este Tribunal ha ido poco a poco perfilando. El concepto jurídico-constitucional de indefensión que el artículo 24 de la Constitución permite y obliga a construir no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión. Ocurre así porque, como acertadamente ha sido dicho, la idea de indefensión no puede limitarse restrictivamente al ámbito de los que pueden plantearse en los litigios concretos, sino que ha de extenderse a la interpretación desde el punto de vista constitucional de las leyes reguladoras de los procesos. Por esto, si bien el Derecho procesal, en aras de sus propias necesidades de estructuración de los procesos y para facilitar el automatismo y la tramitación de los procedimientos judiciales, presenta un contenido marcadamente formal y define la indefensión de un modo igualmente formal, a través, por ejemplo, de la falta del debido emplazamiento o de la falta de otorgamiento de concretos trámites o de concretos recursos, en el marco jurídico-constitucional no ocurre lo mismo. Como la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado en abundantes ocasiones, la indefensión no se produce si la situación en la que el ciudadano se ha visto colocado se debió a una actitud voluntariamente adoptada por él o si le fue imputable por falta de la necesaria diligencia. La conclusión que hay que sacar de ello es doble: por una parte, que no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y, por ende, en violación de lo ordenado por el artículo 24 de la Constitución; y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto --o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento--. En el contexto del artículo 24 de la Constitución, la indefensión se caracteriza por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa, que si se produce por vía legislativa sobrepasa el Límite del contenido esencial prevenido en el artículo 53, Y si se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto, respecto de los cuales la sentencia debe suponer modificación de una situación jurídica individualizada, así

noción de indefensión, cabría quizá argumentar que la indefensión procesal debería articularse por el 41.1.b) NLAB (correspondiente al artículo 45.2 LAB.), mientras que la indefensión constitucionalmente relevante podría dar lugar a la impugnación del laudo por vulneración del orden público. Debemos citar nuevamente el Auto del Tribunal Constitucional núm. 116/1992 (Sala Segunda, Sección 4ª), de 4 mayo, que señala que *“tampoco atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva la negativa de la Audiencia Provincial a considerar conculcado el orden público por el hecho de que el Laudo impugnado hubiera vulnerado el art. 17.1 de la Constitución, al obligar a la recurrente a otorgar una Escritura Pública y el art. 24 por imponerle la obligación de desistir de ciertos recursos administrativos. En este punto la Audiencia Provincial se ha limitado a constatar que ambas cuestiones debían ser resueltas por el Arbitro dirimente al haber sido incluidas entre las materias sometidas al arbitraje; inclusión, por lo demás, perfectamente viable en tanto que respetuosa con las exclusiones contenidas en el art. 2 de la Ley 36/1988. Sólo cabe decir que tanto el desistimiento sobre materias disponibles, como la obligación de otorgar una estructura pública referida a materia de libre disposición no contrarían -respectivamente- ni el art. 24.1 ni el art. 17.1 de la Constitución Española. A aquél, porque -siendo susceptible de arbitraje- el desistimiento es una forma de terminación de procedimientos perfectamente compatible con el art. 24.1; a éste, porque -como bien señala el Ministerio Fiscal- el derecho establecido en el art. 17.1 de la Constitución no se refiere a la libertad negocial o autonomía de la voluntad, sino estrictamente a la libertad de la persona”*

En cuanto al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, y entramos así en el examen del párrafo 2º del artículo 24 CE, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 471 1983, de 31 de mayo [f. 2], ha declarado que *“«2. El derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley, consagrado en dicho artículo, exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional.*

Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta -y que se recoge expresamente en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y en el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales-, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus

como del derecho de realizar los alegatos que estimen pertinentes para sostener ante el Juez la situación que se cree preferible Y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados y, en su caso Y modo, utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales.»

componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse.»

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º. 47/1982, de 12 de julio, dice que *«De esta suerte, hay que señalar que **el derecho a la utilización de los medios de defensa y el derecho a ser juzgado por el Juez predeterminado por la ley comprenden recusar a aquellos funcionarios en quienes se estime que concurren las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad.»***

Enorme dificultad presenta la extrapolación del derecho al juez ordinario predeterminado a la ley al arbitraje, porque el órgano arbitral no es creado por una norma jurídica, sino por la voluntad de las partes, que son quienes le invisten de «competencia»; es, por naturaleza, un órgano *ad hoc*⁵¹² y las condiciones de nombramiento, composición y régimen de abstención y recusación han de reconducirse al artículo 41.1.b) NLAB (45.2 LAB.).

Por su parte, el derecho a la defensa y asistencia letrada, de notable trascendencia penal, no puede entenderse aplicable al arbitraje, pues, como hemos dicho, la intervención de los abogados en éste no es igual que en el proceso judicial, no siendo siquiera preceptiva en la NLAB

En cuanto a la publicidad procesal, según la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º. 96/1987, de 10 de junio, *“**la publicidad del proceso no puede restringirse sino por los motivos expresos que la ley autorice, y, en consecuencia, las facultades que las leyes procesales otorgan a los Tribunales no pueden desconocer el principio de publicidad, razón por la cual deben ser interpretadas de tal manera que dejen a salvo su vigencia**”*. Por el contrario, el arbitraje se basa en la confidencialidad del procedimiento y de hecho la NLAB obliga a los árbitros y a las partes al deber de confidencialidad en relación con todo lo conocido en el procedimiento arbitral. Así pues, tampoco el derecho a un proceso público tiene cabida en la noción de orden público procesal, puesto que la confidencialidad o secreto de las actuaciones arbitrales es inherente a tal institución.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, según la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º. 22/1988, de 25 de noviembre, *“**expresa un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico e identificar, como tales, la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante el amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades**”*.

⁵¹² No se debe caer en el error de confundir la institución arbitral permanente con el órgano arbitral, ya sea unipersonal o colegiado, puesto que éste último siempre se constituye ad hoc, por tiempo determinado o determinable.

En la LAB, como el laudo debía ser dictado en el plazo estipulado o, en su defecto en el previsto por la ley, el incumplimiento de este requisito daba lugar a la extemporaneidad del laudo denunciable por el artículo 41.1.d) siempre que las partes hubieran pactado que no se convalidara el laudo extemporáneo de forma automática, tal y como prevé la NLAB tras la reforma de 2011 (correspondiente al 45.3 LAB). Por otro lado, puesto que en la NLAB se regula que el laudo dictado fuera de plazo seguirá siendo válido, con independencia de la exigencia de posibles responsabilidades a los árbitros, nos encontramos con que a nuestro juicio sea inoperante este derecho constitucional en materia arbitral.

Otro de los principios contenidos en el artículo 24.2 es el derecho un proceso con todas las garantías. Expresión vaga e imprecisa, que según la jurisprudencia incluye el derecho a un juez imparcial, como vemos en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 145/1988, de 12 de julio, que dice que *«El párrafo segundo del apartado segundo de la Ley Orgánica 10/1980, que **prohíbe en todo caso la recusación (y consiguientemente la abstención) del Juez sentenciador que ha sido instructor de la causa es inconstitucional por vulnerar el derecho al Juez imparcial que reconoce el artículo 24.2 de la Constitución**»*.

Si trasladamos esta doctrina al arbitraje, podríamos pensar que el laudo sería contrario al orden público si los árbitros hubieran tenido en cuenta al juzgar alegaciones fácticas (actos de instrucción, según GUASP) no invocadas por las partes. En contra de la afirmación anterior podría erróneamente argumentarse la facultad de los árbitros de delimitar la controversia. Sin embargo, creemos que, en ningún caso, podrían los árbitros excederse de lo que, según la terminología del proceso canónico, se denomina la fijación del *dubium* y que viene dado en los escritos iniciales y complementarios de las partes, con la salvedad antes comentada en esta propia obra de que precisamente las partes hubieran convenido en que fueran los árbitros quienes delimitaran la controversia una vez realizada su aceptación del nombramiento.

Otro de los derechos del artículo. 24.2 C.E. es el de utilizar los medios de prueba pertinentes, sobre el que la Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 51/1985, de 10 de abril dice que *«De todo lo que llevamos hasta aquí dicho, se puede extraer la conclusión de que **la pertinencia de las pruebas es la relación que las mismas guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye "thema decidendi" para el Tribunal y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del Tribunal. Así entendida la pertinencia de las pruebas es distinta de su eventual relevancia, que consiste en el juicio de necesidad o de utilidad de las mismas. Entendida la idea de pertinencia del modo que queda explicado -relación entre los hechos probados y el "thema decidendi" surge de inmediato la cuestión de los elementos caracterizadores del juicio sobre la pertinencia. Se encuentran entre ellos, en una primera línea de dificultad menor, el que **el objeto de la prueba han de ser hechos y no normas jurídicas o elementos de derecho; el que ha de tratarse de hechos que hayan sido previamente alegados y que estén, por consiguiente, previamente aportados al proceso, y que no se trate de hechos****»*

exonerados de prueba como pueden estarlo los hechos establecidos en virtud de una presunción legal.”

La denegación injustificable de prueba, caso típico de quebrantamiento de las formalidades, sería denunciable al amparo del artículo 41.1.d) NLAB (correspondiente al art. 45.2 LAB), si bien teniendo muy presente el Auto del Tribunal Constitucional núm. 701/1988 (Sala Primera, Sección 1ª), de 6 junio, que dice que “...*si bien en algunos casos los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia respecto de las decisiones de los árbitros pueden ser vulneradoras de tal derecho (derecho a la tutela judicial efectiva), esta regla no puede extenderse más allá de los límites que establece el precepto constitucional, pues, **aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros de Derecho privado es una actividad propiamente jurisdiccional, en la medida en que produce efectos de cosa juzgada, de ello no deriva necesariamente su sumisión a los preceptos constitucionales, especialmente en aquellos casos en que por ser el arbitraje de equidad, las partes, en virtud del juego de la autonomía de la voluntad, manifestada en el contrato de compromiso, o previamente en las cláusulas o pactos compromisorios, se han autoexcluido no solamente de la actividad jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales del Estado, sino de la vinculación al ordenamiento jurídico, sometiendo sus conflictos y litigios a decisiones de equidad o, como suele decirse, al leal saber y entender de los árbitros.***”

2. En consecuencia con tales ideas, el art. 29 de la Ley de arbitraje de Derecho Privado establece que, «el procedimiento en caso de equidad no tendrá que someterse a formas legales», y dispone, en su párrafo 2º, que «los árbitros deben dar a las partes la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar pruebas», lo que es entendido por autorizados sectores doctrinales en el sentido de que **el precepto faculta a las partes para presentar las pruebas, pero que no vincula a los árbitros a la ejecución de cualesquiera otros medios de prueba propuestos** habiendo de señalarse, además, que acerca de la admisibilidad o pertinencia decidan los árbitros, sin que contra su resolución quepa recurso alguno, que es, en síntesis, lo que en este caso ocurrió, pues el árbitro no consideró pertinente la prueba y fundó su resolución de manera razonada, argumentando su decisión, lo que fue, en definitiva, corroborado por el Tribunal Supremo de Justicia, sin que competa a esta jurisdicción dirimir la divergencia entre la apreciación del árbitro y la de la parte litigante o la que exista entre esta última y el Tribunal Supremo de Justicia.”

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 8 febrero 1989, de la que fue ponente GONZALEZ POVEDA, señala que “...**es necesario que los comprometidos propongan toda la prueba que les interese al formular sus alegaciones; concedido por los árbitros a las partes plazo para formular alegaciones y proponer toda clase de pruebas, observaron aquéllos el principio de contradicción sancionado por el art. 29 en su segundo párrafo, sin que se haya producido, en consecuencia, vulneración del derecho de la recurrente a la aportación de las pruebas necesarias a su defensa ni indefensión para ella ya que pudo defenderse**”

suficientemente en el procedimiento arbitral y si no lo hizo, fue por su propia omisión al dejar transcurrir el plazo que, al igual que a la otra parte, le fue concedido para proponer toda la prueba que le interesase, proponiendo extemporáneamente y cuando los árbitros se encontraban ya deliberando sobre las cuestiones sometidas a su juicio, las pruebas a que se refiere el motivo, petición que, como se ha dicho, no era vinculante para aquéllos.”

Igualmente, hemos de citar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 2 marzo 1989, que señala que “...**al quedar patente del contenido literal el laudo, impugnado que los árbitros no concedieron a la entidad aquí recurrente la oportunidad de ser oída o de presentar pruebas, infringiendo, como ya hubo de poner de relieve la Sentencia de esta Sala de 1 de diciembre de 1986 (RJ 1986\7188), el principio de tutela jurídica efectiva que el artículo 24 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875) consagra.”**

En relación con la valoración de las pruebas, debemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 marzo 1989, de la que fue ponente FERNANDEZ-CID DE TEMES, que señala que “...**el laudo interpreta erróneamente las cláusulas del contrato al sentar que «el señor L. no ha incurrido en incumplimiento motivador de la resolución, teniendo en cuenta la gran dificultad y complejidad en la liquidación de cuentas entre las partes» pues es también doctrina reiterada que la interpretación de los contratos constituye facultad exclusiva del juzgador y ha de respetarse en casación, salvo que conduzca a exégesis ilógicas o que conculquen preceptos legales, debiendo ser mantenida incluso en aquellos supuestos en que quepa alguna duda acerca de la exactitud de la interpretación** -Sentencias de 10 y 25 de enero, 5 de febrero, 11 y 14 de marzo, 26 de abril, 10 y 19 de junio, 23 y 26 de julio, 26 de septiembre 6 y 13 de noviembre, 9 y 18 de diciembre, todas de 1985 (RJ 1985\186, RJ 1985\197, RJ 1985\532, RJ 1985\1133, RJ 1985\1165, RJ 1985\1993, RJ 1985\3100, RJ 1985\3299, RJ 1985\4139, RJ 1985\4474, RJ 1985\5510, RJ 1985\5607, RJ 1985\6430 y RJ 1985\6595), citadas en las de 7 de julio de 1988 (RJ 1988\5580)- **duda que no existe en el caso que nos ocupa, en el que el árbitro valora no sólo el tan aludido contrato, sino también la conducta de las partes..”**

En cuanto a la presunción de inocencia, hay que tener en cuenta, en primer término, que, como ha recordado la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1988 [f. 4] (R.A. 3.879), puede extenderse a conductas civiles, al señalar que “**Es cierto que una correcta interpretación del principio de presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, obliga a entender que se trata de un derecho fundamental que no puede quedar reducido al campo de las presuntas conductas delictivas, sino que ha de extenderse también a conductas administrativas o civiles de las que no sólo resulte una sanción sino también una limitación de derecho** -Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 y 1 de abril de 1982y cuyo derecho fundamental, en su contenido, **viene significado por cuanto toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria que, si por una parte impide que se**

condene sin pruebas, por otra se entiende que las tenidas en cuenta han de ser tales y constitucionalmente legítimas -Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981, 26 de julio de 1982 y 24 de septiembre de 1986-.”

En consecuencia, la problemática derivada de una interpretación incorrecta de este derecho constitucional sería articulable por el artículo 41.1.f) NLAB (correspondiente al 45.5 LAB.), es decir, caería de lleno dentro del orden público.

En conclusión, tras el análisis realizado del contenido de las garantías del artículo 24 C.E., resulta que la mayor parte de los derechos reconocidos en este precepto son de muy difícil aplicación a la institución arbitral. Además, aquellos que mejor se adecúan al arbitraje podrán ser denunciados al amparo de los párrafos 1.b) y 1.d) del artículo 41 NLAB (correspondientes al motivo 2 del artículo 45 LAB) que no sólo recogen el quebrantamiento procedimental, sino, además, la vulneración de los principios que se consideran esenciales: audiencia, contradicción e igualdad.

Por tanto, a nuestro juicio, son constitutivos del orden público procesal las violaciones del derecho de defensa constitucionalmente relevante, del derecho a un proceso con todas las garantías -en cuanto recoge el derecho a la imparcialidad del árbitro- y del derecho a la presunción de inocencia⁵¹³.

De todo lo expuesto resulta que la noción de orden público material y procesal, que en principio parecía inabarcable, tiene unos márgenes de aplicabilidad muy restringidos, que en ningún caso permiten a través de esta causa de impugnación que la Audiencia Provincial y ahora el Tribunal Superior de Justicia entren a conocer en el fondo del laudo, lo que nos lleva a coincidir con LORCA NAVARRETE⁵¹⁴ en su afirmación de que el orden público se ha revelado como el medio más adecuado para atemperar la discrecionalidad absoluta del árbitro, dentro de una tipificación de la anulación del laudo arbitral en la que se ha excluido el ámbito de criterio subjetivo del árbitro o árbitros -más acentuado en el arbitraje de equidad-, sin que le sea posible al órgano jurisdiccional entrar en el

⁵¹³ Así, BARONA VILAR, «El recurso.», Op. cit., págs. 128-129, señala que: «un laudo podría ser atentatorio al orden público procesal cuando atente contra las formalidades y principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal. La no observancia de las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley de Arbitraje podrían ponerse de manifiesto a través del núm. 2 del artículo 45, pero juntamente con esta posibilidad puede atacarse un laudo cuando sea atentatorio a los principios y formalidades procesales esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal». Según LÓPEZ ANTÓN, «Ejecución en España de laudos arbitral es extranjeros (La aplicación del Convenio de Nueva York)», en *La Ley*, 1985, núm. 2, página 1211 : «...se pueden señalar como categorías más habituales las relativas a la existencia de irregularidades en el procedimiento arbitral (entre las que cabe señalar la existencia de una infracción del orden público procesal en el modo en que se ha desarrollado el arbitraje y en relación con esta última la indefensión que tal circunstancia ha podido producir para alguna de las partes), la falta de imparcialidad en el órgano arbitral y la falta de motivación del laudo».

⁵¹⁴ Vid. LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARIA: *La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales y sentencias extranjeras en España, según la doctrina del Tribunal Constitucional Español*. Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1987, núm. 4

fondo de las argumentaciones de los árbitros, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de País Vasco de 20 de febrero de 1991 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza del 6 de septiembre de 1991. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de abril de 1991, realiza una afirmación ciertamente importante como la siguiente: “... **son cuestiones que por afectar al fondo de la decisión del árbitro los Tribunales no tienen jurisdicción para decidir sobre ello, ya que por la voluntad concorde de los ahora litigantes, renunciaron expresamente a someter sus divergencias a la jurisdicción civil ordinaria y lo atribuyeron a la arbitral, a la que deben atenderse**”.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 542/2003 (Sección 2ª), de 18 diciembre, de la que fue ponente PICON PALACIO, nos sirve para resumir la jurisprudencia que se ha consolidado en relación a la anulabilidad de los laudos arbitrales y su relación con el orden público, tras quince años de vigencia de la LAB. En la misma, leemos: “**Es objeto de este recurso la nulidad de un laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral de Consumo de Burgos, a cuyo fin debe tenerse en cuenta la naturaleza del arbitraje, que es, como se ha reiterado en la doctrina del Tribunal Constitucional -v. gr., SSTC 15/1989, de 26 enero [RTC 1989, 15] ; 62/1991, de 22 marzo [RTC 1991, 62] ; y 288/1993, de 4 octubre [RTC 1993, 288] - un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada, con la declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia, y que se encuentra revestida de «auctoritas» por imperativo de la Ley.**

SEGUNDO.- Por dicha razón, prevé la Ley 36/1988, de 5 de diciembre (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783), de Arbitraje la posibilidad de **que contra el laudo se pueda oponer un recurso llamado de anulación del laudo ante la Audiencia Provincial y en base a los motivos taxativamente fijados por el artículo 45, entre ellos cuando en el desarrollo de la actuación arbitral no se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas al arbitrio judicial.**

Recurso que, en razón de su naturaleza jurídica, básicamente incide sólo sobre la anulación del laudo por errores «in procedendo», de modo que la cuestión de fondo o, mejor, su motivación sólo será atacada indirectamente en función de una posible anulación de contenido en todo caso garantista o en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral, puesto que la impugnación por violación de las reglas de derecho sólo es consentida a través de la propia inobservancia de la garantías que en la emisión del laudo deben observar los árbitros en cuanto al respeto al orden público y a los puntos no sometidos a decisión arbitral por sostenido que cuando se solicite la anulación del laudo no se ha de pretender corregir las deficiencias en la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de elaboración, creando dificultades al móvil de paz que preside el arbitraje, desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza en el mismo, pues lo contrario significaría un total examen del fondo del

asunto que la naturaleza del recurso no consiente -AATC 701/1988, de 6 junio, y, 179/1991, de 17 junio; SSTC 43/1988, de 16 de marzo (RTC 1988, 43) ; 174/1995, de 23 noviembre (RTC 1995, 174) ; y 75/1996, de 30 abril (RTC 1996, 75) ; y SSTS de 13 octubre 1986 (RJ 1986, 5785) y 12 junio 1987 (RJ 1987, 4292) -.Es, desde esta perspectiva ciertamente limitadora de las potestades de revisión de la Audiencia Provincial, las cuales, por otra parte, se trasladan en buena medida al propio Tribunal Constitucional -STC 176/1996, de 11 noviembre (RTC 1996, 176) - desde donde se debe estudiar el recurso interpuesto, valorando, por otra parte, que no se trata de un laudo dictado en un procedimiento arbitral stricto sensu, sino de uno regulado en el artículo 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y en el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo (RCL 1993, 1564) , por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, regulándose sólo subsidiariamente por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) , de Arbitraje, de acuerdo con las Disposiciones Adicionales de la misma, lo que refuerza la naturaleza no formalista del procedimiento elegido, sin perjuicio del carácter vinculante y ejecutivo del laudo dictado y objeto de recurso. “

Debemos citar igualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz núm. 507/2003 (Sección 1ª), de 17 noviembre, de la que fue ponente Dobarro Ramos, que señala que “...En cuanto a la invocación de que el laudo es contrario al orden público por haberse producido indefensión, si bien es claro que, conforme a doctrina constitucional el orden Público adquiere un contenido básicamente inspirado en la vulneración de los derechos fundamentales y garantías procesales recogidas en el texto constitucional, y que la indefensión supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva...”; y la Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza núm. 623/2003 (Sección 5ª), de 4 noviembre, de la que fue ponente PASTOR OLIVER, que señala que “...Pues bien, para que proceda la nulidad del laudo por incumplimiento de formalidades esenciales (art. 45-2 LAB[RCL 1988, 2430y RCL 1989, 1783]), como ya anticipa la Exposición de Motivos de la LAB, habrá de acudir a la luz que emana de los principios de nuestra Constitución(RCL 1978, 2836) . Y, en este sentido, la STC 43/1986, de 15 de abril(RTC 1986, 43) tiene declarado que «... **el orden público adquiere un contenido «tiene declarado que el orden público adquiere un contenido básicamente inspirado en la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a través del art. 24 CE, por lo que dicho concepto en su nueva dimensión se habrá de entender infringido por los árbitros cuando pronuncien el laudo con clara violación de los derechos fundamentales. Así, en el motivo 5º del art. 45 de la Ley de 1988 tendrían encaje otros supuestos particulares recogidos en la propia norma, resultando contrarios al orden público laudos que se hubieren pronunciado sobre materias que excedan a la facultad de disposición de los árbitros (art. 45.1) o aquel en el que se hubiesen contravenido las normas procedimentales a que los árbitros han de sujetarse con la consiguiente indefensión (art. 45.2)».**

Extrapolando estos principios al caso enjuiciado, habrá que ponderar -como razona la SAP Burgos de 7-octubre-1999(AC 1999, 7745), Sección 2ª- si la

conculcación de los principios rectores del procedimiento arbitral (audiencia, contradicción e igualdad: art. 21 LAB) se enmarca en el nacimiento, desarrollo o conclusión de dicho procedimiento.“

Igualmente debemos traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 17 octubre 2003, de la que fue ponente VIDAL MARTINEZ, como demostración del abandono por parte de la Audiencia Provincial de Barcelona de los postulados de su sentencia de 1995, que posteriormente comentaremos. En esta sentencia de finales de 2003 podemos leer que *“...La aplicación práctica del anterior contexto normativo jurisprudencial al supuesto enjuiciado y partiendo de la doctrina expuesta por el TC en resolución 116/92 en el sentido que **"la cláusula de orden público se ha impregnado desde la entrada en vigor de la Constitución con el contenido de su art. 24"**, debe afirmarse la improcedencia del motivo, toda vez que en realidad se ataca la cuestión de fondo y en concreto la valoración de las alegaciones y pruebas de ambas partes. Los árbitros han estimado acreditado que la inicial reclamante ejercitó en tiempo y forma su derecho de revocación del contrato, y habida cuenta que dicha conclusión fue adoptada después de relacionar las alegaciones de ambas partes, no puede lícitamente alegarse una infracción al principio de igualdad de partes, sino una disconformidad con la resolución en cuanto al fondo, procediendo por lo expuesto la desestimación del recurso.*”

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 3 septiembre 2003, de la que fue también ponente VIDAL MARTINEZ, y que expone que *“...Se denuncia, por último, que el laudo es contrario al orden público al amparo de la causa 5º del artículo 45 LAB (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783). Partiendo de la doctrina expuesta por el TC en resolución 116/92 (RTC 1992, 116) en el sentido que **"la cláusula de orden público se ha impregnado desde la entrada en vigor de la Constitución (RCL 1978, 2836) con el contenido de su art. 24"**, debe afirmarse la improcedencia del motivo. De la lectura del laudo resulta que se ha aplicado al fondo de la controversia el derecho inglés, de conformidad con lo pactado por las partes, sin que afecte a la validez del laudo el orden en que se examinen las cuestiones sometidas a decisión. Denuncia también que no se ha resuelto su reconvenición, pero del escrito de primeras alegaciones (documento nº 10) resulta que solicitó la declaración de que la demandante debía liquidar todos los pagos pendientes adeudados a Sanara, y en el laudo arbitral si bien se recoge dicha petición también se indica que no fijó ninguna cantidad. En realidad las partes discrepaban sobre cuál de ellas había incumplido el contrato, y al declararse en el laudo que la incumplidora fue la aquí recurrente la estimación de la pretensión de la instante determina la correlativa desestimación de dicha genérica petición, y en definitiva al no haberse patentizado ninguno de los defectos denunciados debe desestimarse el recurso, máxime teniendo en cuenta que como se razona en el laudo la aquí recurrente a pesar de haber manifestado que se apartaba del arbitraje, impidiendo de esta forma la práctica de una de las pruebas admitidas a la contraria, posteriormente presentó el escrito de conclusiones.*”

La Sentencia de la Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife núm. 379/2003 (Sección 4ª), de 8 septiembre, de la que fue ponente MOSCOSO TORRES, señala que **“...lo que se esgrime es que el laudo es contrario al orden público (art. 45.5 de la LAB) por el mismo motivo, es decir, por la existencia de la cuestión prejudicial derivada de la denuncia anterior; el orden público al que alude dicho precepto es un concepto jurídico indeterminada que en la jurisprudencia se viene asociando, como señala la parte recurrida, a la lesión de los derechos fundamentales; tampoco se identifica en el recurso cuál es el derecho de ese tipo que se ha podido desconocer con el laudo dictado, ni se conecta tampoco la supuesta prejudicialidad a la lesión de algún derecho fundamental; por lo demás y como se ha señalado, la parte no planteó en el expediente arbitral la cuestión prejudicial, y esta omisión no cabe imputarla al laudo como base para obtener su nulidad por esta causa alegada.”**

Como señala MUÑOZ SABATÉ⁵¹⁵, ni la Audiencia – ahora el Tribunal Superior de Justicia- puede dictar una resolución nueva en lugar de la anulada, ni puede tampoco reenviar la causa a los árbitros para que emitan un nuevo laudo y ello por razón del tipo de recurso que regula la NLAB, que según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de diciembre de 1991 no puede tener por objeto **“... la revisión de fondo de la cuestión litigiosa -por ello no es posible tampoco alegar una pretendida infracción del orden público material o procesal ” empleada esta expresión adjetiva en sentido lato ” para plantear subrepticamente un recurso contra el fallo, o solución dada al caso, es decir; contra la desestimación de las pretensiones formuladas en su día por la parte recurrente con un reexamen de toda la causa arbitral, o cuando menos de alguno de sus aspectos materiales”.**

Y en el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 10 de abril de 1992 cuando señala que **“... la pretensión deducida, persigue un examen pleno de las cuestiones sometidas al arbitraje legalmente previsto y convenido, lo que no propicia o permite la naturaleza especial del recurso de anulación que nos ocupa, medio o remedio impugnatorio de carácter extraordinario, sometido a motivación muy concreta y limitada, lo que restringe las posibles actuaciones revisorias que en otros casos, pudieran corresponder a este tribunal, no resultando procedente entrar en el análisis de la aplicación del derecho sustantivo que haya podido efectuar el Arbitro, estimándose en definitiva, que los errores in iudicando denunciados, no atentan al orden público material, ni se ha acreditado que se haya producido una vulneración de derechos fundamentales en su vertiente procesal”.**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 18 de marzo 1991, señala que **“... El orden público, cuya contravención el artículo 45.5 convierte en causa de anulación del laudo, ha de entenderse en el sentido amplio de conjunto de principios o directivas que, en cada momento histórico, integran,**

⁵¹⁵ Cfr. MUÑOZ SABATE, LLUIS: *Sobre la irrecorribilidad del arbitraje de Derecho*. RJELL, 1990, Núm. 2477

*la estructura de un orden jurídico justo según las convicciones de la colectividad; las cuales ha de seguir el legislador al redactar la norma y, en último caso, el Juez al resolver los conflictos, tanto si aparecen positivados por medio de las llamadas normas de orden público, cogentes o inderogables por los particulares, sea la Constitución, norma jerárquicamente suprema -así artículo 14 y ss.-, sean las leyes ordinarias, como si, afectando a la esencia de la institución de que se trate o al cur (sic) de su tutela jurídica, no lo están pero se obtienen de un proceso de generalización de las normas o de la jurisprudencia complementaria». A tal cláusula general aludida en el artículo 45.5 LAB se le califica "precepto en blanco" o "válvula del ordenamiento" (Fundamento Jurídico Octavo). En este Fundamento Jurídico se indica: «... La mencionada cláusula general, precepto blanco o válvula del Ordenamiento, ha de ser integrada y cabe que lo sea con valores o criterios ya amparados por otras normas de la misma Ley sancionadoras también con la anulación del laudo. Así acontece cuando ésta versa sobre materia respecto de la que las partes no tenían potestad de disposición, por recaer sobre ella intereses ajenos, ya que uno de los valores, o principios esenciales de nuestro sistema jurídico, en el orden sustantivo, es el de que el derecho subjetivo sólo se transfiere por voluntad de sus titulares -inter alios jacta nec nocet nec prodest id quod nostrum est, sine fac nostro ad alium transferrit non potest- y, en el orden procesal, el de que todo debate, judicial o sucedáneo, no puede válidamente ser decidido en el fondo sin dar oportunidad de audiencia a quien ha de resultar directamente afectado por la resolución -litisconsorcio necesario, interdicción de la indefensión-. Aparecen, así, relacionados los conceptos orden público y poder de disposición y a ambos, en relación con la decisión arbitral atacada va a referirse la Sala exclusivamente, por resultar suficientes para la decisión de litigio» .Si se observa bien, en el Fundamento Jurídico el ponente lo que realiza es una **hermenéutica aplicada al caso que resuelve y relaciona el orden público con el poder de disposición.**”*

Esa misma línea jurisprudencial la encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 18 de julio de 1.995, que señala como «**el concepto de orden público no limita su ámbito a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, sino que se extiende a las normas legales de "ius cogens", tanto imperativas como prohibitivas, sean de índole procesal o material, y a los principios esenciales que de éstas se derivan**», añadiendo que «no ha de ser acogido el motivo, puesto que las disposiciones que cita la demandante de nulidad como infringidas en el laudo o no son de "ius cogens" o no han sido transgredidas por el árbitro». En concreto, la sentencia señala que no se transgrede el orden público porque «la interpretación que el árbitro hace de los pactos contractuales (...) no resulta ilógica, absurda o totalmente carente de fundamento, ni se opone de modo evidente al canon hermenéutico de su totalidad, base de la interpretación sistemática, según el artículo 1.285 del Código Civil.» Asimismo, señala que «El artículo 45.5 de la Ley 36/1.988, de 5 de Diciembre, **al regular como, causa de anulación del laudo la contravención del orden público, posibilita un control judicial del contenido de aquél y, al fin, la efectividad del derecho fundamental reconocido en la Constitución española a la tutela judicial, por razones de fondo vinculadas a**

lo que constituye realmente un precepto en blanco, cláusula general, válvula del ordenamiento u órgano respiratorio del sistema positivo, en palabras de la doctrina, cuyo relativamente indeterminado contenido reclama una adecuada integración, la cual se suele afrontar a partir de distintas posiciones -desde la positivista hasta la ius naturalista o a la de los principios generales..., sin faltar la de quienes reducen el ámbito de la cláusula como instrumento orientado al único fin de eliminar de hecho el control judicial-, de las cuales son igualmente rechazables las que se traducen en una atomización del concepto, buscado ad hoc, de modo autónomo o singular para el laudo, sin tener en cuenta que aquél tiene una proyección general y que a él se refieren también otros muchos preceptos - artículos 6.2, 12.3, 594, 1.255 del Código Civil, 116 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas- o las que reducen sus límites a los de alguna de sus concretas y, desde luego, muy importantes manifestaciones, como son el orden público procesal -identificado con las garantías de esa índole recogidas en el artículo 24 de la Constitución española el orden público al servicio de la persona -identificado con los derechos de la personalidad o con los derechos fundamentales reconocidos en la sección primera del capítulo segundo de la Constitución-, sin tomar en consideración que el orden público es, en nuestro Ordenamiento, límite de la autonomía negocial de los particulares -artículo 1.255 del, Código Civil-, impedimento para la exclusión voluntaria de la Ley -artículo 6.2 del Código Civil y causa determinante de la nulidad acto contrario a él-artículo 6.3 del Código Civil-, sin distinción inicial de materias o contenidos. Ello sentado, aunque del propio artículo 1.255 del Código Civil resulta que el orden público constituye un límite a la autonomía de la voluntad distinto de la Ley -lo cual explica la postura de quienes le atribuyen una función dinámica, como instrumento de operatividad de valores, y señalan que su destinatario no sólo es quién aplica la norma, sino también quien la elabora-, es lo cierto que resulta difícil justificar la calificación de una norma como de ius cogens, en sentido estricto y a todos los efectos sin que su contenido coincida con el conjunto de principios o directivas que en cada momento, informan las instituciones jurídicas –o con los principios que integran el fundamento del ordenamiento de un país; o con las reglas cardinales que se deducen de un sistema de valores imprescindibles, que conforman las reglas imperativas de cada ordenamiento y cuya infracción o,; desconocimiento la desnaturalizaría en su globalidad (que es como la mejor, doctrina se pronuncia al respecto)-

Quiérese decir; como ya hemos tenido oportunidad de declarar en otras ocasiones, que **el orden público se identifica con las leyes imperativas y prohibitivas -al menos como regla y con los principios generales en que las mismas se inspiran y que de ellas se deducen.**»

Aunque, a continuación, en la sentencia se indique: «es evidente que no corresponde al árbitro la función de determinar; sancionando nulidades absolutas y erga omnes, cuál es el ámbito del ius cogens o imperativo, esto es, cuál es el límite de la autonomía de voluntad que el Ordenamiento reconoce a los

particulares que a decisión se confiaron, pues éstos carecen de poder de disposición sobre esa materia, propia de la Jurisdicción...”

En realidad la polémica sobre la recurribilidad del laudo arbitral y su posible revisión al amparo del Orden Público es una tema vacío, que simplemente sirve para alinear en cada parte a los defensores y detractores del arbitraje⁵¹⁶, máxime cuando la recurribilidad del laudo arbitral no es consustancial con la naturaleza del arbitraje y que en él, el solo tratamiento de la cuestión litigiosa por los árbitros justifica sustraerlo de una instancia *ad quem*.

En esa línea, es ejemplificadora la posición de GOÑI⁵¹⁷ al señalar que «desde mi punto de vista, el principio que debe regir el problema de la revisión de laudo arbitral, ya sea nacional ya sea extranjera, es la negación de esa posible revisión en vía judicial. Soy, por tanto, contrario a la revisión judicial de los laudos arbitrales. La causa de esta postura es muy elemental. El arbitraje es una privatización de la justicia y cuando las partes someten, libre y voluntariamente la cuestión en la vía privada no es para luego acudir; con el tema de controversia, a la esfera judicial de la que voluntariamente salieron. »

No obstante, la NLAB, como no lo hacía la LAB, no sustrae al laudo arbitral del ámbito del recurso, pero su criterio se superpone sobre las concepciones distintas y disposiciones opuestas que en la LABP imponían la clasificación dual de los recursos según se tratase de *arbitraje de derecho* (recurso de casación) o de *equidad* (recurso de nulidad). La imposibilidad de sustraer de la NLAB la acción de anulación -es de orden público recurrir- conlleva que su ámbito objetivo no afecta a los planteamientos sustantivos contenidos en el laudo, salvo que se asocie su vulneración con el orden público material o sustantivo. Pero, en modo alguno, es posible combatir la aplicación de la norma sustantiva que realice el árbitro con arreglo a su criterio, siempre que esa aplicación no afecte al orden público por ser irracional, arbitraria e ilógica. Así las cosas, no es de extrañar que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de noviembre de 1991, se hiciera eco del deseo del recurrente que **«...pide a la sala que plantee ante el Tribunal constitucional la posible inconstitucionalidad del artículo 45 de la Ley 36/88 porque impide revisar la aplicación por el árbitro de las normas sustantivas»** **A lo que responde que «... en orden a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 45 de la Ley 36/8 y aunque el planteamiento de una cuestión al respecto es facultad exclusiva del Tribunal y al margen de que la Sala no comparte la consideración del actor al respecto, resulta imposible abordar esa temática, en cuanto al planteamiento referido supone que el fallo judicial dependa la norma cuestionada (art. 163 de la Constitución) y en el presente caso la indiferencia del precepto es total, a efectos del fallo. De hecho el actor pese a la**

⁵¹⁶ En la regulación portuguesa sobre arbitraje se acoge a un sistema dualista de recursos que admite, junto al clásico recurso de anulación, la apelación ante una instancia *ad quem* superior estática que, a diferencia del primero, las propias partes pueden renunciarla, ya expresamente, o cuando aquéllas han decidido que los árbitros resuelvan en equidad (Cifr. MOURA VICENTE L' evolution récente du Droit de l'Arbitrage au Portugal, en Rev. Arb. 3 1991, pág. 430 y ss).

⁵¹⁷ La revisión judicial del laudo en el arbitraje internacional, RCEA 1.995, págs. 104 y 105.

supuesta restricción que en su sentir produce la norma en orden a los motivos de impugnación del fallo, ha desarrollado plural impugnación por los estrictos cauces de la Ley, sin que ninguna de sus argumentaciones le haya parecido insubsumible en el artículo 45» (pág. 238). La respuesta de la SAPM se halla, pues, condiciona por la propia actitud del recurrente. En consecuencia, la tipicidad que consagra la LAB respecto de la anulación del laudo arbitral le condiciona por lo que es posible aludir a las siguientes características:”

Por todo lo expuesto, la impugnación del laudo por contrario al orden público no posibilita a la Audiencia Provincial y –ahora- al Tribunal Superior de Justicia-, como órgano jurisdiccional civil que conoce del mismo, resolver de nuevo como lo hicieron los árbitros, como vemos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, de 25 de abril de 1.994 en la que se indica que “...**no es la función de este Tribunal ya que no se trata de resolver de nuevo como lo hicieron los árbitros cual si fuese una segunda instancia sino determinar si el laudo arbitral se halla incurso en alguna de las causas de nulidad establecidas en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje** lo cual no ocurre en el presente por las razones expuestas. En consecuencia, el recurso no puede prosperar.

A través de la impugnación del laudo no se puede revisar lo actuado y resuelto por los árbitros negocialmente porque el origen negocial de lo resuelto impide que la instancia de anulación pueda pronunciarse sobre materia cuya resolución sólo se solicitó que se realizara negocialmente. Por tanto, no posee sentido alguno que la anulación afecte a lo resuelto por el laudo porque su origen negocial no se transfiere a la instancia de anulación.”

En efecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de País Vasco, de 22 de junio de 1.994, señala que **«no cabe olvidar; empero, que este "recurso " o juicio de anulación de laudo no entraña como una segunda instancia respecto de lo actuado por los árbitros; si, por definición, la actuación de éstos es representativa de una contienda o conflicto de intereses que se sustrae, por decisión de las partes implicadas (el antiguo "contrato de compromiso" de la Ley 22 de Diciembre de 1.953; hoy el "convenio arbitral", artículo 5 de la Ley de 1.988), al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, mal podría decirse que con el "recurso de anulación" se posibilita la revisión sustantiva, de lo actuado y resuelto por los árbitros, con miras a corregir eventuales errores de fondo cometidos por aquellos, lo único que se salvaguarda con tal recurso, a juzgar por los términos en que está instrumentado, es la pureza del procedimiento y la observación de esos.”**

En definitiva, puesto que la impugnación del laudo (o recurso de anulación en la terminología de la LAB) no es una apelación, existe una total preterición del control del derecho sustantivo, puesto que la impugnación del laudo es concebida como un control por la potestad jurisdiccional civil del órgano jurisdiccional de la actuación de árbitros «*in procedendo*», no «*in iudicando*», como afirma la sentencia de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, del 6 de septiembre de 1991, que señala que «...^{1ª}. que **la Ley de Arbitraje no concibe el**

juicio sobre la anulación del laudo como un recurso de apelación contra una sentencia de primera instancia. 2ª. que según lo determina en el artículo 45.1, 2, 3 y 4 de la Ley de Arbitraje, **el citado proceso para la nulidad del laudo es concebido como un control por la jurisdicción civil de la actuación de los árbitros in procedendo, no in iuducando.** 3ª. que según se deduce de lo determinado en el artículo 45.5 de la Ley de Arbitraje en relación con los números anteriores del mismo artículo, y de la exposición de motivos a efectos de la declaración de nulidad del laudo, **por «Orden Público» debe entenderse el Orden Público procesal tal como puede deducirse de los principios constitucionales** 4ª: que por estas razones y por lo declarado por el TS en sus sentencias de 26.2.1982 y de 14.7.1986 **la jurisdicción civil no puede controlar la interpretación y aplicación por los árbitros del derecho sustantivo.** 5ª. que como los tres citados puntos que según la actora son contrarios al Orden Público se refieren a la aplicación por el Tribunal Arbitral del derecho material al supuesto discutido, no procede el examen de los mismos por esta Audiencia Provincial; por cuyos razonamientos así como por los supuestos anteriormente citados procede la desestimación de la pretensión formulada por la demandante para la declaración de nulidad del repetido laudo»

En el mismo sentido podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de septiembre de 1990 cuando señala que: “... El último motivo de impugnación lo ha fundamentado la parte recurrente, en la causa de nulidad del núm. 5 del artículo 45 de la Ley de Arbitraje: "cuando el laudo arbitral fuera contrario al orden público", por entender su representación, que el laudo ha incurrido en tal conculcación, al calcular y fijar el mismo lo adeudado por V, tanto por principal como por intereses a favor del G.E., por haber violado los principios de congruencia y legalidad, y en su virtud se pide a la Sala, no la nulidad del laudo, sino una declaración de voluntad, en la que se manifieste, a la vista de las actuaciones en el proceso arbitral -ya que de otra forma la Sala no podía formar su convicción: 1. Que los pagos realizados por V. ascienden a 8.117 millones de pesetas, en vez de 4.964 millones de pesetas que, por error, fija el fallo; 2. Que la producción de intereses por demora ha de contarse a partir del fallo, o sea el 13 de julio de 1989 y no antes, y 3. Que el tipo de interés aplicable deberá ser el 9 por ciento en vez del 12 por ciento que establece el laudo; **pronunciamientos éstos que no corresponde a la competencia jurisdiccional de este Tribunal, de acuerdo al artículo 45 de la Ley de Arbitraje, en relación con el número uno del artículo 46 de la misma Ley, que determina la competencia de la Audiencia Provincial, para la anulación de los laudos en todo o en parte por alguna de las causas, señaladas en el primero de los artículos citados, pero carece de competencia, para sustituir o variar de cualquier forma lo fallado por el árbitro en otro pronunciamiento distinto, revisando la decisión del árbitro como si de un recurso de apelación se tratara, considerándole como si se tratara de un Juez a quo”.**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de diciembre de 1991 (Cifr. RVDPA, 2,1991, §21, pág. 249) señala que: «... **no es posible tampoco alegar una pretendida infracción del orden público material o procesal**

(empleada esta expresión adjetiva en sentido lato) para plantear subrepticamente un recurso contra el fallo, o solución dada al caso, es decir, contra la desestimación de las pretensiones formuladas en su día por la parte recurrente con un reexamen de toda la causa arbitral o cuando menos, de alguno de sus aspectos materiales y no ya sólo de las formalidades y principios especiales de la Ley o de estricto orden público, lo que traería aparejada la también antedicha desnaturalización de la propia institución del arbitraje, por todo lo cual debe desestimarse también, decidida y definitivamente el segundo motivo del recurso en todos y cada uno de sus extremos”.

Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de junio de 1995, señala que **«la anulación del laudo descansa en los motivos concretos del artículo 45 de la Ley, no en el fondo, ya que el fin de la Ley, es precisamente, la resolución por un árbitro cuyo laudo produce los efectos de cosa juzgada -artículo 37 y sólo cabrá el recurso de revisión conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes, lo que veda toda posible referencia al contenido intrínseco del laudo; es decir; ahora se está resolviendo un recurso de anulación que la Ley regula por causas tasadas y no es un recurso de apelación donde esta Sala no estaría vinculada por hechos probados y argumentos jurídicos en los que cabe discrepar mediante el examen de todas las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas pero si las partes pidieron al árbitro la declaración de si C. era representante de P. U. y esto lo contesta afirmativamente. solo ha resuelto lo que se sometió a su arbitraje lo mismo que si hubiera contestado que no lo era, pero no que se pueda anular por motivos de fondo; que esta Sala no va a considerar en forma alguna por no ser objeto del recurso, sin que se pueda calificar de incongruente como pretende P.U., esa omisión del mencionado artículo, porque la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 1.995, en consonancia con la tradicional postura jurisprudencial, ha declarado que la congruencia consiste en la absoluta concordancia entre lo razonado y lo fallado y un pleno acomodamiento a las cuestiones litigiosas, sin que se requiera la "rígida acomodación" del fallo a lo pedido, sino la "racional" y así se infiere que sucede en los términos analizados.»**

Vemos que se ha superado plenamente la interpretación singular que hacía la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de julio de 1995, que postulaba un concepto de anulación que afectaba también a la actuación *in iudicando*, cuyos contornos son los más complejos a tenor de lo antes expuesto, puesto que al arbitraje, por su propia esencia y aun cuando se resuelva en el mismo con arreglo a derecho, no se le puede imputar errores *in iudicando strictu sensu* siendo sin duda éste uno de los grandes logros de la regularización del recurso de anulación que hizo la LAB, que se ha mantenido idéntico en la NLAB. Y ello es así por la naturaleza de la acción de impugnación que establece la NLAB, que lo es sólo de anulación del laudo, lo que determina es que con él no se permita, en principio, discutir los fundamentos y el mayor o menor grado de acierto del laudo, siempre que éste no rebase la sometida a la decisión del árbitro, lo que

en definitiva tampoco le une a un recurso de corte casacional, en el que, por contra, se acoge como motivo la infracción del ordenamiento jurídico (art. 1692.4 LEC).

Tenemos que volver a insistir en que la circunstancia de que el recurso de anulación –acción de impugnación en el marco de la NLAB- se halle fundamentalmente concebido para denunciar vicios «*in procedendo*» -con independencia de la problemática que plantea el *orden público material*- se ha demostrado que en la práctica no ha planteado ningún problema⁵¹⁸. La pretendida indeterminación del concepto de orden público permite combatir el laudo pero no con la intensidad que se combate una sentencia, pues conviene no olvidar, como señala LORCA NAVARRETE “que, el laudo, en su adjetividad, no es, en ningún caso, una sentencia”.

El orden público es el concepto más oportuno pues respeta la naturaleza negocial del arbitraje y, correlativamente con una solución heterocompositiva negocial como la del arbitraje, hay que ubicar soluciones que se sitúen parejas a esa naturaleza, pues en el arbitraje no es posible acudir a las soluciones jurisdiccionales para combatir los laudos, ya que el laudo no es un producto jurisdiccional sino negocial, por lo que preciso preterir cualquier solución que provenga del deseo de blindar el laudo porque, al propio tiempo, se pretenda blindar que los árbitros, negocialmente, actúen en una determinada dirección, por cuanto, al final, es posible cuestionarlos por errores *in iudicando*.

LORCA NAVARRETE señala que “El dirigismo que marca la norma en las opciones jurisdiccionales no es posible hallarlo en la opción arbitral. Por ello, que se insista en la oportunidad de usar el concepto de orden público en el arbitraje y que, al propio tiempo, no se justifiquen los ataques que a ese uso se ha hecho a través de cierto sector de la doctrina, quizá debidos a que se han pretendido trasladar al arbitraje los esquemas jurisdiccionalistas cuando, en realidad, el arbitraje entraña, ante todo, una solución heterocompositiva negocial. Si el problema estriba en que, para cierto sector doctrinal, lo que le estorba es justo esa conceptualización del arbitraje, lo lógico, entonces, sería suprimirlo. Es una institución molesta. Rompe los esquemas. O bien blindarlo. Entonces, y se observa bien, el arbitraje quedaría preterido en lo que constituye su esencia: la solución heterocompositiva negocial. O bien jurisdiccionalizarlo. Pero, entonces no sería arbitraje sino jurisdicción.”

⁵¹⁸ Resulta curioso releer tras el paso de los años afirmaciones tan chocantes como las de ALBADALEJO GARCÍA, que llegó a concluir la oportunidad de plantear, en las hipótesis de arbitraje de derecho en el que se infrinja el derecho, amparo ante el TC, señalando «propongo que quepa recurrirlo -alude al laudo en el arbitraje de derecho en amparo ante el Tribunal Constitucional, aduciendo que ello es posible a base del artículo 161.1 b) de la Constitución, pues tal laudo viola un derecho fundamental de las personas, el de «obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión» (art. 24 C. I E.), tutela que concede el artículo 53.2 ante los Tribunales ordinarios «y en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». Pues qué mayor violación de la tutela efectiva de un derecho o interés legítimo que el denegar la anulación de un laudo de Derecho que no se ajusta a Derecho» (Cifr. Algunos problemas de la Ley... cit. en ARAJL núm. 22 pág. 110).”

Continúa el mismo autor exponiendo que "Por ello, no se comprende bien el "revuelo doctrinal" que origina el uso del concepto de orden público en el arbitraje a no ser que, ese "revuelo doctrinal", se origine porque a estas alturas no se sepa aún bien qué es un arbitraje. Por lo tanto, ni al arbitraje hay que blindarlo ni temer que, porque no se blinde, quedaría sumido en las tinieblas de la ignominia. O sea, de la afrenta pública doctrinal.

El orden público surge, por tanto, correlativo con el carácter heterocompositivo negocial del arbitraje respecto del que no caben blindajes jurídicos. Pero, no es menos cierto que, si bien no es posible combatir la aplicación de la norma sustantiva realizada por el árbitro con arreglo a su criterio, tanto ALBADALEJO GARCÍA como CORDÓN MORENO olvidan que esa aplicación puede ser controlada cuando afecte al orden público por ser irracional, arbitraria o ilógica.

Al final, se observa que, el orden público, es lo que necesita el arbitraje. Es la solución acertada, como ya planteaba y GONZALEZ SORIA⁵¹⁹.

Para concluir nuestras reflexiones sobre el orden público como causa de anulación del laudo resulta muy interesante que resumamos y concluyamos la forma en la que la jurisprudencia más recurrente de las Audiencias Provinciales, en los quince años de vigencia de la LAB, ha perfilado el concepto del orden público en su proyección de causa de impugnación del laudo arbitral, desde la doctrina del Tribunal Constitucional:

En referencia al n.º 2 del artículo 45 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje -no haber observado el árbitro las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley- y al artículo 45.5 -ser contrario el laudo dictado al orden público-, la sentencia de la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 10/12/91, siendo ponente LUELMO MILLÁN, señala que "*En realidad, ambos motivos se refieren al citado concepto de orden público, si bien refiriéndose el primero al estricto orden público procesal íntimamente vinculado con el artículo 24 de la Constitución española a través del artículo 21 de la ya citada Ley de Arbitraje, y el segundo, al orden público material esencialmente*".

Continúa su exposición señalando que procederá a delimitar "*el ya citado concepto de orden público a la luz de la jurisprudencia y doctrina existente al respecto y constituida, fundamentalmente, por la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1986 (Boletín Oficial del Estado de 26 del mismo mes y año) y por las más recientes obras al respecto, como la de Derecho de arbitraje interno e internacional, de LORCA NAVARRETE; Comentario Breve a la Ley de Arbitraje, de M. ORTELLS RAMOS y otros, o El arbitraje, de L. FERNANDO REGLERA CAMPOS así como por el propio preámbulo de la Ley de Arbitraje, el cual se refiere al referido concepto, indicando, un tanto lacónicamente, que es un «concepto que habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución»; en tal sentido, la referida sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 1986 indica que «este concepto de orden público*

⁵¹⁹ Cfr. GONZÁLEZ SORIA, JULIO: *Contra los recursos infundados*. Spain arbitration Review: revista del Club Español del Arbitraje, N.º. 1, 2008

ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978 ... nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones ..., que impongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles, o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución (2 y 4)»; ahora bien: ello no significa que tales principios sean únicamente los contenidos en el artículo 24 de la Norma Suprema, con lo que se estaría limitando el orden público a su ámbito estrictamente procesal, sino que también cabe entender que el laudo dictado puede atentar contra principios y derechos constitucionales distintos del referido artículo 24, según se desprende también del fragmento citado, lo que, como señalan los autores de la segunda de las obras mencionadas (que expresan su parecer contrario en este punto al de LORCA NAVARRETE) «supondría vulneración del orden público material». En resumen, pues, que por «orden público» debe de entenderse el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico tanto en su aspecto material como procesal, los cuales, a su vez, son consecuencia, manifestación o trasunto de los principios que constituyen la esencia misma de la sociedad y que ésta declara en su Ley Fundamental, de manera que, entre nosotros, **un laudo será atentatorio contra el orden público cuando conculque alguno de los principios o derechos fundamentales de la Constitución española, los cuales habrán de ser concretados por la parte que se apoya en su pretendida vulneración para solicitar la anulación de la resolución referida**».

La Audiencia Provincial, en la citada sentencia, establece que en el conocimiento del recurso de anulación **“no es posible entrar ahora en el fondo del asunto, como el Tribunal Supremo ha declarado en sentencias tales como las de 16 de febrero de 1982 ó 17 de julio de 1986, donde se manifiesta que «en ningún caso puede servir de base al recurso de nulidad las estimaciones de las partes relativas a la justicia del laudo ni las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión»**, aunque algún autor contenga (REGLERA, obra citada) que si es manifiestamente injusta la resolución puede sustentarse el recurso contra el laudo en el artículo 45.5 de la Ley Arbitraria; lo cierto es que el texto del artículo 45 no parece abonar más que la tesis de nuestro Alto Tribunal porque, **de otro modo, se desnaturalizaría la esencia misma del arbitraje como instrumento de composición privada con el que dilucidar las controversias que surgen del tráfico mercantil interno o internacional y se abriría un portillo a una ilimitada irrecurribilidad de los laudos en favor de quienes no viesan acogidas en ellos sus pretensiones acudiendo al fácil y vago expediente de denuncia infracción de principio de Derecho Natural inclusive.**”

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de Octubre de 1995, de la que fue ponente GARCIA PAREDES, señala que se proclama en la Exposición de Motivos de la Ley que el concepto de orden público **“habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución. Pero**

nuevamente hay que declarar que los principios acogibles deben ser aquéllos que resulten adecuados y relativos a la institución arbitral, al procedimiento arbitral y a la decisión arbitral. De este modo, si el laudo es una resolución sustitutiva de la resolución judicial, los principios que habrán de ser aplicados al mismo son los inherentes a la propia función judicial: tutela efectiva y no indefensión (art. 24 CE) y sujeción a las normas de competencia y procedimiento (art. 117.3 CE)”. En este sentido, la sentencia concluye que no se han alegado por la parte recurrente vicios o defectos del procedimiento arbitral o de la resolución arbitral que supongan quebrantamiento de aquellos principios y que por tanto no hay motivo ni razón para entender que el laudo sea contrario al orden público.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 19 de Noviembre de 1996, de la que fue ponente CASA ESTEVEZ, estatuye que **“ha de tenerse en cuenta: a) Que no corresponde a este Tribunal el examen del acierto o desacierto de la decisión arbitral, ni la valoración que se haya hecho por el mismo de la prueba practicada, sino meramente el determinar si ha concurrido alguna de las causas de nulidad señaladas en el art. 45 mencionado, y más precisamente en el arbitraje recurrido, si el laudo emitido por el árbitro, ha de estimarse contrario al orden público; b) Que esta causa de anulación, introducida por la actual Ley de Arbitraje, no tiene precedentes ni en la Ley anterior ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y según la Exposición de Motivos de aquélla Ley, dicho concepto de orden público, «habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución». Y el Tribunal Constitucional ha declarado, en S 15 abril de 1986, que para que un laudo arbitral sea atentatorio contra el orden público, es preciso que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo II, título I de nuestra Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad por el art. 24 de la misma; c) Que no se dice por el recurrente la razón por la cual el laudo arbitral es contrario al orden público, y el examen de la prueba practicada, pone de manifiesto que el árbitro realizó una interpretación razonada y razonable de los contratos celebrados entre las partes y cuyas cláusulas habían sido entendidas por las mismas de diverso modo.”**

La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de junio de 1996, de la que fue ponente ARROYO FIESTAS, señala que **“«A estos efectos debemos entender por orden público, el conjunto de derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente, y en particular las exigencias recogidas en el art. 24 CE (STC 15 de abril de 1986). El concepto de orden público es un término jurídico indeterminado que ha de ser interpretado y aplicado de acuerdo con el total ordenamiento jurídico y vivencia sociocultural de nuestro país, en primer lugar con la Constitución, en cuanto se trate de norma jurídica directa, pero atendiendo también a los principios civiles, procesales y sustantivos (STS 5 de abril de 1956); y por ello el árbitro y el Juzgador deberán atender a ese sustrato jurídico que sirve de base y referente a la totalidad del ordenamiento, o, en particular, a cada una de las instituciones, destacando aquellas reglas o principios que la**

sociedad entiende como intangibles en el actual contexto cultural, económico y político; estos criterios o valores vienen consagrados constitucionalmente, diseñando un marco ético-jurídico en el que se desenvuelven los ciudadanos entre sí y con respecto a las organizaciones supraindividuales, entre las que destaca el Estado, e incluso las supraestatales o internacionales; líneas de actuación que son la apoyatura de una convivencia pluralista, justa, libre, igualitaria y tolerante, siendo estos los contenidos esenciales de nuestra Carta Magna».

La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 31 de Octubre de 1995, de la que fue ponente BELO GONZALEZ, señala que “Se alega que la decisión adoptada no se ajusta a la disciplina jurídica reguladora de la cuestión controvertida. Pero lo cierto es que **las normas integrantes de nuestro ordenamiento jurídico, complementado por la jurisprudencia, reguladoras de la fianza, el aval y la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones no constituyen el orden público al que se refiere el caso 5 del artículo 45 de la Ley de Arbitraje.**” Continúa exponiendo que: I.- La cuestión que realmente se suscita es la de si, en un arbitraje de derecho, se puede a través del cauce de la acción de anulación del laudo arbitral (prevista: en los arts. 45 a 51 de la Ley de Arbitraje), revisar, por la Audiencia Provincial, la correcta interpretación y aplicación que, de las normas jurídicas y jurisprudencia destinadas a la decisión del supuesto de hecho controvertido, se hizo en el laudo arbitral.

II.- La contestación, a juicio de esta Sala, debe ser categóricamente negativa, **quedando fuera del objeto de la acción de anulación del laudo arbitral de derecho el análisis de la corrección de la decisión jurídica arbitral decisoria de la controversia, en cuanto ajustada a la adecuada interpretación de la normativa jurídica material de aplicación a la contienda planteada.**

De los artículos 37 (contra los laudos arbitrales firmes "sólo" cabrá el recurso de, revisión, lo que constituye una remisión a los arts. 1796 a 1810 de la L.E.C.) y 45 (el laudo "sólo" podrá anularse en los siguientes casos) de la Ley de Arbitraje, se desprende que los únicos mecanismos de impugnación judicial contra el laudo arbitral son la acción de anulación y el recurso de revisión. Fuera de estos dos mecanismos no existe control alguno jurisdiccional respecto de la decisión arbitral.

Y, dentro de la acción de anulación, el legislador ha establecido, taxativamente y como números cerrados, las únicas y exclusivas causas o motivos en base a los cuales puede decretarse la anulación del laudo (el empleo del adverbio "sólo" en la redacción inicial del art. 45 de la Ley de Arbitraje disipa cualquier duda al respecto). Y tras una tranquila y desapasionada lectura de los cinco casos reseñados en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje se llega a la evidente conclusión de que **no puede decretarse por la Audiencia Provincial la anulación del laudo arbitral en base a una incorrecta valoración de la prueba o a una indebida interpretación y aplicación de las normas de derecho sustantivo al concreto caso controvertido.** Lo que se corrobora si tenemos en cuenta que el artículo 45 de la nueva Ley de Arbitraje de 1988 no contiene el motivo de impugnación que bajo la vigencia de la vieja Ley de Arbitraje de 1953 establecía el

derogado texto del artículo 1732 de la L.E.C. sobre infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fuesen aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 1692 número 5º de la L.E.C., al que el anterior se remitía, y que hoy en día ya tiene otra redacción). Y que no prosperó: la enmienda número 60 de la Agrupación de Diputados del Partido Liberal (Grupo Mixto) al artículo 46 de Proyecto de la actual Ley de Arbitraje, de modificación, en la que se proponía que el laudo fuera anulable cuando fuese contrario al orden público o, "si habiéndose dictado en arbitraje de derecho, fuere contrario al ordenamiento".

III.- Es cierto que un importante sector de nuestra doctrina considera que a través de la acción de anulación del laudo arbitral de derecho puede la Audiencia Provincial revisar la normativa jurídica aplicable. Pero eso se hace después de criticar con acritud al legislador por haberse "olvidado" de incluir ese motivo entre los que dan lugar a la posible anulación del laudo y enmendar ese lapsus del legislador intentan darle cobijo en el caso quinto del artículo 45 de la Ley de Arbitraje (dándole al concepto de "orden público" un significado innovador) e incluso en el caso segundo del artículo 45 en relación con el número 2 del artículo 32 (se le confiere a la "motivación" del laudo un carácter material).

Parece más adecuado atenernos a lo legislado en los términos en los que aparece redactada la Ley y no acudir a interpretaciones rebuscadas. Téngase en cuenta que nos encontramos ante dos personas que, para decidir su cuestión litigiosa con sujeción a derecho, optan por alejarse de los órganos jurisdiccionales, prefiriendo que la interpretación de las normas jurídicas de aplicación a su controversia se haga por personas ajenas al Poder Judicial. Después de dictado el laudo arbitral aquél al que favorece se reafirma en su inicial creencia. No siendo de recibo que aquél al que perjudique adjure de su primitiva preferencia, clamando por una resolución jurídica del fondo de la cuestión litigiosa por el órgano jurisdiccional. Pues nadie le ha obligado a firmar el convenio arbitral, sin el cual sería un órgano integrante del Poder Judicial el que habría resuelto su contienda, debiendo quedar vinculado por sus propios actos, de los que no puede desdecirse una vez conocidos sus resultados o consecuencias.

IV.- En cualquier caso le queda a salvo a las partes la acción de responsabilidad civil por los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado al haber incurrido el árbitro, en el cumplimiento de su encargo, en dolo o culpa, prevista en el número 1 del artículo 16 de la Ley de Arbitraje. En el que sin lugar a duda tendrá cabida el laudo arbitral de derecho dictado con manifiesta incompetencia profesional. "

La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 12 de junio de 1995, de la que fue ponente ROMA ALVAREZ, expone que "ya esta misma Sala, en sentencia de 28 de noviembre de 1994, precisó lo que debía de entenderse por orden público a los efectos del artículo 45.5 de la Ley de Arbitraje, que tal y como se manifiesta en su propia Exposición de Motivos habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución cuyo interprete máximo no puede ser otro

que el Tribunal Constitucional, con arreglo a cuyas declaraciones debe de entenderse que **para que un laudo arbitral sea contrario al orden público, ser preciso que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo II, Título I de la Norma Suprema, garantizados a través de la misma** (sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de abril de 1986), siendo este el parecer mayoritario de las Audiencias Provinciales (así, Zaragoza, 6 de septiembre de 1991, Madrid 26 de noviembre de 1991, 15 de abril y 22 de septiembre de 1992, 18 de octubre de 1993), sin que en el Laudo discutido pueda admitirse atisbo alguno de haberse conculcado tal concepto; no cabe desconocer la ambigüedad del concepto de orden público, pero a tenor de la argumentación hecha por la parte recurrente se vuelve a confundir el todo con la parte, la actividad con el laudo que trata de determinar responsabilidades civiles, el control público de una función con las consecuencias estrictamente civiles, la existencia de su régimen de sanciones con la posibilidad de que las partes intervinientes en la actividad aseguradora se reclamen entre sí la rendición de cuentas de sus relaciones, abstracción hecha de otras consecuencias derivadas de la infracción de normas imperativas, que se traducen en un conjunto de sanciones que la Ley describe y a las que ya se hizo referencia.”

La Audiencia Provincial de Zaragoza, en sentencia de 27 de mayo de 1994, de la que fue ponente SEOANE PRADO, establece que “Como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de octubre de 1991, **el orden público, junto con la moral, «son conceptos jurídicos indeterminados que, como tales han de ser aplicados de acuerdo con el total ordenamiento jurídico y vivencias socio culturales», en este sentido ha de señalarse que, en el ámbito del derecho privado, el orden público es contemplado fundamentalmente como un límite al libre juego de la voluntad de los particulares** (así los artículos 6, 2 y 1255 del Código Civil, que lo imponen como límite a la exclusión de la ley y a la renuncia de los derechos y a la autonomía de la voluntad contractual), **límite que se establece en atención a intereses generales que trascienden a los particulares de los actuantes y que, como tales, han de imponerse a éstos.**

En la doctrina se entiende que el orden público está constituido por la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores y, que en la actualidad pertenecen al orden público las materias estrictamente situadas dentro del orden constitucional que no pueden quedar impedidas o menoscabadas por los pactos o contratos de los particulares, tesis de la que parece participar el legislador de 1988 al afirmar en la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje Privado que el concepto de orden público, por el que se viabiliza la anulación del laudo, habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución.

Por su parte **la Jurisprudencia ha entendido que afectan al orden público, además de las disposiciones de carácter procesal, la ordenación de la sucesión hereditaria** (Sentencia de 23 de octubre de 1992) de la filiación (Sentencias de 11 de mayo de 1993, 28 de noviembre de 1992, 19 de diciembre de 1990 y 30 de agosto de 1990), **del nombre y apellido de las personas físicas** (Sentencias de 30 de marzo de 1993, 6 de febrero de 1991, 21 de noviembre de 1989 y 5 de diciembre de 1989), **la legislación sobre marcas** (Sentencia de 14

de diciembre de 1988), **la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad material** (Sentencia de 9 de septiembre de 1987) **y el debate en torno a los derechos fundamentales y libertades públicas** (Sentencias de 9 de julio de 1992 y 20 de marzo de 1993).

Cuarto.- Dado el señalado concepto de orden público no puede admitirse que la selección de las normas aplicables al caso concreto realizada por un árbitro al emitir su laudo en un litigio surgido en el ámbito de la prestación de un servicio de transportes, por su pertenencia al derecho privado y afectar exclusivamente a los contendientes en modo alguno pueda afectarle y por ello ya las Sentencias de fechas 27 de abril de 1991 de la Audiencia Provincial de Madrid y 6 de septiembre de 1991 de la Audiencia Provincial de Zaragoza **excluyen la posibilidad de revisar el laudo arbitral por error «in iudicando» en base al artículo 45.5 de la Ley de Arbitraje Privado.**

Quinto.- La violación del derecho fundamental a obtener una resolución basada en derecho que invoca el impugnante tiene mayor trascendencia por cuanto que, como más arriba ha quedado apuntado, el debate en torno a los derechos fundamentales y libertades públicas afecta en todo caso al orden público.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la obligación de los Tribunales de dictar como respuesta a la pretensión, una resolución fundada en Derecho exige que la misma vaya precedida de una exposición de los argumentos que la fundamentan, de modo que se haga explícito que responde a una determinada interpretación del derecho (Sentencias 109/1992, de 14 de septiembre y 199/1991, de 28 de octubre), **sin que garantice el acierto judicial** (Sentencia 107/1994, de 11 de abril), y en el presente caso la misma argumentación del impugnante, que discute los razonamientos jurídicos del laudo, pone de manifiesto la existencia de las necesidades motivaciones jurídicas y la falta de razón de aquél.”

La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 1 de septiembre de 1993, de la que fue ponente ARROYO FIESTAS, estatuye que **“A estos efectos debemos entender por orden público, el conjunto de derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente, y en particular las exigencias recogidas en el artículo 24 de la Constitución** (Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1986).

El concepto de orden público es un término jurídico indeterminado que ha de ser interpretado y aplicado de acuerdo con el total ordenamiento jurídico y vivencia socio-cultural de nuestro país, en primer lugar con la Constitución, en cuanto se trate de norma jurídica directa, pero atendiendo también a los principios civiles, procesales y sustantivos (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1956); **y por ello el árbitro y el Juzgador deberán atender a ese sustrato jurídico que sirve de base y referente a la totalidad del ordenamiento, o, en particular, a cada una de las instituciones, destacando aquellas reglas o principios que la sociedad entiende como intangibles en el actual contexto cultural, económico y político; estos criterios o valores vienen consagrados constitucionalmente, diseñando un**

marco ético-jurídico en el que se desenvuelven los ciudadanos entre sí y con respecto a las organizaciones supraindividuales, entre las que destaca el Estado, e incluso las supraestatales e internacionales; líneas de actuación que son la apoyatura de una convivencia pluralista, justa, libre, igualitaria y tolerante, siendo estos los contenidos esenciales de nuestra Constitución.

Quinto.- Por el recurrente se entiende violado el orden público al considerar que su fallo no es equitativo, es más, que choca de una manera grave contra la equidad.

*Ciertamente la ausencia de equidad o la grave violación de la misma nos enfrentaría ante un laudo desnaturalizado, que atentaría contra el valor constitucional de la igualdad (artículo 14 de la Constitución), por lo que dicha resolución rompería el equilibrio que está llamada a mantener entre las conductas de las partes y sus consecuencias jurídico-pecuniarias. En resumen, **se violaría el orden público, cuando el laudo estuviese viciado de arbitrariedad, por parcialidad, inmotivación o por conclusiones absurdas o ilógicas.***

Pero no podrían achacarse atentado contra el orden público cuando efectuándose un tratamiento equilibrado, razonable, argumentado e imparcial, el resultado no agrada a una de las partes.

El árbitro no está llamado a contentar o agradar a todas las partes con su laudo, sino tan sólo, en este caso, a llegar a un resultado equitativo, en relación con los incumplimientos contractuales que se denuncian.”

Como conclusión, tras el análisis realizado de la jurisprudencia recaída en virtud de la LAB, que despliega sus efectos sobre la NLAB por las causas ya comentadas, podemos concluir afirmando que un laudo que vulnere el orden público será nulo, pudiendo tal causa de anulabilidad ser alegada a instancia de parte o apreciada de oficio y en estos casos, la Audiencia Provincial y recientemente el Tribunal Superior de Justicia correspondiente únicamente podrá controlar o fiscalizar las formalidades externas e internas sin que, en ningún caso pueda calificar o revisar los fundamentos de la decisión.

Y lógicamente, si tal contravención del orden público que ha conllevado la anulación del laudo ha venido motivada por una actuación de mala fe, temeraria o dolosa del árbitro, éste será responsable frente al agraviado que pueda demostrar la realidad y cuantía de los daños y perjuicios irrogados de la actuación contraria a derecho del árbitro.

Estas afirmaciones vienen totalmente refrendadas por la moderna jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en su aplicación interpretativa de la NLAB desde 2003, que consolida las líneas antes comentadas, aportando adicionalmente el valioso concepto de orden público económico, desde una perspectiva influenciada por la legislación comunitaria. A modo de ejemplo, vamos a centrarnos en la Sentencia nº 31/2015 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de Abril de 2015, en su fallo votado por mayoría, al proceder a la anulación del laudo, sistematiza en qué puede fundarse una anulación basada en el Orden Público:

“SEGUNDO: Para el análisis de la cuestión planteada, hay que distinguir dos aspectos, en primer lugar, la alegación relativa a que estamos ante un contrato de adhesión, que no ha sido negociado individualmente. Al respecto, hay que decir que aun partiendo de que pueden concurrir en el mismo los requisitos del contrato de adhesión, en este caso el contrato es válido, pues consta la voluntad inequívoca y libre de las partes de someter las posibles controversias a arbitraje, sin que sea óbice para ello el que la cláusula compromisoria esté inserta en un contrato de adhesión. Según el art. 9.2 Ley de Arbitraje los convenios arbitrales contenidos en estos contratos se regirán por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en cuyos arts. 7 y 8 se enumeran las causas de nulidad o ineficacia de las condiciones generales, no aplicables al presente supuesto.

El apartado segundo del último artículo citado, establece la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, en nuestro ordenamiento jurídico se consiente la figura del consumidor- persona jurídica-, como muestra el art. 3 LGDCU , -que sigue en ese apartado lo que ya estableciera el artículo 1.2 de la primitiva LGDCU aprobada por la Ley 26/1984-, debiendo considerarse consumidores o usuarios "las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", en este caso la demandante en el concreto contrato, sí está actuando en el ámbito de su actividad empresarial, -aunque afirme lo contrario-, la obtención de financiación para la actividad que ejerce, en concreto BBVA adquirió el 31 de octubre de 2007 a un tercero por mandato de VINART HOTELS, una finca en Palma de Mallorca para llevar a cabo la explotación de un hotel, actividad a la que se dedica la demandante, suscribiendo a la vez entre las partes un contrato de arrendamiento financiero por el que el BBVA cedía en leasing la finca referida con vencimiento al 31 de octubre de 2024, fecha en que se podía ejercer la opción de compra, y un contrato de permuta financiera para cubrir las fluctuaciones del tipo de interés variable del arrendamiento. Por tanto, ello no es extraño al desenvolvimiento de una empresa en el mercado, operando la financiación como elemento esencial de la actividad empresarial, (en sentido similar se pronuncia la AP de Barcelona en S. de 9-12-2011 , con cita de las del TS 15 de diciembre de 2005 y 20 de diciembre de 2007); de modo que cabe concluir que la demandante desde un punto de vista estrictamente jurídico no ostenta la cualidad de consumidora que haya de proporcionarle la protección legal dispensada por la LGDCU.

El anterior criterio es también el adoptado en el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Catorceava, de 13 de junio de 2013 , dictado para la resolución de la demanda interpuesta por VINART HOTELS, S.L., contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, por los mismos hechos, que confirma el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 33 de la misma localidad de 8 de enero de 2013, que estima la declinatoria por falta de jurisdicción promovida por la aquí demandada; también adopta el mismo criterio el Laudo Arbitral impugnado en el

punto 8.12, argumentos de ambas resoluciones que compartimos y damos por reproducidos.

En cuanto a la imposición de un domicilio que, según la demandante, favorece al demandado, en concreto Madrid, cuando no es el lugar de celebración del contrato, ni el domicilio de las partes, hay que decir que la citada cuestión no ha sido planteada durante la tramitación del arbitraje, siendo de aplicación al respecto el artículo 6 de la LAB, que dispone que " Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley."

Como consecuencia de lo anterior la parte demandante debería haber planteado al Tribunal Arbitral la citada cuestión, como infracción del principio de igualdad, al no hacerlo hay que entender que ha renunciado tácitamente con ello a las facultades de impugnación.

Por otro lado, la sumisión a arbitraje no puede sostenerse que genere, por sí, perjuicios o indefensión una de las partes, al tratarse, el arbitraje, de un sistema legal reconocido y regulado en derecho, que no puede presumirse genere desequilibrio entre las partes, siendo que desde la óptica constitucional, no hay ningún problema en admitir la cláusula arbitral. El poder de disposición de las partes para la exclusión de los órganos jurisdiccionales del Estado en las materias de derecho disponibles es total: la STC 136/2010 trata la relación de esa facultad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, diciendo que el convenio arbitral es apto para expresar "la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación, contractual o no contractual".

TERCERO: El otro aspecto que se plantea en la demanda, relativo a que la demandante no tenía capacidad suficiente para entender el producto y suscribir el contrato, mediando una actuación engañosa por parte de la entidad financiera, sobre un producto que desconocía VINART, ocultándole el Banco, tanto la naturaleza, como las consecuencias de la suscripción del mismo, y que la entidad financiera no analizó el perfil bancario de VINART, haciendo mención, a que fue la bajada de los tipos de interés, lo que mostró a la misma la verdadera naturaleza y funcionamiento del producto, y el alto riesgo inherente al mismo, de lo que ya tenía conocimiento previo el Banco habiendo sido la demandante informada, en todo momento, que el SWAP era un seguro que le protegería frente a la subida de los tipos de interés y que se trataba de un producto óptimo que debería suscribir junto con el Contrato de Arrendamiento Financiero, sin que se le informara de la complejidad del producto, ni de los altos costes de cancelación del mismo, infringiendo la normativa y legislación vigente en el año 2007, alegación que, como analizaremos, se encuentra en íntima conexión con la infracción del

orden público que también se alega como causa de nulidad del Laudo Arbitral.

Para el correcto análisis de la cuestión planteada, debemos poner de relieve que las quejas formuladas al amparo del apartado f) del art. 41.1 LAB deben ser analizadas, dejando constancia, de que, como tantas veces se ha dicho - recientemente, en nuestra Sentencia 13/2015, de 28 de enero -, la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros.

En tal sentido, las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 y de 5 de noviembre de 2013 , cuando dicen: "Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012 , la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de Arbitraje, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Así lo indica con claridad la exposición de motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...". "La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan - como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de del 22 de Junio del 2009 (ROJ: STS 5722/2009)- que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005 y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988 , 28 de noviembre de 1988 , 7 de junio de 1990)".

Sin embargo, de aquí no se desprende que el Tribunal no pueda examinar la racionalidad de la valoración probatoria, tal y como mantiene la demandada. Antes al contrario, es constante la jurisprudencia constitucional y ordinaria que entiende que, en determinadas circunstancias, la valoración del acervo probatorio -explicitada en su motivación- puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva y, consiguientemente, infringir el orden público. Ya lo apuntábamos en nuestra Sentencia de 24 de junio de 2014, en los siguientes términos: "no puede este Tribunal revisar la valoración probatoria en la que

se basa el laudo arbitral ni la acción de nulidad para cuya resolución es competente le facultaría a subsanar eventuales errores en la decisión del árbitro, salvo que dicha valoración fuese expresión de una motivación patentemente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva”.

La jurisprudencia se ha cuidado de determinar en qué circunstancias una valoración probatoria conculca el art. 24.1 CE. Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo **"sólo permite plantear en el recurso (extraordinario por infracción procesal) la errónea valoración de la prueba, al amparo del art. 469.1.4º LEC , si la efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental "** (Acuerdo de 30/11/2011, I, recurso extraordinario por infracción procesal, nº 14, párrafo tercero). Resumen la doctrina al respecto de la Sala Primera, los AATS, 1ª, de 18 de febrero y 8 de enero de 2013.

En palabras del último auto citado: **"Es doctrina de esta Sala, como señala la sentencia de esta Sala de 4 diciembre 2007 , que «la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho la tutela judicial efectiva (SSTS de 20 de junio de 2006 , 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001 , 10 de julio de 2000 , 21 de abril y 9 de mayo de 2005 , entre otras). [...] Solamente cuando se conculque el art. 24.1de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad (la cual puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada) cabe la posibilidad de un control a través del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC "** .En este mismo sentido, la STS, 1ª, de 29 de octubre de 2013

Debemos reseñar los más elementales deberes de motivación, cuya infracción constituiría por sí sola una vulneración del art. 24.1 CE , tal y como aparecen identificados, con especial claridad, por todos, en el Fundamento Jurídico 3 de la STC 147/1999 , que consagra una línea jurisprudencial constante hasta la fecha, STC 178/2014, de 3 de noviembre , FJ 3- , cuando dice:" Procede recordar que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990 y 112/1996), y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991 , 5/1995 y 58/1997). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere 'arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable' no podría

considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987 , fj 3º; 112/1996, fj 2 º, y 119/1998 , fj 2º)".

A lo anterior debemos añadir que el orden público susceptible de protección ex art. 41.1.f) LAB comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, lo que se ha dado en llamar "orden público económico ", en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección .

Hoy no cabe dudar, a la vista de la jurisprudencia del TJUE y del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su S. de 20 de enero de 2014, de que, dentro de ese concepto jurídico indeterminado denominado "orden público ", ha de incluirse el "orden público económico ", que se prevé en normas imperativas y en principios básicos de inexcusable observancia en supuestos necesitados de especial protección.

Paradigma destacado del principio que integra el orden público económico es el "principio general de buena fe en la contratación", expresamente recogido hoy, como se cuida de señalar la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en los "Principios de Derecho Europeo de Contratos". Principio de buena fe cuya observancia es especialmente inexcusable cuando en una concreta contratación se produce una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes.

.... /....

QUINTO: De acuerdo con los parámetros de enjuiciamiento reseñados en los fundamentos segundo a cuarto, deben examinarse las concretas circunstancias del caso, desde la perspectiva que es propia de la acción de anulación: si los razonamientos del laudo vulneran el orden público por quebrantar postulados elementales de la contratación de productos financieros complejos y/o lesionar derechos fundamentales y libertades públicas. Desde esta perspectiva, la Sala ha de respetar el juicio de hecho, salvo valoración irracional o ilógica de la prueba deducible de su motivación, y puede revisar sin limitaciones el juicio arbitral para delimitar, eso sí, si los eventuales defectos de motivación son subsumibles en la categoría "infracción del orden público".

...../,,,,,

SEXTO; De lo argumentado por el Tribunal arbitral, llegamos a la conclusión de que el mismo considera el swap como producto no complejo, en contradicción con la Directiva, y la Ley del Mercado de Valores, normas imperativas anteriormente analizadas, no pondera si estamos ante un cliente

minorista o profesional conforme al artículo 4.1.11 de la Directiva, que remite al Anexo II -parece obvio conforme a la misma que se trata de un minorista-, no pondera adecuadamente la experiencia en materia financiera del cliente y la naturaleza de la actividad -mera comercialización o de asesoramiento-desarrollada por la entidad de inversión para precisar el contenido y alcance de la información que se ha de proporcionar al cliente, no se analiza la idoneidad del producto, ni nada se motiva sobre la información sobre la cancelación anticipada -pese a reconocer la demandada en el arbitraje que no consta en el contrato el coste de cancelación del derivado (5.10)-.

En consecuencia, sí, con palmaria equivocación -en contra de normas imperativas de ineludible aplicación- porque son normas que tratan de preservar la buena fe contractual, los árbitros reputan como no complejo un instrumento financiero que lo es sin posibilidad de prueba en contrario - iuris et de iure-, aunque la Ley del Mercado de Valores, no se encontrara en vigor, no puede ponderar adecuadamente las obligaciones de información de la entidad financiera en una contratación de tal naturaleza, y sí además, los árbitros como hemos indicado, no analizan la índole de la actividad de la entidad financiera en la contratación -mera comercialización o asesoramiento-, tampoco pueden reparar en las dispares exigencias de información en uno y otro caso. La consecuencia, como ya pusimos de relieve en nuestra Sentencia 13/2015, de 28 de enero, será la arbitrariedad de la motivación -asentada sobre presupuestos radicalmente erróneos- con la consiguiente infracción del orden público procesal y también del orden público económico, por las circunstancias concretas de este tipo de contratos, donde, con carácter general, a salvo de que todos los contratantes sean profesionales de los mercados, el contrato tiene lugar en una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes, de lo que se sigue con especial evidencia la necesidad de preservar el principio de buena fe.

En conclusión, la Sala no discute la racionalidad de que el Tribunal arbitral haya declarado probada la acreditada "experiencia empresarial" de la contratante -basada fundamentalmente en la vinculación personal y societaria del contratante con Don. Indalecio, socio de Catrim Invest S.L. propietaria del 50% de VINART, y director financiero del grupo VICHY CATALABN, que le recomendó la opción de swap-, sino que lo que decimos es que **los extremos que se declaran probados no permiten racionalmente inferir el conocimiento por su parte de instrumentos financieros complejos como el que es objeto de impugnación.**

Es así manifiesto, y patente, que el laudo se equivoca en la determinación del alcance de los deberes de información que le eran imputables a la entidad financiera oferente del swap. Ese error patente es, en sí mismo, expresión de la arbitrariedad constitucionalmente proscrita (art. 24.1 CE).

El laudo basa su decisión sobre la base de la infracción patente de normas imperativas que, en tanto que tuitivas del principio general de buena fe, son de inexcusable observancia: de un lado, un error de calificación sobre los deberes de información del BBVA al no realizar el test de idoneidad, dando por buena, en contra del principio general de buena en fe la contratación, la omisión de información precisa sobre costes y riesgos de la operación por no reputar el producto como complejo. Estas contravenciones patentes de normas imperativas de inexcusable observancia, por tuitivas del principio de buena fe, hacen que la motivación del laudo sea arbitraria: los presupuestos sobre los que se asienta el fallo son tan ostensiblemente errados que vician de raíz la motivación que se erige en ratio decidendi del laudo.

En estas circunstancias, la Sala hace ver la necesidad de tener presente que, en este ámbito de enjuiciamiento, no tiene por qué incidir, ni incide, en sí el contrato debió ser anulado o no en función de un error esencial de consentimiento: su objeto de análisis es el laudo, cuya motivación contraviene el orden público por arbitraria, ex art. 24.1 CE, en el sentido de manifiestamente contraria a reglas legales imperativas, tal y como hemos expuesto.”

Con respecto a la anterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de Madrid, es preciso reproducir ahora el excelente voto particular de uno de los magistrados, VIERA MORANTE, que compartimos plenamente, que en realidad no difiere del voto mayoritario en el alcance del Orden Público sino en la aplicación de las normas imperativas que supuestamente justificaron la anulación del laudo por no haber sido tomadas en consideración por los árbitros, explicando que no puede equipararse valoración errónea o inadecuada con valoración irracional.

En el citado voto particular de la Sentencia nº 31/2015 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de Abril de 2015, podemos leer:

“SEGUNDA.- Dada la causa de nulidad invocada -infracción del orden público- y los hechos a los que se anuda -falta de motivación del laudo-, es preciso delimitar las facultades de esta Sala como concedora de la acción de anulación de laudo arbitral para no confundirlas con las propias de un tribunal de apelación.

Mientras el recurso de apelación autoriza a un completo examen de las cuestiones litigiosas decididas en primera instancia, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico, la acción de anulación del laudo no permite el reexamen de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral. Así lo indica con rotundidad la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje al decir que lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo, y que se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. Esta limitación implica, pues, que, afectando al fondo de las cuestiones debatidas en todo procedimiento, tanto la fijación de los hechos probados como la interpretación de las normas

jurídicas aplicables, la valoración probatoria de la que parte el laudo arbitral y la aplicación del derecho en la que se basa su decisión deben quedar al margen, habitualmente, de la revisión sobre la nulidad del laudo. El debate sobre el contenido de las pruebas practicadas en el proceso arbitral, sobre la eficacia probatoria de las mismas, sobre su fuerza acreditativa, está, en principio, vedado a este Tribunal. Igualmente, la selección de la norma jurídica aplicable, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos probados es una facultad que corresponde a árbitro o colegio arbitral, al que las partes han encomendado, en virtud de su autonomía de la voluntad, la decisión de su controversia, con exclusión de los Tribunales de Justicia ordinarios.

Para precaver, en todo caso, los posibles abusos o excesos de los árbitros en el ejercicio de esta jurisdicción supletoria, solamente a través de la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje podría este Tribunal, en el conocimiento de la acción de anulación, adentrarse en el conocimiento de algunas cuestiones fácticas o jurídicas determinantes de la resolución de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral. Pero ello sin perder nunca de vista que no nos corresponde sustituir los criterios del laudo por otros que consideremos más adecuados o justos. Ciertamente, al conocer de la acción de anulación, cuando se han debatido en el arbitraje cuestiones jurídicas podemos no estar de acuerdo con la postura final aceptada por el laudo, sobre todo cuando discrepe con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que conozcamos. Pero eso no nos autoriza a arrogarnos la facultad de impartir justicia en el caso concreto, pues lo impide la decisión de las partes de excluir la intervención de los Tribunales de Justicia en la resolución de sus controversias.

Por ello, la apreciación de la vulneración del orden público debe realizarse con extrema cautela para no invadir competencias que no nos corresponden.

Hay una coincidencia general en la jurisprudencia en delimitar el concepto de orden público al que se refiere la ley de arbitraje a la vulneración en el laudo de derechos o libertades fundamentales. Siguiendo los postulados de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de Abril de 1986, la infracción del orden público se anuda a la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente.

Esta vulneración puede provenir de la contravención de una norma imperativa de carácter tan fundamental que ninguna restricción pudiera impedir su observancia. Tales normas imperativas pueden ser de derecho nacional como de derecho internacional, pero para que menoscaben el orden público deben afectar a los principios esenciales del ordenamiento jurídico o, en palabras de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Caso Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV) de 1 junio 1999, una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad. En tal caso,

la inaplicación de una norma imperativa que afecte a algún principio esencial puede ser un elemento a tomar en cuenta para considerar vulnerado un derecho constitucional, como el derecho a la tutela judicial efectiva por la irracionalidad o arbitrariedad en tal caso de la resolución dictada.

Algunas de las infracciones de orden público integran motivos específicos de anulación del laudo diferentes del previsto en el apartado f) del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje, por lo que ya tienen su tratamiento particular. La vulneración del derecho de defensa por no haber sido debidamente notificada la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haber podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, está contemplada en el motivo del apartado b de dicho art. 41.1. Una manifestación de la infracción al principio de igualdad es el motivo del apartado d), por no haberse ajustado la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral al acuerdo entre las partes, siempre que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa legal, o, a falta de dicho acuerdo, no haberse ajustado a la Ley de arbitraje.

El resto, para que tengan encaje en la vulneración del orden público deben tener incidencia en algún derecho fundamental o libertad pública, entre los que resulta especialmente afectante al mundo del arbitraje el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, sin indefensión; garantía trasladable igualmente en el ámbito arbitral en cuanto medio alternativo de resolución de conflictos, equivalente al judicial.

TERCERA.- Una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva es la derivada de la obligación de la motivación de las resoluciones. La sentencia del Tribunal Constitucional 56/2013, de 11 de marzo recuerda que la motivación de las resoluciones judiciales constituye una exigencia de los Tribunales en la medida en que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, para posibilitar el control de su corrección mediante el sistema de recursos.

En consonancia, cuando la motivación no permita conocer las razones de la resolución o ésta se base en argumentos que palmariamente no pueden conducir a ella aplicando las reglas elementales de la razón, debe entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 de la Constitución.

Pero no puede equipararse valoración errónea o inadecuada con valoración irracional.

Es doctrina del Tribunal Constitucional que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836) (STC número 186/92, de 16 de noviembre (RTC 1992, 186); además, ha sentado que no se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (SSTC de 28 de enero de 1991 (RTC 1991 , 14) y 25 de junio de 1992 (RTC 1992, 101)), y, en igual sentido, SSTS de 12 de noviembre de 1990 y 1 de febrero

de 2006 (RJ 2006, 2699). Según la sentencia del Tribunal Constitucional 178/2014, de 3 de noviembre, **"el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990 y 112/1996), y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991 , 5/1995 y 58/1997). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere 'arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable' no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987 , fj 3º; 112/1996, fj 2 º, y 119/1998 , fj 2º)".** Pero también la misma sentencia recuerda que **"el error en una resolución judicial, entendido como consideración del juzgador no acorde con la realidad, solo tiene relevancia constitucional cuando se trata «de un error determinante de la decisión adoptada, atribuible al órgano judicial, predominantemente fáctico e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y que despliegue efectos negativos en la esfera del justiciable»** (por todas, STC 47/2009, de 23 de febrero [RTC 2009, 47] , FJ 4)". Las sentencias del Tribunal Constitucional nº 164/2002 y 247/2006 de 24 julio (RTC 2006\247) abundan en la misma idea al decir esta última que **«la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueban que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas»** (SSTC 164/2002, de 17 de septiembre [RTC 2002, 164] , F. 4 ; 186/2002, de 14 de octubre [RTC 2002, 186] , F. 5 ; 224/2003, de 15 de diciembre [RTC 2003, 224] , F. 4 ; y 29/2005, de 14 de febrero [RTC 2005, 29] , F. 4).

Del mismo modo, **la jurisprudencia del Supremo sólo ha identificado la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por defectos en la motivación con aquella que sea arbitraria, ilógica o absurda** (Autos de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de Auto de 28 enero 2014. RJ 2014\693: Es doctrina

de esta Sala que **la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal cuando por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, ésta no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (RCL 1978, 2836)... por incurrirse en error de hecho manifiesto, irracionalidad o arbitrariedad (SSTS de 18 de junio de 2006, RC n.º 2506/2004 (RJ 2009 ,4754) , 8 de julio de 2009, RC n.º 693/2005 (RJ 2009 , 4458) , 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006 (RJ 2009 , 4705) , 17 de diciembre de 2009, RC n.º 1960/2005 (RJ 2010, 862) y 7 de junio de 2010 , RIP n.º 782/2006 (RJ 2010, 5374) .**

Todas estas resoluciones, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo exigen, pues, **para considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por defectos de motivación, un "plus" al mero error cometido en una resolución. Se refieren, en unos casos, a un error patente, manifiesto o, en otras, a un error inmediatamente verificable.** Por ello, también la citada sentencia del Tribunal Constitucional nº 178/2014 tuvo que precisar que, en su misión de protección de los derechos fundamentales, no le correspondía " la corrección de cualesquiera errores de apreciación fáctica o desviaciones de la legalidad ordinaria en que incurran los órganos judiciales", insistiendo en que ese Tribunal " no es una tercera instancia competente para efectuar el control de las valoraciones de hecho y de Derecho realizadas por los jueces y tribunales en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el art. 117.3CE . De otro modo, el recurso de amparo quedaría transformado en una instancia revisora con merma de las competencias que constitucionalmente corresponden a la jurisdicción ordinaria (por todas, SSTC 210/1991, de 11 de noviembre [RTC 1991, 210], FJ 5; y 201/1994, de 4 de julio [RTC 1994, 201], FJ 2)".

Una posición similar a la que describe en esta sentencia del Tribunal Constitucional respecto de su misión en protección de los derechos fundamentales es la que ocupa la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia cuando debe valorar si un laudo infringe por su motivación en violación del derecho a la tutela judicial efectiva: **no puede ni debe entrar en la corrección de cualesquiera errores de apreciación fáctica o desviaciones de la legalidad ordinaria en los que pudiera haber incurrido el laudo arbitral, ni ejerce funciones de tribunal de segunda instancia.**

CUARTA.- Con arreglo a lo anteriormente señalado es como debe analizarse el motivo de anulación del laudo arbitral alegado con apoyo en la supuesta infracción del orden público.

Por un lado, los varios extremos que resalta la demanda en cuanto a la valoración probatoria realizada por el laudo arbitral son una invitación -que no puede ser aceptada- a que se adentre esta Sala en el análisis de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral. **Nuestra misión debe reducirse, partiendo del debate procesal realizado entre las partes en sus alegaciones, a comprobar si el laudo contiene una motivación que explique suficientemente las razones de su decisión y si no se aparta notoriamente**

del resultado probatorio evidente, no si pudo llevarse a otra conclusión diferente en la valoración de las pruebas.

...../.....

En definitiva, el laudo contiene una valoración probatoria que no resulta irracional. Contrariamente a lo que expone la demanda, no invierte la carga de la prueba, especifica la forma en la que se transmitió la información sobre el producto contratado, explica el proceso lógico esencial por el que no consideran concurrente el error en los elementos esenciales de la contratación efectuada, menciona y aplica jurisprudencia específica sobre swaps y no niega el carácter complejo de los contratos de permuta financiera, aunque diga que no es inasequible a la comprensión de determinados profesionales.

QUINTA.- De lo anterior no puede deducirse que el laudo arbitral impugnado incurra en manifiestos errores, directa y claramente verificables, sino que, a lo sumo, sigue criterios discutibles en la resolución de la controversia, sobre todo si nos atenemos a la doctrina jurisprudencial sentada desde la citada sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo que, ante decisiones dispares de los Tribunales, unificó el tratamiento de esta materia, resaltando la importancia de los test de idoneidad y de conveniencia establecidos en la contratación de productos bancarios, cuya omisión genera una presunción iuris tantum de concurrencia de error en el consentimiento, que puede desvirtuarse por prueba en contra.

...../.....

Las conclusiones a las que llega la decisión mayoritaria de la Sala exigen una argumentación compleja, ni siquiera coincidente con la realizada por la demanda. Esta extensa argumentación que debe realizarse para desmontar los argumentos en los que se basa el laudo es, por sí misma, indicativa de que el error en el que se dice incurre la resolución arbitral no es patente, no es manifiesto ni surge con naturalidad y claridad de las actuaciones arbitrales. Aunque el laudo pudiera apartarse de la doctrina finalmente asumida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en una decisión plenaria reciente, de enero de 2014, que es la que, en definitiva, permite ahora inclinarse por la opción que considera más acertada esta sentencia mayoritaria, la decisión del laudo no puede tildarse de arbitraria, en cuanto llega a unas conclusiones que, durante bastante tiempo, fueron asumidas en varias resoluciones judiciales, incluso en una bastante reciente, inmediatamente anterior a esa decisión plenaria, que cita el propio laudo (STS de 29 de octubre de 2013).

Por más que pretendan utilizarse epítetos adaptables a la situación, un laudo que necesita ser desmontado en sus argumentos con un análisis de la normativa que aún no había sido transpuesta a nuestro ordenamiento cuando se suscribieron los contratos objeto de discusión, y que necesita apoyarse en una decisión unificadora de criterios que debió hacer el Tribunal Supremo ante tesis contrapuestas seguidas en los propios Tribunales de Justicia,

nunca puede considerarse arbitraria ni claramente errónea, que es únicamente lo que nos permitiría anular el laudo arbitral, aunque discrepáramos de su contenido.”

3.2.4.5.1.3 Orden Público económico

El Tribunal Supremo ha empezado desde 2012 a contemplar un tercer tipo de Orden Público, en este caso el económico, como explica claramente en su Sentencia n. 464/2014, Sala 1ª de lo Civil, de 8 de Septiembre de 2014, que señala:

“Contexto interpretativo. El desenvolvimiento de las Directrices de orden público económico.

En la actualidad, conforme al desenvolvimiento social, económico y cultural y, particularmente, desde un claro impulso de actuaciones judiciales, tanto nacionales como europeas, se está asistiendo a un proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios. La impronta del control de transparencia, como una plasmación del principio de transparencia real, implícito en el marco general del control de abusividad, constituye una buena prueba de lo afirmado, así como de la conveniencia de seguir afinando el fundamento técnico que sustenta su correcta aplicación.

En esta línea, la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS de 18 de junio de 2012, núm. 406/2012), de 15 de enero de 2013, núm. 827/2012, de 17 y 18 de enero de 2013, núms. 820/2012 y 822/2012 , respectivamente, de 18 de noviembre de 2013, núm. 638/2013 y de 30 de junio de 2014, núm. 333/2014 , entre otras), conforme al acervo y el peso de la formación del Derecho contractual europeo, a tenor de sus principales textos de armonización, ya ha advertido de la profundidad de este proceso a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las Directrices de orden público económico, como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual. En síntesis, este proceso, en el ámbito de las condiciones generales que nos ocupa, tiende a superar la concepción meramente "formal" de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo (pacta sunt servanda), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación.”

Como vemos en la Sentencia n. 13/2015 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, de 28 de Enero de 2015, el citado Orden Público económico tiene proyección en la posible anulación de laudos arbitrales dentro de la causa tasada relativa al Orden Público, especialmente centrado en la relación con entidades financieras en su labor de comercialización de productos complejos. Veamos ahora el tenor literal de la citada sentencia:

“Las quejas formuladas al amparo del apartado f) del art. 41.1 LAB deben ser analizadas, dejando constancia, en primer lugar, de que, como tantas veces

se ha dicho, la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar.

En tal sentido, v.gr., las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 (rec. n^o 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (rec. n^o 14/2013), cuando dicen (FFJJ 8 y 4, respectivamente):

Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, **la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de Arbitraje, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje.** Así lo indica con claridad la exposición de motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...". "La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan - como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de del 22 de Junio del 2009 (ROJ: STS 5722/2009)- que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005 , y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988 , 28 de noviembre de 1988 , 7 de junio de 1990)".

Ahora bien, **lo que decimos sobre el ámbito propio de la acción de anulación se compadece con una realidad innegable: que el orden público susceptible de protección ex art. 41.1.f) LAB comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución , como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, lo que se ha dado en llamar " orden público económico ", en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección.**

Como viene señalando esta Sala (v.gr., Sentencias de 24 de junio de 2014, recurso de anulación n^o 70/2013 ; 6 de noviembre de 2013, recurso n^o 5/2013 ; 13

de Febrero de 2.013, recurso nº 31/2012 ; y 23 de Mayo de 2.012, recurso nº 12/2011),".. **por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, nº 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3 de la Constitución , y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión.."**

Hoy no cabe dudar, a la vista de la jurisprudencia del TJUE y del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su S. de 20 de enero de 2014, de que, **dentro de ese concepto jurídico indeterminado denominado " orden público ", ha de incluirse el " orden público económico ", que se prevé en normas imperativas y en principios básicos de inexcusable observancia en supuestos necesitados de especial protección.**

Ejemplos señeros de esas normas imperativas son las que regulan con carácter estructural las libertades propias del Derecho comunitario (v.gr., la libre competencia). Así, la STJCE de 1 de junio de 1999 [asunto C-126/1997 (Eco Swiss v. Benetton)], admite (§§ 36 y 39) que la no aplicación del art. 85 -hoy art. 81 del Texto Consolidado- del Tratado Constitutivo CE -relativo, como es sabido, a la libre competencia- es una disposición fundamental para el funcionamiento del mercado cuya inobservancia justifica la anulación o el no reconocimiento de un laudo.

Paradigma destacado del principio que integra el orden público económico es el principio general de buena fe en la contratación, expresamente recogido hoy, como se cuida de señalar la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law- PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), que dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Principio de buena fe cuya observancia es especialmente inexcusable cuando en una concreta contratación se produce una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes.

QUINTO: Descendiendo de lo general a lo particular, la Sala entiende que, **para verificar, in casu, si el laudo impugnado vulnera el orden público económico, conviene tener presente, además de lo ya dicho, la doctrina**

constatada, específicamente sobre las cuestiones aquí debatidas, por la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 20 de enero de 2014 (ROJ STS 354/2014); doctrina muy clarificadora -en la línea de sentencias precedentes- para delimitar el alcance del principio de buena fe en la contratación de productos financieros complejos, y ello desde el prisma de una inexcusable necesidad tuitiva: proteger la libre emisión del consentimiento a la hora de contratar tales productos por quienes no son profesionales de los mercados financieros.

En el caso resuelto en casación por el Pleno de la Sala Primera, la sentencia de apelación había entendido que, teniendo la mercantil contratante del swap la condición de cliente minorista, la financiera demandada no realizó, debiendo hacerlo, el test de conveniencia para comprobar que el producto ofertado fuera el que más se ajustaba a las necesidades de su cliente, ni le informó antes de contratar de forma clara y comprensible acerca de los riesgos derivados del producto contratado. Y concluye que el incumplimiento de estos deberes de información provocó en la actora un error que afectó al consentimiento, que aparece viciado. El recurso de casación es desestimado.

...../.....

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público " (apartado 55).

A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas.

Caixa del Penedés debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía.

Error vicio del consentimiento

- 10. Del incumplimiento de estos deberes de información pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas. En este caso, en atención a lo que**

fue objeto litigioso y al motivo del recurso de casación, debemos centrarnos en cómo influye este incumplimiento sobre la válida formación del contrato.

En su apartado 57, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011) , pone de relieve que, " si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de las Directiva 2004/39 , ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]".

(...)

11. Jurisprudencia sobre el error vicio.

La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala Primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

(...) La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, **para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia,**

cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos , de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida

12. El deber de información y el error vicio.

Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.

De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.

Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información .

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excitabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en qué consiste el error, le es excusable al cliente.

13. Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad.

Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación .

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.”

3.2.4.6. Obligación de que el laudo no sea incongruente

Cualquiera que sea la denominación que la jurisprudencia haya dado a este motivo de anulación del laudo, tradicional en nuestro Derecho, parece claro que nos obliga a plantearnos, siquiera someramente, cuál es el alcance de la congruencia en la acción de impugnación, para de este modo delimitar las posibles responsabilidades del árbitro en relación al mismo.

Para ello hemos de referirnos, en primer lugar, al concepto, clases y fundamento de la congruencia⁵²⁰ como requisito intrínseco de las resoluciones judiciales, especialmente de la sentencia, para, posteriormente, determinar la aplicabilidad, o no, de estas categorías a los laudos arbitrales. Para ello citaremos la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 20 octubre 1997, de la que fue ponente ALMAGRO NOSETE, que señala que **“Como establece la jurisprudencia de esta Sala el requisito de la congruencia no tiene otra exigencia que la derivada de la conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y existe congruencia ahí donde la relación entre estos dos últimos términos, fallo y pretensiones deducidas, no está sustancialmente alterada (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 febrero 1996 [RJ 1996\1614]), sin que, en definitiva, otorgar menos de lo pedido signifique modificación de la «causa petendi» puesto que la Sala ha dado tratamiento jurídico concreto a la cuestión planteada con respecto al relato fáctico contenido en la demanda y a los términos del debate de modo racionalmente adecuado (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 febrero 1996 [RJ 1996\1253]).”**

Aunque el *concepto* de congruencia no es pacífico, podemos decir que la congruencia consiste en la correlación entre la sentencia y las pretensiones de las partes, entendiendo por tal que no exista en la sentencia ni más elementos de los que componen la pretensión, ni menos, ni otros distintos, lo que nos conduce a distinguir tres *clases de incongruencia*.

Si la sentencia contiene más de lo pedido por las partes, incurrirá en incongruencia positiva; si el fallo contuviera algo distinto a las pretensiones de las partes, en incongruencia mixta; si en la sentencia no se resuelve alguno de los puntos litigiosos que ha sido objeto de debate, caerá en lo que se ha dado en llamar incongruencia negativa o por omisión de pronunciamiento.

También controvertido ha sido el fundamento de la congruencia, buscado en el principio dispositivo, en el principio contradictorio, en la necesidad de impedir un exceso de poder por parte del Juez o en la naturaleza del derecho subjetivo que en el proceso se hace valer⁵²¹

Convenimos con DE LA OLIVA SANTOS⁵²² en que la incongruencia se funda en el principio dispositivo (incongruencia positiva y mixta) y que, por otro lado, el principio de exhaustividad de la sentencia viene exigido por el artículo 359 L.E.C. (incongruencia negativa). Expuesto lo anterior, nos interesa fundamentalmente determinar, como antes decíamos, si el concepto, clases y fundamento de la

⁵²⁰ Cfr. ARAGONESES ALONSO, PEDRO: *Sentencias congruentes*, Aguilar, Madrid, 1957.

⁵²¹ Cfr. GUASP, JAIME: *Comentarios. ...Op. cit*, págs. 972-974. Para determinar el fundamento de la congruencia GUASP fija su atención en el concepto mismo de proceso, pretensión y sentencia.

⁵²² Cfr. DE LA OLIVA SANTOS .*Sobre la congruencia de la sentencia civil*, en *La Ley*, 1982, tomo 2, páginas 893 y 900 y ss.

congruencia de las sentencias judiciales son extrapolables a los laudos arbitrales.

Como primer paso de nuestra argumentación podemos afirmar que los árbitros deben pronunciarse en el laudo sobre todos y sólo los puntos sometidos a su decisión. Es decir, ha de existir una adecuación entre el laudo y la controversia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, núm. 507/2003 (Sección 1ª), de 17 noviembre, señala que “...*En cuanto a la incongruencia invocada con base en número 4 del 45 de la Ley de Arbitraje (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) , debe de significarse que **surgirá la incongruencia cuando resuelvan los árbitros, más allá de lo pedido (ultra petita), no decidiendo sobre alguno de los puntos objeto de la controversia (minus petita) o bien haciéndolo sobre cuestiones no planteadas (extra petita).** Consiguientemente, la interpretación de la recurrente de que debía limitarse al «compromiso formal de reparación», no puede ser aceptada, por cuanto, la solicitud de «vehículo nuevo» es clara en atención a las circunstancias de averías continuas, por lo que la apreciación de su procedencia en el laudo no supone incongruencia «extra petita», dado que se trata de una cuestión efectivamente planteada, y en tal sentido es argumentada en el propio laudo su procedencia. En cuanto a lo relativo al destino del vehículo de la reclamante, tampoco puede hablarse de «minus petita», dado que se infiere que se trata de sustitución del vehículo por uno nuevo «con las mismas especificaciones técnicas ».”*

No obstante, dicha afirmación no significa que la congruencia en el arbitraje tenga un contenido idéntico a la congruencia procesal, por dos razones: La primera es que la intervención judicial en el arbitraje tiene por objeto únicamente corregir el exceso de poder de los árbitros en el ejercicio de su función y de ahí que, como veremos, la incongruencia negativa no deba ser contemplada como una causa de anulación del laudo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1961 dice que “*en el segundo motivo, fundado también en la causa tercera del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, **se denuncia exceso de poder en los árbitros por haber éstos resuelto extremos no sometidos a su decisión,** y para su estudio y resolución ha de tenerse en cuenta que la voluntad de las partes en cuanto al *thema decidendi* fue que partiendo de que el contrato celebrado entre ellas el 20 de diciembre de 1954 quedó resuelto con efectos desde 1.0 de noviembre de 1956, en lo que están de acuerdo los compromitentes, se fijara quién fue el culpable de dicha resolución por incumplimiento, y los efectos de éste, y el laudo impugnado, lejos de acatar la voluntad de los contratantes, declara la no resolución de dicho contrato y fija el saldo atendiéndose a la duración pactada por las partes en sus relaciones comerciales, con olvido de que **los compromitentes determinan las facultades y competencia de los árbitros, los que sólo tienen jurisdicción para fallar sobre los puntos sometidos expresamente a su decisión en la escritura de compromiso, por lo que si los puntos de controversia se fijaron bajo el presupuesto común de la***

extinción del contrato a partir de 10 de noviembre de 1956, no pueden los árbitros declarar la no resolución contractual, ni estimar que aquél estuvo en vigor hasta diciembre de 1959, ni menos considerar al señor B., vinculado durante los años 1957, 1958 y 1959 a "Gradulux, s. A.", porque estas declaraciones no guardan congruencia con las cláusulas compromisorias, dado que la finalidad de las mismas fue la de 'que se apreciara por los árbitros la buena o mala fe de las conductas respectivas, pero siempre bajo el supuesto de contrato extinguido, incongruencia que en el arbitraje de equidad se convierte en exceso de poder, lo que obliga a declarar, con estimación de este motivo, la nulidad del laudo impugnado, por ser total el exceso cometido, a tenor del artículo 1.780 de la Ley Procesal, estimación que hace innecesario el estudio del motivo tercero.»

En segundo lugar, la función pacificadora de los árbitros permite dotar a su función decisora de una mayor elasticidad, lo que supone un menor encorsetamiento de la potestad arbitral, como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1967, que dice que **"...el principio de congruencia no puede ni debe aplicarse con rigidez en la interpretación de los laudos de equidad"**

La jurisprudencia, por su parte, no ha mantenido una línea clara al respecto. Así, mientras en ocasiones ha diferenciado la congruencia procesal y arbitral, como vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1932 [2] (R.A. 1.004): **«... Que esto sentado, la regla de congruencia procesal del artículo 359 de la Ley Enjuiciamiento Civil con todos sus desenvolvimientos no es la que debe regir ni la que puede delimitar la esfera de acción legítima de los componedores.»**; y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1986 [f.3] (R.A. 4.507): **"Por ello no puede hablarse de alteraciones de la litis ni de modificaciones del objeto del arbitraje, que, en otro aspecto, forman parte del fondo de las cuestiones planteadas y debatidas, ni tampoco el concepto de incongruencia de las resoluciones tiene en el juicio de equidad el mismo sentido que en el proceso ordinario, siempre que, como ocurrió en este caso, el fallo del laudo se atenga a los temas litigiosos que se le ofrecieron a resolver. Por todo ello ha de decaer también el motivo segundo de los formulados."**

En otras, parece haber equiparado ambos tipos de congruencia, como en Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1962 [5] (R.A. 3.874) que dice: **«... Que así como el órgano jurisdiccional del derecho público, no puede resolver más cuestiones que aquellas que los litigantes someten a su decisión incurriendo en incongruencia si resuelve otras distintas y dando lugar a la posible casación de la sentencia que tales limitaciones contenga - números dos y tres del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil así también el Órgano de arbitraje privado de equidad que se propasa a resolver puntos que no fueron sometidos a su decisión, incurre en exceso de jurisdicción, que puede ser sancionada al amparo del artículo 30 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 en relación con el mismo número tercero del artículo 1.691 de la Ley procesal; cuando uno de tales órganos traspasa esos límites que las partes pusieron a su actividad, y resuelve sobre lo que no se les**

sometió a su decisión, despliega una actividad que puede declararse nula, si las partes acuden, en su caso, al recurso de casación, o al de nulidad.»; y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1983 [5] (R.A. 807): «Los apartados que se dicen preteridos o no estudiados lo están en verdad como presupuestos en los expresamente resueltos y como tales decididos también, pues que **tampoco hay que olvidar que es aquí aplicable la doctrina general de la congruencia exigida a las resoluciones judiciales, en el sentido de no precisarse atenuamiento a la literalidad, sino sólo a la sustancia de lo pedido o excepcionado.**»

El segundo aspecto a tener en cuenta es la aplicabilidad de los tipos de incongruencia procesal, anteriormente señalados, a la institución arbitral, que queda patente en las siguientes sentencias:

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1988 [f. 5] (R.A. 2.212) señala que *“Tampoco esta motivación puede ser estimada. En efecto, si se pone en conexión para su interpretación sistemática con el número 30 del artículo 1.733 y el 1.736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sirven de apoyo procesal al mismo, puede comprobarse, no sólo que ambos vienen referidos a unos mismos presupuestos, sino también que éstos guardan mucha semejanza (por no decir que igualdad) con dos defectos procesalmente muy semejantes a los que cuando se trata de resoluciones judiciales reciben la denominación; bien en "incongruencia por defecto" (sic) (en este caso resolver puntos no sometidos a la decisión arbitral) o "por defecto" (aquí, omisión de la decisión sobre extremos comprendidos en el contrato de compromiso) ; bien de exceso de poder o de jurisdicción (resolución de puntos que no pueden ser objeto de arbitraje)».* **Notable paralelismo se evidencia entre la incongruencia positiva (conceder más de lo pedido) con la redacción del motivo 4, que estamos analizando (resolver puntos no sometidos a la decisión de los árbitros).** “

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1932 [2] (R.A. 1.004) dice que *“en atención al mandato que dichos amigables cumplen y a la aceptación del encargo recibido para resolver según su leal saber y entender las diferencias que expresamente les hayan sido sometidas por los interesados **quedan constreñidos por los términos mismos de aquella encomienda a no ejercitar sus buenos oficios de composición más allá de los precisos límites del mandato.**”*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1978 [único] (R.A. 548) indica que *“...para que pueda prosperar el recurso de nulidad, establecido en el artículo 30 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, contra los laudos dictados por los árbitros de equidad, fundado en el extremo 20 del número 30 del artículo 1.691 de la L.E. Civ ., **es preciso que dichos señores hayan rebasado en su actuación el mandato que les fue conferido en la correspondiente escritura de compromiso, resolviendo cuestiones de carácter principal no incluidas en***

aquella o, en general, excediéndose en la función que les fue encomendada - ss. De 3 noviembre 1962 (R.A. 4.153) y 5 febrero 1972 (R.A. 470)»⁵²³.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1987 [f.3] (R.A. 1.486) resolvió que existe extralimitación cuando los árbitros resuelven puntos que fueron sometidos condicional o subordinadamente, para el caso de que se negara la concurrencia de otros: *«Motivo que debe estimarse, pues, aunque es cierto, como se ha consignado en el primer fundamento de derecho, **que los árbitros no deben sujetarse a la estricta literalidad del compromiso y pueden resolver cuestiones accesorias o subordinadas necesarias para decidir la cuestión fundamental objeto de arbitraje, no pueden, sin embargo, decidir puntos que sólo se les sometieron condicional o subsidiariamente para la hipótesis de negar la concurrencia en el buque de las condiciones técnicas de eficiencia, operatividad o seguridad, y que quedan excluidas de sus potestades arbitrales cuando, por el contrario, afirman que tales condiciones se dan en el buque,...**»*

VÁZQUEZ SOTELO⁵²⁴ afirma que “de igual modo que la incongruencia tiene su fundamento en el principio que permite a los litigantes demandar la tutela de sus propios derechos e intereses, de los cuales disponen en el proceso y precisamente dentro de los límites de tal disposición, también el poder que los árbitros reciben ha de ser ejercitado dentro de los límites de la autonomía de la voluntad de los interesados que han comprometido su decisión”. En definitiva, la noción de incongruencia positiva es perfectamente adaptable al arbitraje y,

⁵²³ Sobre incongruencia positiva pueden verse las SS. de 16 de diciembre de 1931 (R.A. 2.315); 28 de octubre de 1933 (R.A. 436); 20 de febrero de 1940 (R.A. 100); 23 de marzo de 1940 (R.A. 274); 17 de abril de 1943 (R.A. 417); 9 de octubre de 1943 (R.A. 1.033); 21 de octubre de 1943 (R.A. 1.040); 17 de enero de 1946 (R.A. 16); 4 de noviembre de 1947 (R.A. 127 de 1948); 26 de abril de 1951 (R.A. 1.631); 28 de mayo de 1951 (R.A. 1.633); 30 de junio de 1951 (R.A. 1.892); 19 de febrero de 1952 (R.A. 482); 17 de abril de 1952 (R.A. 821); 9 de noviembre de 1952 (R.A. 3.124); 12 de febrero de 1954 (R.A. 694); 16 de octubre de 1956 (R.A. 4.113); I de febrero de 1960 (R.A. 454); 13 de mayo de 1960 (R.A. 1.729); 13 de abril de 1962 (R.A. 2.027); 2 de mayo de 1962 (R.A. 2.124); 16 de mayo de 1962 (R.A. 2.360); 17 de mayo de 1962 (R.A. 2.418); 10 de febrero de 1971 (R.A. 2.167); 5 de mayo de 1971 (R.A. 2.503); 26 de mayo de 1971 (R.A. 2.957); 14 de junio de 1971 (R.A. 3.241); 28 de junio de 1971 (R.A. 3.349); 27 de septiembre de 1971 (R.A. 3.670); 15 de noviembre de 1971 (R.A. 4.840); 19 de diciembre de 1972 (R.A. 4.998); 24 de febrero de 1973 (R.A. 3.250); 11 de octubre de 1973 (R.A. 3.494) ; 25 de abril de 1975 (R.A. 1.827); 21 de mayo de 1975 (R.A. 2.192); 2 de diciembre de 1976 (R.A. 2.546); I de febrero de 1977 (R.A. 291); 10 de marzo de 1977 (R.A. 1.023); 10 de mayo de 1978 (R.A. 1.821); 3 de abril de 1979 (R.A. 1.239); 25 de mayo de 1979 (R.A. 1.894); 29 de noviembre de 1979 (R.A. 3.858); 28 de noviembre de 1980 (R.A. 4,390); 10 de marzo de 1982 (R.A. 1.296); 25 de octubre de 1982 (R.A. 5.573); 7 de diciembre de 1982 (R.A. 7.466); 25 de marzo de 1983 (R.A. 1.615); 25 de febrero de 1986 (R.A. 853); 25 de febrero de 1986 (R.A. 856); 12 de junio de 1987 (R.A. 4.292); 19 de junio de 1987 (R.A. 4.536); 21 de septiembre de 1987 (R.A. 6.071); 9 de octubre de 1987 (R.A. 6.772); .13 de noviembre de 1987 (R.A. 8.400); 17 de marzo de 1988 (R.A. 2.212); 27 de febrero de 1989 (R.A. 1.404); 11 de octubre de 1990 (R.A. 7.594); 22 de noviembre de 1990 (R.A. 9.015).

⁵²⁴ VAZQUEZ SOTELO, JOSE LUIS: *Arbitraje y proceso judicial*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

además, podrá ser objeto de impugnación al amparo de este motivo recogido en el artículo 41 NLAB. Es más, pudiera parecer, en principio, que es el único tipo de incongruencia admitido por el legislador como causa de impugnación de los laudos.

Mucho más problemática es la llamada incongruencia negativa u omisiva pues, si bien los árbitros están obligados a resolver todos los puntos que les fueron sometidos a su decisión⁵²⁵, no parecía posible alegar la falta de pronunciamiento como motivo de nulidad, al amparo del artículo 45.4 LAB., pues la LAB se refería únicamente a la extralimitación de los árbitros, dejando fuera de las causas de impugnación los supuestos de incongruencia negativa.

En relación con este tema hemos de recordar que la aclaración del laudo puede servir para resolver puntos no esenciales que hubieran sido debatidos en el procedimiento arbitral; pero esta posibilidad no soluciona el problema planteado. La respuesta es extremadamente dudosa. De un lado, cabría argumentar que, según la línea seguida por la jurisprudencia, la Audiencia Provincial y actualmente el Tribunal Superior de Justicia podría anular el laudo a pesar de que esta causa de impugnación no esté prevista entre los motivos que dan lugar al recurso. En cambio, habida cuenta que en 1984 se admitió esta posibilidad y que la LAB, publicada tan sólo cuatro años después, no se refirió expresamente a este tema, nos inclinamos a pensar que el legislador quiso modificar sustancialmente el criterio legislativo de 1984 y, por ende, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Al hilo de la NLAB, ya no cabe duda alguna al respecto.

Parecido a la llamada incongruencia omisiva es el caso de que en el laudo se contengan disposiciones contradictorias. Como ha dicho PRIETO CASTRO⁵²⁶, la contradicción «no juega en el derecho comparado como un caso de incongruencia, sino *sui generis*, entre vicio *in iudicando* e *in procedendo*. Lo que arguye -con cita de CALAMANDREI - es la inexistencia de sentencia en la medida en que haya contradicción, pues los términos contradictorios se anulan o excluyen mutuamente, de la misma manera que si se suman dos cantidades iguales, una positiva y otra negativa, el resultado es cero, presentándose una imposibilidad de ejecución; y, por ello, en definitiva, se desembocaría en una omisión de pronunciamiento, es decir, en una *incongruencia por defecto*».

Coincidimos con PRIETO CASTRO⁵²⁷ en el sentido de que, en efecto, la contradicción en el fallo produce, como consecuencia, una omisión de pronunciamiento. Sin embargo, creemos que el tratamiento procesal de la incongruencia negativa y de la contradicción son diferentes. En el primer caso, el laudo no es nulo, pues los puntos que no hayan sido resueltos podrán provocar la sumisión a un nuevo arbitraje o bien acudir a la jurisdicción ordinaria. En cambio, la contradicción puede dar lugar a la nulidad del laudo, que podrá ser declarada

⁵²⁵ So pena de incurrir en la responsabilidad prevista en el artículo 16.1 LAB

⁵²⁶ Cfr. PRIETO CASTRO, LEONARDO: «El principio de congruencia como limitación de las facultades de la jurisdicción», en *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 290

⁵²⁷ *Ibidem*.

por la vía de la acción de impugnación del laudo, pero no como un caso de incongruencia, ya que no lo es.

En cambio, la incongruencia mixta sí es denunciable al amparo de lo previsto para la incongruencia como base para la anulación del laudo, en tanto en cuanto este tipo de incongruencia supone una combinación de los dos tipos de incongruencia antes descritos. Es decir, si los árbitros deciden puntos distintos a los que les han sido sometidos, están, de un lado, dejando de resolver puntos sometidos (incongruencia negativa) y resolviendo puntos no sometidos (incongruencia positiva).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1969 [1] (R.A. 850) señala al respecto que “...*los dos primeros motivos del recurso y de forma alternativa, con denuncia en ambos de infracción por violación del precepto contenido en el artículo 359 de la L.E. Civ., se alega incongruencia, en un caso por la vía del número 2 y en el otro por la del tres del artículo 1.692 de la misma Ley procesal, por entender que el laudo arbitral impugnado adolece de aquel vicio, bien porque concede cosas que no fueron solicitadas por las partes ("extra petita") o bien porque concedió más de lo pedido por aquellas ("ultra petita")*, todo ello en relación con la condena contenida en el punto primero de la parte dispositiva propiamente dicha del referido laudo»⁵²⁸.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1954 [4] (R.A. 1.985) resume con claridad nuestra tesis al decir “*Que el primer motivo del recurso se ampara en el 1.691 por haber incurrido los amigables componedores en exceso de poder resolviendo puntos no sometidos a su decisión y se hace constar que el recurso no se funda en la validez o invalidez del laudo (invalidez que la parte recurrente considera por lo menos como "muy posible"), sino que son unos los puntos que las partes sometieron a los componedores y otros diversos aquellos sobre los que los componedores se han pronunciado.*»

En cuanto al fundamento de la congruencia en el arbitraje, la jurisprudencia se ha pronunciado en los siguientes términos, como vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1934 [1] (R.A. 897), que indica que “*es doctrina jurisprudencial que la escritura de compromiso contiene la norma legal a que se someten las partes, traza el círculo en que debe desenvolverse la actividad de los amigables componedores, y, no admite interpretaciones extensivas; y por ello no es lícito a estos Jueces decidir cuestión alguna no sometida ni sacar de ella otros efectos que los queridos por las partes en contienda, ni dejar de hacer declaración sobre alguno de los puntos fijados; adoleciendo por consiguiente, el laudo que no se ajusta a la convención, de vicio esencial de nulidad que debe ser declarada cuando se recurra al amparo del número tercero del artículo 1.691 de la Ley procesal civil.*»

⁵²⁸ Vid. 55. de 24 de enero de 1969 (R.A. 202); 12 de enero de 1970 (R.A. 167).

También en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1972 [2] (R.A. 4.998), que dice que “... *la controversia que se somete a la decisión de los árbitros, con expresión de sus circunstancias -núm. 4.0 del art. 10 y núm. 3.0 del 17, ambos de la Ley de arbitraje-, porque conforme a aquélla se han de determinar las facultades de los árbitros, los cuales quedan sujetos, al principio de congruencia al resolver, así, pues, **la controversia es elemento delimitativo del ámbito de esas facultades, que ha de ser tenido en cuenta por los árbitros, para no incurrir en extralimitación que originaría la establecida en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje, en el de equidad, y la nulidad del extremo o extremos en que consista en exceso, procede, por tanto, examinar, comparativamente, las cuestiones sometidas a la decisión de los árbitros y el contenido del laudo dictado, para resolver respecto a si pueden o no ser acogidos los motivos segundo y cuarto, basados en que los árbitros resolvieron puntos no sometidos a su decisión, y el tercero, en extralimitación en el encargo recibido.***”

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1933 [1] (R.A. 1.683) establece que “**el juicio de amigables componedores constituye por su naturaleza y efectos un verdadero mandato en el que es norma de inexcusable observancia para la actuación de aquellos que se atengan al dictar su fallo a resolver todas y cada una de las cuestiones sometidas a su decisión por los compromitentes en la escritura otorgada a tal fin, sin poder en modo alguno extralimitar su cometido a otras distintas de las específicamente determinadas en la expresada escritura de compromiso; y si bien es cierto que para el desempeño de sus funciones no han de sujetarse los amigables componedores a formas legales, sino que desenvolverán su actuación según su leal saber y entender como para ello les autoriza el artículo 833 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto no quiere decir, ni puede significar en manera alguna que sus facultades tengan órbita o esfera de acción más extensa de lo que delimite la escritura de compromiso al someterles las cuestiones que deben ser objeto de su examen y decisión; siendo de aplicar por analogía el artículo 1.719 del Código Civil que ordena al mandatario en la ejecución del mandato atenerse a las instrucciones que haya recibido de su mandante; y en este caso esas instrucciones no pueden ser otras que las cuestiones concretamente señaladas en aquella escritura.**”

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1962 [5] (R.A. 3.874) señala que “**así como el órgano jurisdiccional del derecho público, no puede resolver más cuestiones que aquellas que los litigantes someten a su decisión, incurriendo en incongruencia si resuelve otras distintas y dando lugar a la posible casación de la sentencia que tales limitaciones contenga - números dos y tres del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil así también el órgano de arbitraje privado de equidad que se propasa a resolver puntos que no fueron sometidos a su decisión, incurre en exceso de jurisdicción, que puede ser sancionada al amparo del artículo 30 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, en relación con el mismo número tercero del artículo 1.691 de la Ley procesal; cuando uno de tales órganos traspasa esos límites**

que las partes pusieron a su actividad, y resuelve sobre lo que no se les sometió a su decisión, despliega una actividad que puede declararse nula, si las partes acuden, en su caso, al recurso de casación, o al de nulidad.”

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1978 [único] (R.A. 548) señala que *“en la resolución arbitral impugnada se practicó, no sólo la liquidación de las cuentas procedentes de las dos compañías que antes se indican, sino además la de otra distinta, denominada Conevoz, S. A., que para nada se menciona en el documento público de 24 mayo 1976, ni en el convenio de 11 abril 1970, alegando para ello que así se deduce de “los actos coetáneos y posteriores de las partes y de la propia intencionalidad de los otorgantes”, sin tener presente que según ha indicado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, la decisión de los árbitros deberá ajustarse a las declaraciones contenidas en el compromiso, sin extenderse a otras diferentes, que no pueden darse en modo alguno por sobreentendidas -SS. de 13 abril 1962 (R.A. 2.027) y 5 febrero 1972 (R.A. 470)-.”*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1982 [1] (R.A. 690) dice que *“las únicas causas, taxativamente establecidas en el artículo 1.691, 3.0, de la L.E. Civ., que pueden fundamentar este especial recurso de nulidad contra la sentencia dictada en arbitraje de equidad, aparte de la relativa al plazo, que aquí no se aduce, es la concerniente a la extralimitación del fallo arbitral en cuanto al tema sometido al juicio equitativo, o mejor dicho, al abuso de jurisdicción, en su caso reprochable al árbitro, o árbitros, al fallar éstos acerca de tema no propuesto, entendiéndose por tal aquel que las partes contratantes en el convenio de compromiso no tuvieron en cuenta, ni previeron, ni siquiera pensaron como materia discutible ni, consiguientemente, consignaron en la escritura pertinente, que es el título legitimador de los árbitros y el que les fija y precisa el ámbito de su conocimiento o “cognitio” procesal, a la vez que el límite de su decisión vinculante para las partes, todo ello en relación con el principio general del deber de congruencia que la ley impone a todo juzgador (art. 359 de la L.E. Civ.), bien que todavía de modo más estricto que en la jurisdicción ordinaria, seguramente como compensación al amplio arbitrio que la ley otorga, de suyo, a los Jueces de equidad, cuyo juicio dentro de los límites dichos, no es factible revisar en otra instancia.”*

Con respecto a la NLAB, como señala CADARSO⁵²⁹, en la formulación de la incongruencia como motivo de anulación (*“que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión”*), la norma se mantiene más apegada a la Ley anterior que a la Ley Modelo, si bien separando ahora la incongruencia del otro motivo (resolución sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje) con que antes se enunciaba conjuntamente, y que ahora pasa a estar en el siguiente apartado e).

⁵²⁹ Art. 34.2, a), ii), de la Ley Modelo de la CNUDMI: *“que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje.”*

No hay novedad digna de ser destacada, por lo que se ha mantenido en este punto el tratamiento dispensado a la cuestión por la doctrina y la jurisprudencia bajo la regulación anterior. De este modo, la incongruencia que se contempla en la NLAB es la denominada incongruencia extra petita, vicio del laudo que resuelve sobre cuestiones no sometidas a los árbitros, vinculada con el principio dispositivo como fundamento del deber de los árbitros de no pronunciarse sobre puntos que no les fueron sometidos, o de pronunciarse de forma distinta a lo pedido.

Hay que recordar que, como sucedía con la LAB, la NLAB no exige específicamente que los árbitros se pronuncien sobre todos los puntos sometidos a su decisión, aunque de la obligación de que el laudo ha de expresar la cuestión sometida a arbitraje y del hecho de que la aceptación obliga a los árbitros a cumplir fielmente su encargo puede deducir el deber de los árbitros de pronunciarse sobre todas las cuestiones litigiosas. Sin embargo, es claro que la incongruencia omisiva, que se produce cuando los árbitros dejan sin resolver puntos que les han sido sometidos, no constituye causa de anulación⁵³⁰. Por otro lado, cabría la posibilidad de que la omisión pudiera ser subsanada mediante complemento de laudo (art. 39.1: “*Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros: c) el complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él*”).

Pueden valer de ilustración de las anteriores reflexiones la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1ª) de 22 enero 2001 [JUR 2001/82422], que tachó de incongruente, y anuló, un pronunciamiento de declaración de propiedad de determinado local cuando la controversia se contraía únicamente a la constitución y disolución de una sociedad civil; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) de 12 de marzo de 2001, que también anuló por incongruente cierto pronunciamiento sobre el modo de liquidar las relaciones entre las partes, cuando lo único discutido había sido la procedencia de dar por extinguido determinado contrato entre ellas: “*Sin desconocer la doctrina que se cita en el propio laudo a la hora de abordar el extremo atinente a la liquidación, no consideramos que la misma sea aplicable al caso, pues lo cierto es que **los árbitros abordan y deciden sobre una cuestión que no les ha sido planteada** ya que como hemos dicho U. sólo solicitó que «se declare la concurrencia de justo motivo para dar por extinguido el contrato y se condene a la contraparte a estar y pasar por dichas declaraciones». **El laudo establece unas bases para la liquidación sin que las partes y en concreto la recurrente de nulidad haya tenido la posibilidad de formular contradicción al respecto, pues, insistimos, tal cuestión no fue planteada a los árbitros y por más que se pretenda que la liquidación está vinculada íntimamente a la finalidad del arbitraje, no es admisible acordarla sin que medie previa petición con alegación de las bases para llevarla a cabo, estableciendo los árbitros las referidas bases sin***

⁵³⁰ Vid. SABATER TOMÁS, A. y SABATER BAYLE, E.: «*La nulidad parcial...*», y jurisprudencia allí citada; MULLERAT, R.: «*La anulación del laudo arbitral*»; CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho Español*; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: «*El recurso de anulación...*».

que las partes hayan tenido la posibilidad de formular alegaciones sobre las mismas, lo que determina la incongruencia del laudo en tal pronunciamiento, incongruencia determinante de indefensión por vulnerar el principio de contradicción que debe llevar aparejada su nulidad y, consiguientemente, la estimación del motivo que examinamos”.

La incongruencia postula un juicio de contraste entre lo decidido y lo sometido a la decisión de los árbitros, pero ha de advertirse que la controversia, como *prius* que constituye el término de comparación, no se encuentra previamente delimitada de una manera fija, como sucedía necesariamente en el contrato de compromiso bajo la vigencia de la Ley de Arbitraje de 1953, sino que (aunque ello pueda ciertamente ser así en aquellos casos en que la sumisión a arbitraje sobreviene una vez surgida ya la controversia entre las partes) lo normal será que el convenio arbitral se refiera solamente a las controversias potenciales que puedan surgir de una determinada relación jurídica, siendo después, al iniciarse el proceso arbitral, y por medio de las alegaciones que en él se cruzan las partes, cuando se va delimitando objetivamente la controversia.⁵³¹ Así lo advierte la propia Exposición de Motivos de la Ley (VI) indicando que *“la determinación del objeto de la controversia siempre dentro del ámbito del convenio arbitral, se produce de forma progresiva”*⁵³²

De manera constante, la jurisprudencia ha venido insistiendo en la flexibilidad con que ha de ser apreciada la correspondencia entre lo controvertido y lo que puede ser decidido por los árbitros. Así lo señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1982 [RJ 5573], al indicar que ***“las facultades de los árbitros vienen determinadas por el thema decidendi establecido por la voluntad de las partes, estando ciertamente aquéllos sometidos al principio de congruencia, sin que puedan traspasar los límites del compromiso resolviendo cuestión no sometida a su decisión; pero eso no implica que estén obligados a interpretarlo tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria de conflictos de forma extrajudicial, sino que la naturaleza y finalidad del arbitraje permita una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada; es decir, como declaró ya la sentencia de esta Sala de 24 de abril de 1953 [RJ 926], el árbitro puede resolver cuestiones que sean consecuencia lógica y obligada***

⁵³¹ En este sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A.: «*Algunos problemas que suscita la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988*», en *La Ley*, 1989-2, pg. 1.044, y DE LLANA VICENTE, M.: «*El recurso de anulación contra laudo arbitral*» cit., pg. 3.895.

⁵³² Aunque, para ser rigurosos, debemos señalar que tal cosa no ha de suceder necesariamente *“siempre dentro del ámbito del convenio”*, pues basta con que una parte suscite una cuestión fuera de ese ámbito, sin que la otra se oponga, para que ese incremento de la controversia pueda ser materia válidamente decidida en el laudo.

de las que se han planteado; conclusiones derivadas de la naturaleza jurídica del compromiso arbitral que se hallan corroboradas por la interpretación que ha de darse al acuerdo contractual delimitador de aquellas cuestiones controvertidas y pendientes objeto de arbitraje, en cuya operación ha de tenerse en cuenta el espíritu y finalidad que haya presidido el negocio infiriéndolos de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados, teniendo importancia muy relevante, como ya observó la sentencia de 14 de enero 1964 [RJ 153], la conexión que el acto o negocio guarde con otros que le hayan servido de antecedente.⁵³³

Ha de advertirse, finalmente, que a tenor del artículo 22.2 **“la excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito”, si bien se admite, como también sabemos, un planteamiento posterior “si la demora resulta justificada”.**

3.2.4.6.1. Régimen jurídico

3.2.4.6.1.1. Comparación laudo-controversia

Como señala DE LA OLIVA SANTOS⁵³⁴, según un esquema simplista no haría falta más que una comparación entre la parte dispositiva de la sentencia y la súplica de los diversos escritos en que las partes pueden de lucir pretensiones, para establecer si la sentencia es o no congruente. Trasladada esta idea al arbitraje, la operación consistiría en comparar el laudo con la controversia.

Entre otras sentencias⁵³⁵, destacamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1944 [2] (R.A. 942), que estipula que **“para llegar a los pronunciamientos emitidos en su laudo, los amigables componedores exponen previamente varios razonamientos referentes a la residencia en territorio catalán de doña Soledad R., a diversos actos que dicen realizados por la misma ya documentos y antecedentes tenidos en cuenta para resolver las cuestiones planteadas; pero cualesquiera que sean la exactitud y el acierto de las aludidas consideraciones previas, resulta indiscutible que éstas no constituyen la resolución; y como los pronunciamientos de la dictada por los amigables componedores aparecen en perfecta congruencia con las cuestiones propuestas por las partes en la escritura de compromiso, no es dable entender que el laudo resuelve**

⁵³³ En el mismo sentido, SSTS 9 octubre 1984 [RJ 4767], 17 septiembre 1985 [RJ 4273], 17 junio 1987 [RJ 4534], 28 noviembre 1988 [RJ 8716], 20 noviembre 1989 [RJ 7894], entre otras muchas. En doctrina, cfr. SABATER TOMÁS, A., y SABATER BAYLE, E.; «La nulidad parcial del laudo en la Ley de Arbitraje», en *Aranzadi Civil*. 2001 - II, pg. 2330; BARONA VILAR, S.: «El recurso de anulación del laudo arbitral», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1988-1989, pg. 125; DE LLANA VICENTE, M.: «El recurso de anulación contra laudo arbitral» cit., pg. 3895; CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el Derecho Español* cit., 116 y 130.

⁵³⁴ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, ANDRES: *Sobre la congruencia*.....Op. Cit...

⁵³⁵ Vid. SS. de 16 de octubre de 1956 (R.A. 4.113); 25 de abril de 1975 (R.A. 1.827); 1 de febrero de 1977 (R.A. 291); 25 de mayo de 1979 (R.A. 1.824); 28 de noviembre de 1980 (R.A. 4.390).

extremo alguno distinto de los sometidos a decisión ni, por tanto, el de la vecindad civil de la antes citada testadora.»

También la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1956 [1] (R.A. 117 de 1957), que indica que **“cuando se trata de impugnar el fallo por razón de abuso o exceso de los términos en que el contrato se perfeccionó, en cuanto al negocio sometido, al examen comparativo de lo que en éste fue convenido y lo resuelto, planteando en todo caso un problema de interpretación”**; y la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1987 [f.4] (R.A. 9.507), que señala que **“Así, pues, la extralimitación aquí denunciada debe acreditarse mediante un proceso comparativo entre los términos consignados en la escritura de compromiso, que constituye el elemento delimitativo de las facultades de los árbitros, y los pronunciamientos contenidos en el laudo por ellos emitido**; y la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1988 [f.2] (R.A. 8.716), que establece que **“Se alega como primer motivo de nulidad el “haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión”, con infracción de lo establecido en el extremo 2.1 de la escritura de compromiso, achacando al laudo interpretación errónea e incongruencia por exceso al entrar en la calificación jurídica y naturaleza de los documentos de 25 de mayo y 22 de noviembre de 1983, “cuya decisión no ha sido pedida por las partes” La simple comparación de la controversia (“2.1. Decidir si para la resolución del pleito ha de tenerse en cuenta el documento fechado el 25 de mayo de 1983 o el 22 de noviembre del mismo año o ambos”), con lo decidido (“Que para la resolución del pleito han de tenerse en cuenta los dos documentos de 25 de mayo de 1983 y 22 de noviembre del mismo año”) revela la inconsistencia del motivo, al resultar imposible mayor adecuación entre lo pedido y lo fallado”**⁵³⁶

Si, como hemos visto, para establecer la congruencia es precisa una comparación entre la controversia y el laudo, hemos de profundizar en cada uno de estos elementos para perfilar definitivamente el alcance de este motivo de anulación.

3.2.4.6.1.2. Controversia

3.2.4.6.1.2.1. Forma de determinación

Según la LAB., la controversia puede estipularse en el convenio arbitral o en acuerdos complementarios, o bien pueden ser los propios árbitros los que fijen la controversia. En cambio, no cabe que sea el Juez quien la determine en la

⁵³⁶ Durante la vigencia de la LAB. de 1953, si el arbitraje se había formalizado judicialmente, la comparación debía hacerse entre el fallo del laudo y el fallo del auto. S. de 25 de febrero de 1986 [f.4] (R.A. 856): «Es preciso, pues, acudir a los antecedentes que se tienen a la vista y principalmente al testimonio parcial del proceso especial de formalización judicial del compromiso, finalizado por el auto de veintisiete de enero de mil novecientos setenta y nueve para puntualizar la competencia deferida a los árbitros y verificar si caben dentro de la misma los pronunciamientos emitidos el nueve de agosto de mil novecientos ochenta y tres.» En el mismo sentido, SS. de 25 de enero de 1967 (R.A. 245); 30 de enero de 1975 (R.A. 268).

formalización judicial, pues su actuación queda circunscrita a la designación de los árbitros.

Si fueran los árbitros los que fijaran la controversia, en defecto de las partes, según ORTIZ NAVACERRADA⁵³⁷, «la Audiencia Provincial comprueba no sólo si el laudo es congruente con la delimitación de las partes o, en su caso, de los árbitros, sino también, según entiendo, si la fijación de cuestiones por los árbitros se atiene a las cuestiones de futuro convenidas por los compromitentes». Por ello tendrán un incalculable valor las alegaciones de los compromitentes a estos efectos.

En este sentido cobra especial interés lo que sostiene DE LA OLIVA SANTOS⁵³⁸ para la congruencia procesal, de suerte que, en ocasiones, bastará confrontar la súplica de los escritos con la sentencia para deducir la incongruencia, si bien el término de comparación son las pretensiones que no se limitan a esos extremos de los escritos de alegación.

Sobre el trámite de alegaciones (escritas u orales) para fijar la controversia traemos a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1969 [1] (R.A. 850), que señala que “**lo decisivo a los efectos de la congruencia del fallo no puede ser la indicada escritura que de manera genérica señala la vinculación de las partes y la competencia de fondo de los árbitros, sino los escritos donde se contienen las pretensiones que dichas partes contendientes presentan a la decisión arbitral, sustitutivos en cuanto que hacen sus veces en este procedimiento, de la demanda y su contestación**”⁵³⁹.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1970 [2] (R.A.4.804) señala que “**el recurso es totalmente infundado porque precisamente fue el recurrente quien, en el trámite de audiencia conferida por los árbitros, propuso, frente a las cuestiones relacionadas en el escrito que originó el procedimiento sobre formalización judicial del compromiso, la de que se declara la inexistencia o nulidad del contrato de Sociedad mencionado y la disolución y liquidación de la Sociedad, lo que resulta de manera indudable, del folio 17 vuelto de la escritura del laudo dictado, que fue presentada con el escrito de interposición del recurso documento que acredita, también, que estas cuestiones y aquéllas fueran examinadas y resueltas por los árbitros, por haber sido sometidas a su decisión: procede, pues, la desestimación del recurso.**”

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1942 [4] (R.A. 459) declaró que “**la voluntad de los contratantes se reconoce además en la súplica de los escritos que los contendientes dirigieron al amigable componedor**”.

⁵³⁷ Vid. ORTIZ NAVACERRADA, SANTIAGO: *La Ley 36/1998 de 5 de diciembre*, de arbitraje. Aspectos procesales. Actualidad Civil, N° 2, semana 9, 15 de enero de 1989

⁵³⁸ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, ANDRES: *Sobre la congruencia*.....Op. Cit...

⁵³⁹ Vid. S. de 4 de junio de 1980 (R.A. 2.398).

De todo lo anterior se puede extraer la conclusión de que la controversia, como punto de comparación para el examen de la congruencia del laudo, vendrá determinada en el convenio, en los acuerdos complementarios y, en su caso, en los actos de alegación de las partes. Es decir, en este punto lo que importa no es la súplica de los escritos, sino las pretensiones deducidas y es a lo que los árbitros deben atenerse para no incurrir en responsabilidad si de un error en la interpretación de la controversia se derivara una incongruencia *extra petita* en su laudo.

3.2.4.6.1.2.2. Interpretación

Para precisar más el alcance de la congruencia en el arbitraje hemos de referirnos a continuación a las principales reglas hermenéuticas que deben inspirar la labor decisoria de los árbitros, empezando con la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1943 [I] (R.A. 1.033), que estipula que ***“que toda interpretación, y por consiguiente, tanto la de las normas como la de los negocios jurídicos, al ir dirigida a indagar el significado efectivo y el alcance de una manifestación de voluntad, exige, fundamentalmente, captar el elemento espiritual, la voluntad o intención de los sujetos declarantes contenida en la Ley o en el acto jurídico, sin limitarse al sentido aparente e inmediato que resulte de las palabras; y esta doctrina, acogida sustancialmente por nuestro Código Civil, a propósito de la interpretación de los contratos, en los artículos 1.821 y siguientes, que dan relieve, junto al elemento puramente verbal, a los elementos lógico y sistemático, no puede menos de ser aplicable cuando de la comprobación del contenido de las escrituras de arbitraje se trata, siendo consecuencia de ello que el resultado de la interpretación, en las convenciones de esta clase, como en cualquier otro negocio jurídico, será, según los casos, restrictivo, extensivo o meramente declarativo, sin que pueda decirse, en términos generales, que la escritura de compromiso merezca siempre una interpretación restrictiva, ya que si bien es verdad que pesa sobre los compromisarios, según tiene declarado esta Sala, el deber inexcusable de no quebrantar la voluntad de las partes consignada en las cláusulas del compromiso (sentencia de 13 de diciembre de 1921) , las cuales constituyen la norma a que se someten las partes y trazan el círculo en que debe desenvolverse la actividad de los árbitros o amigables componedores (sentencia de 11 de mayo de 1934), no es menos cierto, conforme a la propia doctrina de este Supremo Tribunal, que el compromiso no comprende únicamente los objetos en él expresados determinadamente, sino también los que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en el mismo (sentencias de 21 de febrero y 28 de octubre de 1933) y que el sentido de las cláusulas del compromiso hay que fijarlo, no por la expresión aislada de una, sino por el conjunto de todas ellas y por los antecedentes que puedan explicar la finalidad que se propusieron los otorgantes (sentencia de 9 de abril de 1941) , de modo tal que, en definitiva, si bien los amigables componedores no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlo*”**

con demasiada restricción apartándose de la misión amistosa y cordial que se les encomienda (sentencia de 17 de abril de 1943)."

La jurisprudencia ha optado normalmente por una interpretación amplia de las cláusulas del contrato de compromiso, como vemos a modo de ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1967 [3] (R.A. 2.918), que dice que **"asimismo, en reiterada jurisprudencia de esta Sala. que si bien es cierto que los árbitros de equidad no pueden traspasar los límites del compromiso, también lo es que no están obligados a interpretar con restricciones las facultades que le son encomendadas, principio éste que debe tenerse presente para resolver las impugnaciones que al laudo se hacen, sin olvidar, cual se indica en la sentencia de 9 abril 1941 (R.A. 497) reproducida en las de 21 mayo 1951 (R.A. 1.619) .12 febrero 1957 (R.A. 703) y 13 mayo 1960 (R.A. 1.729) , que no es misión de los Tribunales complicar o crear dificultades al móvil de paz y equidad que persigue el arbitraje privado, desnaturalizándole de sus características esenciales de sencillez y confianza, para no burlar, como añade la sentencia de 21 enero 1961 (R.A. 113) , la finalidad que guió al legislador de facilitar la resolución de aquellas cuestiones que las partes, por su libre arbitrio o voluntad, quieran someter a tales normas de equidad, buscando soluciones de armonía y concordia, con una amplitud mayor de lo que a veces permitiría la rígida aplicación de las normas del Derecho estricto."**

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de abril de 1981 [2] (R.A. 1.780) dice que **"atendida la finalidad del arbitraje, las cláusulas de la correspondiente escritura han de ser interpretadas no con restricción, sino con toda la amplitud que el conjunto de lo pactado imponga racionalmente para lograr el propósito que llevó a las partes al contrato para eliminar la incertidumbre -88. de 23 mayo y 13 junio 1967 (R.A. 2.540 y 2.918) , 20 marzo 1970 (R.A. 1.586) , 14 junio 1971 (R.A. 3.241) y 25 mayo 1979 (R.A. 1.894-)⁵⁴⁰"**

En efecto, en numerosas sentencias del Tribunal Supremo se ha permitido realizar a los árbitros una interpretación no literal⁵⁴¹, sino teleológica⁵⁴², buscando el espíritu o voluntad interna de los compromitentes, como se compruebe en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo' de 1962 [1] (R.A. 2.360), que

⁵⁴⁰ En el mismo sentido, S.S. de 30 de enero de 1957 (R.A. 376); 28 de octubre de 1963 (R.A. 4.226); 22 de octubre de 1973 (R.A. 3.803); 17 de septiembre de 1985 (R.A. 4.273); 14 de julio de 1986 (R.A. 4.507); 16 de marzo de 1987 (R.A. 1.486); 30 de mayo de 1987 (R.A. 3.853); 12 de junio de 1987 (R.A. 4.292); 17 de junio de 1987 (R.A. 4.534); 15 de diciembre de 1987 (R.A. 9.507); 17 de marzo de 1988 (R.A. 2.212) ; 28 de noviembre de 1988 (R.A. 8.716) ; 17 de julio de 1989 (R.A. 5.710).

⁵⁴¹ Vid. S. de 17 de marzo de 1988 (R.A. 2.212).

⁵⁴² Sentencia de 19 de enero de 1961 [único] (R.A. 280) Que fundados los dos motivos del recurso en la resolución por el árbitro de equidad de puntos no sometidos a su decisión, revela su improcedencia la interpretación gramatical, lógica sistemática y teológica de la escritura de compromiso en que se plasma la voluntad de las partes, donde con toda claridad se expresa como objeto del arbitraje.» En el mismo sentido, SS. de 9 de octubre de 1943 (R.A. 1.033); 5 de febrero de 1972 (R.A. 470); 11 de octubre de 1973 (R.A. 3.494).

dice que “*reduciéndose el recurso a examinar si hubo o no exceso jurisdiccional, traspasando los límites objetivos del compromiso, no ateniéndose para ello a la literalidad de las cláusulas compromisorias, sino procurando inducir la voluntad de las partes que es la fuente generadora de la jurisdicción arbitral por el conjunto de todas ellas*”; y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1989 [f. 1] (R.A. 5.710), que señala que “*el examen de si hubo o no exceso jurisdiccional en laudos de esta naturaleza, traspasando el árbitro los límites objetivos del compromiso, ha de examinarse y valorarse "no ateniéndose para ello a la literalidad de las cláusulas compromisorias, sino procurando inducir la voluntad de las partes"*

En conclusión, para juzgar la congruencia es preciso examinar si los árbitros se han atendido al sentido de las cláusulas del convenio, pero no aisladamente consideradas, sino por el conjunto de todas ellas. Así lo ha declarado la Jurisprudencia, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1970 (1) (R.A. 1.586), que señala que “*para juzgar de la congruencia del laudo dictado por amigables componedores, deben tenerse en cuenta las cláusulas compromisorias no aisladamente, sino por el conjunto de todas ellas en relación con los antecedentes que explican la finalidad que se persiguió con el convenio, y si bien tales amigables componedores no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlo con demasiada restricción, apartándose de la misión amistosa y cordial confiada, porque el fin del Tribunal Supremo al resolver esta clase de recursos, es dejar sin efecto lo que constituye exceso en el laudo, pero no corregir sus deficiencias u omisiones.*”

También la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1987 (f.1] (R.A. 1.486), que afirma que “*sin que ello quiera decir, como con reiteración tiene declarado esta Sala, que los árbitros deban interpretar restrictivamente el contenido de las cláusulas arbitrajes, las que deben apreciarse no aisladamente, sino teniendo en cuenta el conjunto de todas ellas, con sus antecedentes, para explicar la finalidad que llevó a las partes al convenio, pues, si bien, los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están constreñidos por una exégesis literalista y restrictiva, apartándose de la misión amistosa que se les confió, resolviendo no sólo las cuestiones consignadas en el compromiso, sino, también, las que deban reputarse comprendidas en el mismo por una inducción necesaria de sus palabras, o que sean consecuencia lógica u obligada de las que se han planteado* -sentencias de 4 y 16 de mayo de 1962 (R.A. 2.129 y 2.361) , 23 de mayo de 1967 (R.A. 2.540) , 9 de octubre de 1984 (R.A. 4.767) , 13 de junio de 1985 (R.A. 3.110)-, *aun cuando ello, como queda dicho, sin ampliar o completar el contrato de compromiso*⁵⁴³” .

⁵⁴³ En el mismo sentido, SS. de 17 de abril de 1943 (R.A. 417); 30 de enero de 1957 (R.A. 376); 19 de junio de 1961 (R.A. 2.734); 23 de marzo de 1968 (R.A. 1841); 5 de mayo de 1971 (R.A. 2.503); 14 de junio de 1971 (R.A. 3.241); 9 de octubre de 1984 (R.A. 4.767); 28 de noviembre de 1988 (R.A. 8.716); 20 de noviembre de 1989 (R.A. 7.894).

Cerramos este análisis de las facultades interpretadoras de los árbitros con la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1967 (1] (R.A. 2.540), que explica que *“si bien es cierto que los árbitros de equidad no pueden traspasar los límites del compromiso, también lo es que **no están obligados a interpretar con restricciones las facultades que le están encomendadas** -y que «no es misión de los Tribunales complicar o crear dificultades al móvil de paz y equidad que preside el arbitraje privado, desnaturalizando sus características esenciales de sencillez y confianza; doctrina seguida y corroborada entre otras, por las sentencias de 4 y 16 mayo 1962 (R.A. 2.129 y 2.361), expresándose en el fundamento último de la primera de estas sentencias **que el sentido de las cláusulas compromisarias deben apreciarse no aisladamente, sino por el conjunto de todas ellas con los antecedentes, para explicar la finalidad que les llevó al convenio**, “pues si bien los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, **tampoco están obligados a interpretarlo con demasiada restricción, apartándose de la misión amistosa y cordial que se les confió**”, criterio asimismo mantenido en la mencionada s. de 16 mayo del mismo año, en la que se sostiene, además que la naturaleza y finalidad del arbitraje de equidad permite una mayor elasticidad en la interpretación de sus términos; y **en cuanto a si hubo o no exceso jurisdiccional no hay que atenerse para ello a la literalidad de las cláusulas compromisarias “sino procurando inducir la voluntad de las partes, que es la fuente generadora de la jurisdicción arbitral, por el conjunto de todas ellas, pues si bien los árbitros de equidad no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco ha de exigírseles interpretarlo con demasiada restricción, que iría en contra de la finalidad que guió al legislador al admitir los juicios de esta naturaleza**”⁵⁴⁴”*

3.2.4.6.1.3. Laudo

Como ha puesto de manifiesto GUASP⁵⁴⁵, conforme a considerable jurisprudencia que cita, «de las diversas partes de que la sentencia se compone no hay que tener en cuenta sino el fallo, esto es, la parte dispositiva, lo que quiere decir que una sentencia no es incongruente si su fallo se conforma a las pretensiones de las partes aunque no lo haga su fundamentación”.

Si extrapolamos la anterior doctrina al tema que es objeto de nuestro estudio, resulta que, efectivamente, la jurisprudencia ha señalado que lo que ha de compararse es *el fallo o parte dispositiva del laudo* con la controversia, como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1973 [3] (R.A. 3.803), que dice que *“en relación con el segundo de los puntos enunciados o sea el relativo a no haber resuelto cuestiones sometidas a su decisión, se articula el motivo cuarto, donde se alega que en él también ap. 4.0 de los resultados del laudo “se manifiesta la imprecisión a que llega el Arbitro en la determinación de la participación social de los señores R. y concretamente de los*

⁵⁴⁴ Vid., igualmente, S. de 17 de junio de 1987 (R.A. 4.534).

⁵⁴⁵ Vid. GUASP, JAIME: *Comentarios.....Op. cit.*

demás, por necesidad porcentual" , igualmente desestimable no sólo porque aparece formulado contra uno de los resultandos de la resolución y no contra el fallo propiamente dicho, único contra el que cabe esta clase de recursos extraordinarios, según la constante doctrina jurisprudencial interpretativa de los artículos 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1980 [4] (R.A. 2.398) dice que *"ya que según ha declarado esta Sala -SS. de 26 mayo 1922 y 6 abril 1942 (R.A. 459) son desestimables los temas que no fueron objeto de pronunciamiento individualizado en la parte dispositiva del laudo, sino que aluden a antecedentes o razonamientos en los considerandos; puesto que la casación o nulidad sólo se da contra el fallo, y éste es anulable en el caso de que haya resuelto puntos no sometidos a la decisión del árbitro de equidad."* En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1987 [f.2] (R.A. 1.486), al señalar que *"es objeto del recurso es la adecuación o inadecuación de la resolución arbitral con los puntos sometidos a su decisión, es decir, la congruencia entre el tema controvertido y el fallo decisorio, sin tomar en consideración para ello, los razonamientos que les hayan llevado a tal conclusión"*⁵⁴⁶

En materia de arbitraje, lo más que ha llegado a decir el Tribunal Supremo es que los considerandos del laudo tienen un valor interpretativo, como vemos en Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1940 [4] (R.A. 274), que explica que *"el sentido de las palabras del fallo se aclara por las manifestaciones hechas en los Considerandos, las cuales, si bien no tienen valor como elemento decisorio de la cuestión, lo tienen como elemento interpretativo del fallo"*⁵⁴⁷

3.2.4.6.1.4. Efectos

Tras la anterior exposición detallada de cómo debe interpretarse la incongruencia dentro del entorno de la NLAB, tomando como base las construcciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo en relación a la Ley de Arbitraje de 1953 y el acervo de la LAB, ha llegado el momento de plasmar, mediante jurisprudencia recaída sobre la NLAB, emanada de los Tribunales Superiores de Justicia, cual ha sido la corriente interpretativa real que ha llegado a nuestros días y que es la que en definitiva debemos tomar en consideración de cara a la actividad arbitral futura.

Para ello, comenzaremos con la Sentencia nº. 1/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, de 29 de abril de 2014, que clarifica que no solamente es causa de nulidad la incongruencia extra petita sino también

⁵⁴⁶ En el mismo sentido, SS. de 29 de abril de 1952 (R.A. 834); 10 de febrero de 1961 (R.A. 329); 12 de diciembre de 1964 (R.A. 5.872); 30 de enero de 1975 (R.A. 268); 27 de abril de 1981 (R.A. 1.780); 20 de febrero de 1982 (R.A. 785); 15 de junio de 1983 (R.A. 3.526); 12 de junio de 1987 (R.A. 4.292).

⁵⁴⁷ En la s. de 3 de febrero de 1988 [f.3] (R.A. 587) se declaró, incluso, la importancia de los Resultandos: *«No cabe abrigar duda acerca de que la voluntad de los comprometidos fue encargar al árbitro la decisión de la compleja cuestión que le fue sometida y que ha de verse desde los antecedentes que el laudo conlleva en los dieciocho primeros "resultandos".»*

la incongruencia ultra petita, consistente en que las partes concedan más de lo solicitado. La citada sentencia presenta el siguiente tenor literal,

*“Entrando en el concreto examen de los motivos de anulación esgrimidos por el accionante, el primero de ellos se ampara en la letra c del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje, basado en **que el árbitro ha resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión, y particularmente en el hecho de haber concedido el laudo más de lo pedido por la parte actora, esto es, lo que vendría a significar un vicio de incongruencia.***

No cabe duda que la incongruencia como motivo de nulidad del laudo puede ser invocada, pues rigen en el procedimiento arbitral los mismos principios que en los procedimientos comunes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en orden a la salvaguarda de los principios de contradicción procesal y defensa. Es reiterada la doctrina jurisprudencial en torno a la congruencia, de la que se extrae, en esencia, que el deber de congruencia consiste en la necesaria exigencia de conformidad entre el contenido de la sentencia (aquí, un laudo arbitral) y las pretensiones deducidas en los suplicos de los escritos fundamentales rectores del proceso, siempre respetando los hechos alegados y la causa de pedir, resolviendo todos los puntos litigiosos. La congruencia existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, aunque no se requiere desde luego una correlación literal y rígida, sino racional, sustancial y flexible (SSTS 8-2-2000 , 16-5-2002 , 7-5- 2003 , 5-6-2003 , 7-12-2006 , 11-2-2010 , 14-4-2011). El vicio de incongruencia puede darse bien por no responderse a cuestiones planteadas (incongruencia omisiva) siempre que el silencio judicial no pueda interpretarse como desestimación tácita, por la resolución de cuestiones no suscitadas (incongruencia extra petita), siempre que se diere una alteración de los términos del debate causante de indefensión a las partes con relevancia constitucional, y también si se concede más de lo pedido (incongruencia ultra petita). En lo que aquí atañe, aun teniendo en cuenta la flexibilidad que preside el proceso arbitral, se impone en todo caso la necesidad de que se determine objetivamente la controversia conforme a las alegaciones de las partes, individualizándose la pretensión por una serie de elementos subjetivos y objetivos, que en términos comparativos permitirán determinar si la decisión adoptada por el árbitro se ajusta o no, de manera congruente, con la demanda y demás pretensiones deducidas en el procedimiento deduciendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate.”

La Sentencia nº. 56/2013 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 7 de Octubre de 2013, establece que:

“Incongruencia del laudo.

1.- El segundo motivo de nulidad, en este supuesto, parcial del laudo, viene determinado por la denuncia de una incongruencia extra-petita.

*Al respecto hemos declarado en las SSTC Cataluña 46/2011, de 24 de octubre, 15/2013, de 25 de febrero y 33/2013, de 29 de abril, que **la necesaria***

congruencia como motivo de nulidad de laudo arbitral, establecido en el art. 41. 1 c) LAB, ha de ser examinada, por un lado, teniendo presente el convenio arbitral, y se refiere, por otro, a las alegaciones realizadas por las partes en el proceso arbitral, debiéndose examinar conforme a la obligada flexibilidad que preside el señalado proceso arbitral; no produciéndose si existe el debido ajuste entre lo solicitado y lo decidido. Ello sin perjuicio de que el desajuste -de existir- pueda también suponer una infracción de los principios de defensa, audiencia y contradicción desde el punto de vista del orden público procesal.

La incongruencia, en la modalidad extra petita (fuera de lo pedido), se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones o excepciones no formuladas por las partes alterando con ello la causa de pedir, entendida como conjunto de hechos decisivos y concretos, en suma relevantes, que fundamenta la pretensión y es susceptible, por tanto, de recibir por parte del órgano jurisdiccional competente la tutela jurídica solicitada, fuera de lo que permite el principio *iura novit curia*, el cual autoriza al Tribunal para establecer el Derecho aplicable a la solución del caso aunque la parte no lo haya alegado, pero no para alterar los hechos fundamentales en que las partes basan sus pretensiones.

Asimismo, no hemos de olvidar, que nos hallamos ante un arbitraje de equidad, al que las partes voluntariamente se sometieron y en el que, como sostiene el TS en STS S. 1ª 22- Junio 2009 : "...Tratándose de un arbitraje de equidad adquieren una importancia secundaria los elementos de incongruencia o incoherencia interna de la decisión arbitral, dado que, como antes se ha indicado, las reglas de carácter formal o institucional, tendentes a garantizar la seguridad jurídica y la posición formal de las partes, presentan una importancia secundaria en el arbitraje de equidad, en el que razones de justicia material pueden llevar al árbitro a prescindir de ellas..".

Por otra parte, resaltar que, en todo caso, resulta improcedente examinar, al amparo de dicha incongruencia extra-petita, la valoración de la prueba, sobre aquellos extremos en los que se basa la demanda, o un nuevo examen sobre el fondo de la cuestión sometida a enjuiciamiento por los árbitros, ya que solamente procede emitir un juicio externo acerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento de los árbitros a los límites de lo convenido, anulando lo que constituya exceso en el laudo, pero sin entrar en el fondo de la controversia"

La Sentencia nº. 33/2014 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 3 de Junio de 2014, destaca por afirmar el valor del recurso de aclaración o rectificación como un medio para solicitar a los árbitros que eliminen del laudo la parte incongruente del mismo, como vemos a continuación:

"Aplicación al caso concreto. Se alegan, como hemos expuesto, seis causas de nulidad del Laudo Arbitral, en primer lugar, debemos comenzar por las dos primeras, que analizaremos conjuntamente pues se encuentran en íntima

conexión, y que en concreto son que el árbitro ha resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión, ya que el mismo ha declarado resuelto el contrato desde la fecha del Laudo, lo que no fue sometido a su decisión, y que el Laudo es contrario al orden público, en cuanto a que el mismo incurre en incongruencia "extra petita" al conceder, sin más, la resolución del contrato, lo que no se había solicitado por la demandante, solo en el supuesto de que se declararan acreditados los incumplimientos de la arrendadora, sin que las peticiones de esta última puedan ser tenidas en cuenta, pues por el árbitro se rechazó la admisión de la reconvencción.

El artículo 39 de la Ley de Arbitraje dispone que "1. Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros: a) La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar. b) La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo. c) El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él. d) La rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje."

Lo anterior debe ser puesto en relación con el artículo 6 de la misma ley que establece que " Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley."

Como consecuencia de lo anterior **la parte demandante debería haber solicitado la rectificación del Laudo, en cuanto a la extralimitación alegada, sin que la misma lo haya hecho, renunciando tácitamente con ello a las facultades de impugnación.**

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta, a propósito de la amplitud o flexibilidad del veredicto arbitral, que **la jurisprudencia ha venido insistiendo en la flexibilidad con que ha de ser apreciada la correspondencia entre lo controvertido y lo que puede ser decidido por los árbitros**; así, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1982 ya señaló que las facultades de los árbitros vienen determinadas por el *thema decidendi* establecido por la voluntad de las partes, estando ciertamente aquéllos sometidos al principio de congruencia, sin que puedan traspasar los límites del compromiso resolviendo cuestión no sometida a su decisión; pero eso no implica que estén obligados a interpretarlo tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria de conflictos de forma extrajudicial, sino que la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquella facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada ; en el mismo sentido, las SSTS de 9 de octubre de 1984 , 17 de septiembre de 1985 , 17 de junio de 1987 , 28 de noviembre de 1988 y 20 de noviembre de 1989.

Es decir, el árbitro puede resolver cuestiones que sean consecuencia lógica y obligada de las que se han planteado, conclusiones derivadas de la naturaleza jurídica del compromiso arbitral que se hallan corroboradas por la interpretación que ha de darse al acuerdo contractual delimitador de aquellas cuestiones controvertidas y pendientes objeto de arbitraje; en cuya operación ha de tenerse en cuenta el espíritu y finalidad que haya presidido el negocio infiriéndolos de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados, teniendo importancia muy relevante, como ya observó la sentencia de 14 de enero de 1964, la conexión que el acto o negocio guarde con otros que le hayan servido de antecedente. La nota de flexibilidad permite una interpretación amplia y extensiva tanto del ámbito del convenio arbitral como de la delimitación del objeto de la controversia en el seno del procedimiento arbitral, que se extiende a cuantas cuestiones instrumentales o derivadas pudieran surgir en relación a la controversia principal.

La congruencia no tiene otra exigencia que la derivada de la conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso y existe congruencia ahí donde la relación entre estos dos últimos términos, fallo y pretensiones deducidas no estén sustancialmente alteradas (SSTS de 29 de febrero de 1996 y 20 de octubre de 1997). La congruencia exigible al laudo se predica de las concretas pretensiones contenidas en los escritos de las partes, y no de las meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las mismas en defensa o apoyo de aquellas. La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo viene declarando reiteradamente que la congruencia de las sentencias no exige una correspondencia absolutamente rígida entre lo pedido y lo acordado sino que también se cumple cuando el fallo, pese a no concordar literalmente con lo pedido, se adecue racionalmente a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamenten, hasta el punto de ser admisibles pronunciamientos complementarios del juzgador no pedidos por las partes pero sí encaminados a facilitar la ejecución del fallo o a evitar nuevos pleitos (SSTS 21-11-89 , 13-10-90 , 28-1-91 , 4-7-94 , 25-5-95 , 18-10- 96 , 21-1-05 , 21-2-07 , 5-3-07 y 19-9-07 entre otras muchas).

En este sentido ha de recordarse que la Jurisprudencia afirma que el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Tal doctrina ha de aplicarse, con mayor razón, a los laudos pues, como recuerda la sentencia de la citada Audiencia Provincial de Madrid de 10 de octubre de 2007 " Se

mantiene por la doctrina que no pueden aplicarse sobre el procedimiento arbitral los mismos principios que rigen para la jurisdicción ordinaria, en especial tras la entrada en vigor de la actual Ley de Arbitraje, cuya exposición de motivos y articulado revela el propósito del legislador de someter tal procedimiento a unos principios y normativa diferente de la contenida en la Ley de Enjuiciamiento civil, considerando que el principio de flexibilidad que inspira el procedimiento arbitral debe también presidir el examen de la congruencia del laudo, pudiéndose citar en apoyo de la misma la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1982 . "

Lo expuesto no significa que se puedan resolver cuestiones distintas, ajenas a lo que fue debatido y sometido a arbitraje, porque si fuera así no estaría previsto como motivo de anulación la causa referida en el apartado c) punto primero del artículo 41 de la Ley de Arbitraje; ahora bien, para examinar, si el motivo ha de prosperar o no, es preciso además no olvidar que la intervención ha de ser mínima por parte del tribunal, y, que la congruencia de lo resuelto ha de examinarse de forma no rígida sino flexible, atendiendo a lo que fue pretendido por las partes a través de sus alegaciones, y todo ello sin olvidar que la demanda de anulación no es una instancia de apelación a través de la que subsanar errores u omisiones en que pudiera incurrir el laudo para completarlo, ni tampoco una instancia tendente a que se examine la corrección o no de lo resuelto.

...../.....

A lo anterior, debemos añadir, que si el Árbitro puede pronunciarse sobre la resolución del contrato, tal y como hemos analizado, también puede establecer el momento a partir del cual se produce la misma, pues se trata de una cuestión a resolver íntimamente vinculada con el pronunciamiento resolutorio, sin cuya fijación quedaría la controversia insuficientemente fallada, por lo que en base a la tan aludida flexibilidad del Laudo, son admisibles por la Jurisprudencia, tal y como hemos expuesto, pronunciamientos complementarios, como el que hace el árbitro que declara la resolución del contrato "a partir de la fecha de esta Laudo", para facilitar la ejecución del mismo, y evitar nuevos pleitos, siendo ese el criterio de árbitro, acertado o no, discrepante con el mantenido por la demandante - desde la fecha de interposición del arbitraje, "según la lógica jurídica"- una cuestión de fondo en la que no podemos entrar, momento coincidente con la declaración de resolución del contrato."

La Sentencia nº. 6/2013 del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, de 13 de Mayo de 2013, dice:

"Pues bien, conforme la doctrina recogida en precedente Fundamento, esta Sala no va a analizar si es correcta o no la interpretación que el árbitro realiza sobre el contenido de la cláusula 4.4. del contrato de compraventa,, sino tan sólo se va a analizar si el árbitro al pronunciarse sobre el contenido de la cláusula 4.4. se ha extralimitado porque es una cuestión que las partes no le han sometido a su decisión.

Pese a la apariencia de complejidad que trata de introducir la parte demandante, la cuestión es sencilla y desde ahora debemos anunciar que a la parte accionante de nulidad no le asiste la razón.

*En efecto, con independencia de que **es el propio demandante quien en fase arbitral al formular la reconvencción introduce en el debate la cuestión cuya decisión por el árbitro ahora impugna**, relativa al contenido de la cláusula 4.4. del contrato de compraventa de participaciones sociales y sobre la que gira la abundante prueba allí practicada, **y que, obviamente, el árbitro hubo de decidir dicha cuestión**, con independencia de ello, decíamos, resulta que **para que el árbitro pudiera decidir en equidad sobre la pretensión ejercitada por la vendedora**, a saber, que se le abonara la cantidad adeudada por el comprador al 31 de enero de 2012 al no tener éste derecho de retención de dicha cantidad (cláusula 4.5.), **el árbitro, inexcusablemente, debía de pronunciarse sobre el cumplimiento o no por el comprador reconviniente del contenido de la repetida cláusula 4.4.**, determinando si el procedimiento de reclamación regulado en la referida cláusula se había instado y activado conforme al contenido de la misma del contrato de compraventa, por cuanto sólo si el comprador había actuado conforme al procedimiento de reclamación pactado por las partes en la cláusula 4.4. del contrato de compraventa de participaciones, y por tanto, habiendo cumplido el comprador con sus obligaciones, estaba legitimado para retener la cantidad adeudada a la vendedora conforme al contenido de la cláusula 4.5. pactada en el mismo.*

Y ello, lo expresa con mucha claridad el propio arbitro en su resolución de fecha 14 de diciembre de 2012 dando contestación a la pretensión que por vía de aclaración instaba el demandado y que hoy introduce por vía de impugnación judicial del laudo arbitral, ...

.....

*Es decir, que **lo que el accionante entiende que supone una extralimitación de la función del árbitro porque resuelve una cuestión no sometida a su decisión, no es sino una discrepancia con la cuestión de fondo que fue sometida a la decisión del árbitro, respecto de la que esta Sala no puede entrar, procediendo, como anunciábamos, desestimar esta primera causa de nulidad.***

La Sentencia nº. 50/2012 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 2 de Julio de 2012, por su parte, se centra en la incongruencia omisiva, señalando que sólo alcanza relevancia constitucional cuando parte de la litis queda imprejuzgada, y ello no puede apreciarse en el arbitraje, sin entrar a analizar las razones de fondo del árbitro, que no son revisables en esta instancia, por lo que confirma que la incongruencia omisiva o *ex silentio* no tiene cabida en la NLAB. Veamos la citada sentencia:

“También se alega incongruencia omisiva y vulneración del principio de igualdad, en relación a las anteriores demandas por remisión...

...../.....

De lo anterior, no podemos afirmar, que el árbitro no ha resuelto sobre las cuestiones planteadas por la demandada en el procedimiento arbitral, sino que entiende el árbitro que ha considerado en su conjunto la obra y la prueba, sin que estime necesario justificar cada aspecto o detalle de las partidas, relaciones o documentos, y que ha resuelto en equidad y según leal saber y entender, argumento que se puede compartir o no, pero sin duda no implica una incongruencia omisiva, como causa de nulidad del arbitraje del artículo 41 de la LAB, pues conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la incongruencia omisiva o ex silentio es un quebrantamiento de forma que sólo alcanza relevancia constitucional y determina la vulneración del art. 24.1 CE cuando, al dejar imprejuizada, y ello no puede apreciarse en el presente caso, sin entrar a analizar las razones de fondo del árbitro, que no son revisables en esta instancia.

Además, de lo argumentado por la demandante, en relación con el escrito de solicitud de aclaración o complemento que solicita, se desprende su discrepancia con lo razonado por el Árbitro en el Laudo impugnado, pero tal y como de forma reiterada ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 308/2006, de 23 de octubre, el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 24.1 CE, comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso, y además los derechos y garantías previstos en el artículo 24 CE no garantizan la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto (entre otras muchas, SSTC 151/2001, de 2 de julio, FJ 5; y 162/2001, de 5 de julio, FJ 4), y tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso (por todas, SSTC 107/1994, de 11 de abril, FJ 2; y 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4); argumentaciones que son extrapolables a lo argumentado por los árbitros en los Laudos Arbitrales, sobre todo en los de equidad, en los que la razón de los mismos es el leal saber y entender del árbitro, sin argumentaciones jurídicas, ya que el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declara la STC 43/88, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros, el arbitraje se considera "un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)".

En consecuencia, estimamos, que no se ha vulnerado ninguno de los principios esenciales, de orden público, del procedimiento arbitral pues, en general, el laudo es congruente con lo rogado, se ha respetado el principio de contradicción y de igualdad de las partes y se ha dictado sin indefensión de éstas, por lo que debe ser desestimada la demanda.

La Sentencia nº. 2/2013 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, de 7 de Marzo de 2013, señala que "partiendo de la base de que, como se dice en el apartado VI del Preámbulo de la Ley de Arbitraje, el objeto de la controversia viene delimitado a través de la demanda y de la contestación a

que se refiere el artículo 29 del que claramente se desprende que **la delimitación de las cuestiones sometidas a la decisión de los árbitros es tarea que incumbe a las partes, y que cumplen al formular sus alegaciones iniciales, o bien con posterioridad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29.2 .**

Por tanto, para que se pueda apreciar incongruencia extrapetita, como pretende el demandante, el laudo debería haber concedido algo no pedido o haberse pronunciado sobre una pretensión no deducida por los litigantes, infringiéndose así el principio dispositivo que rige en este procedimiento en virtud del cual el árbitro, al igual que el órgano judicial, no puede pronunciarse o decidir sobre las pretensiones que no hayan sido planteadas por las partes, lo que aquí no ha ocurrido ya que el laudo ha determinando el ámbito de la cuestión litigiosa de forma expresa en sus apartados III, IV y V en congruencia con los planteamientos efectuados en la demanda y en la contestación a la misma, y no solamente teniendo en cuenta esta última como pretende la ahora demandante.”

La Sentencia nº. 50/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de Julio de 2014, analiza de forma sistemática la incongruencia e introduce la teoría de la sustanciación como un elemento más de la flexibilidad en su interpretación:

“.....se plantea, al amparo del art. 41.1 c) LAB, en puridad técnica, la incongruencia extra-petita, pues, se afirma, que la declaración de legalidad o ilegalidad de los avales no encuentra amparo en la indemnización de daños y perjuicios solicitados, tras el incumplimiento contractual por los inversores (Kota y el Sr. Rómulo)

Hemos declarado, en las SSTSJ Cataluña 46/2011, de 24 de octubre, 15/2013, de 25 de febrero, 33/2013, de 29 de abril y 56/2013, de 7 de octubre, entre otras, que la congruencia, como motivo de nulidad de laudo arbitral, regulado en el art. 41. 1 c) LAB, ha de ser examinada teniendo presente el convenio arbitral y las alegaciones realizadas por las partes en el proceso arbitral, debiéndose resolver conforme a la obligada flexibilidad que preside el señalado proceso arbitral; rechazándose si existe el debido ajuste entre lo solicitado y lo decidido. Ello sin perjuicio de que el desajuste -de producirse- pueda también suponer una infracción de los principios de defensa, audiencia y contradicción desde el punto de vista del orden público procesal, como postulan los demandados y que será objeto de posteriores puntualizaciones en el FJ. 7º de la presente resolución.

...../.....

En SSTSJ Cataluña 46/2012, de 24 de octubre y 33/2013, de 29 de abril, **dentro de la debida y adecuada elasticidad que debe presidir el examen de la congruencia del laudo, declaramos en ésta última que:**

“Ahora bien, centrando el análisis en la incongruencia por exceso extra petita, para que el desajuste entre el fallo y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones tenga transcendencia es preciso que suponga "una modificación sustancial del objeto procesal", con la consiguiente

indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, impidiéndole ejercitar oportunamente su derecho de defensa (STC 3/2011 de 14 feb. . FD3). Esa modificación sustancial no se produce cuando, en virtud del principio iura novit curia, tanto el Árbitro como el Juez se limitan a aplicar normas distintas de las invocadas por las partes, sin alterar el componente fáctico esencial de la acción ejercitada ni la causa petendi (Cfr. SSTS 1ª de 1 oct. 2010 y 7 nov. 2011, así como la STSJ Galicia 15/2012 de 23 abr. . y la STSJ Canarias 5/2012 de 15 nov.)....

Más aun -como recordamos en nuestro ATSCJ 97/2012, de 30 de mayo, dictado en un supuesto de exequátur, con cita de diversa jurisprudencia del TS (SSTS 1ª 1033/2004 de 3 nov. FD2 592/2010 de 8 oct. FD3, 750/2010 de 15 nov. FD2 y 717/2010 de 11 nov. FD9) y de esta Sala Civil y Penal (STSJ Cataluña 3/2010 de 14 ene. FD2) **relativa a la llamada "teoría de sustanciación"-, no se produce alteración de la causa de pedir cuando la modificación no incide en la sustancia fáctica de la pretensión -"el conjunto de acontecimientos de la vida en que la pretensión se apoya"-, sino solo "cuando el fundamento determinante de la decisión judicial toma en cuenta hechos distintos de los que conforman el objeto del proceso", entre los cuales no se encuentran todos los de la narración histórica, ni siquiera siempre todos los constitutivos, sino sólo aquellos con relevancia jurídica para individualizar e identificar la pretensión procesal (STS 1ª 412/2007 de 29 mar . FD3). .".**

En el caso examinado, la incongruencia no se ha producido, puesto que frustrado el fin negocial -y en ello se encuentran concordes ambas partes-, elevado a causa, que era la toma de participación de Kota en Bankpyme, lo procedente era la restitución de prestaciones - art. 1303 CIV en relación con el art. 1124.1CCIV-. Al respecto, la jurisprudencia ha declarado - SSTS. 13 diciembre 2005 y 24 de septiembre 2008, entre otras-, que el régimen establecido en el art. 1303 CCIV y que configura una suerte de *condictio indebiti*, nace de la Ley y ni siquiera precisa de petición de parte. **Nótese, en cualquier caso, que cuando se otorga algo incluso no pedido, pero que es impuesto por la Ley, no se produce incongruencia alguna.** Por tanto, la devolución de los fondos percibidos por la ejecución de los avales (y su declaración de ilegalidad o no, en dicha ejecución) se encontraba dentro de los términos planteados por la controversia entre las partes y la modificación operada (no como indemnización, sino por restitución de las prestaciones, para Kota y el Sr. Rómulo) era posible conforme a los hechos enjuiciados, sin alterar, en forma sustancial, la causa de pedir, como consecuencia del incumplimiento del contrato.”

La Sentencia nº. 33/2015 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 21 de Julio de 2015, analiza la incongruencia omisiva y señala que “Por lo demás, es un hecho constado por la Sala que no se ha suscitado en el procedimiento arbitral la limitada capacidad jurídica - capacidad para ser parte, en términos procesales- de Broseta por hallarse en situación legal de liquidación... Con todo, este hecho no es el único decisivo - ni tal sería si el pronunciamiento omitido fuera exigible de oficio-, para desestimar la petición de incongruencia omisiva: lo más relevante es que la incongruencia omisiva puede

y debe ser descartada -según jurisprudencia constitucional reiteradísima- por la evidente desestimación tácita de la omisión que ahora se denuncia. **Cumple recordar cómo el TC ha declarado que " con arreglo a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la incongruencia omisiva se produce cuando "una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste" (SSTC 155/2012, de 16 de julio, FJ 2, y 269/2006, de 11 de septiembre, FJ 4; por todas) "** [STC 39/2015, de 2 de marzo, FJ 4].

Pues bien, en el caso, no hay falta de respuesta, con vulneración de la prohibición de non liquet: **el Tribunal arbitral, por las razones transcritas, ha rechazado que Broseta se encontrase incurso en causa de disolución y la nulidad de los actos posteriores al 16 de diciembre de 2008, por lo que, en consecuencia, no ha admitido tácita, pero claramente, la limitación de capacidad que pretenden las actoras;** “

Completamos nuestra exposición con la Sentencia nº. 5/2015 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, de 13 de Febrero de 2015, que por su interés didáctico reproducimos íntegramente en sus fundamentos de derecho y cuya lectura recomendamos encarecidamente a aquellos “supuestos juristas” que preparan acciones de impugnación de laudos arbitrales del paupérrimo nivel de la que fue desestimada por la citada sentencia:

“El primer motivo de la pretensión anulatoria interpuesta por el Sr. Arcadio achaca al laudo dictado por el Colegio Arbitral constituido en sede de la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad Valenciana los defectos siguientes: primero, que resuelve sobre cuestiones no sometidas a su decisión y, después, que es contrario al orden público por cuanto se ha vulnerado el principio de seguridad jurídica al omitir pronunciarse sobre las peticiones origen del arbitraje, "los evidentes daños que presentaban las puertas", y decidir un tema no sujeto a arbitraje, las "paredes".

Como se ha adelantado, son dos las causales que dan sustento a este primer motivo y que se mezclan de forma algo confusa si se observan las alegaciones contenidas en el mismo. Nótese, en efecto, que **se pide la anulación del laudo a través de las letras c) y f) del artículo 41 de la Ley de Arbitraje y que en ambos casos su desarrollo argumentativo confluye en la incongruencia del laudo arbitral. Tratándose de la letra c) para denunciar la incongruencia omisiva "al no pronunciarse los árbitros sobre los evidentes daños que presentaban las puertas y que constituían el objeto principal de la reclamación, pronunciándose solo sobre el estado de las PAREDES Y SUELO", y también la incongruencia "extra petita" como consecuencia de "haber resuelto los árbitros sobre una cuestión no sometida a su arbitraje (PAREDES)". Y en el caso de la letra f) porque el laudo "vulnera el principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9 de nuestra Constitución, OMITIENDO PRONUNCIARSE SOBRE LABS PETICIONES ORIGEN DEL ARBITRAJE a la hora de resolver la cuestión sometida a su consideración".**

Dejando a un lado la alusión a la inseguridad jurídica, a todas luces inexistente, y dado que en ambos casos la crítica efectuada versa sobre la incongruencia del laudo procede examinar este defecto en la doble modalidad mencionada advirtiendo previamente:

1.) **Que la letra c) del artículo 41 de la Ley de Arbitraje acoge la incongruencia "extra petita", pero no la incongruencia omisiva o "ex silentio". Esta última, referida al deber de exhaustividad al que también están obligados los árbitros, solo puede fundarse en la letra f) de dicho precepto articulándose a través de la contravención del orden público y por infracción del artículo 24.1 de la Constitución.**
2.) **Que el ejercicio de la acción de anulación sobre la base de un exceso o un defecto de jurisdicción de los árbitros viene condicionada por la existencia de una reclamación previa en sede arbitral.** Así se deduce del artículo 6 relativo a la renuncia tácita a las facultades de impugnación y de su puesta en relación con el artículo, ambos de la Ley de Arbitraje, sobre la corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo.
3.) **Que los términos de comparación para determinar la congruencia-incongruencia de una resolución son la propia resolución, que se concibe además en su totalidad y no solo respecto a la parte dispositiva, y las pretensiones interpuestas por las partes, que igualmente van más allá de la súplica para integrarse con la fundamentación e incluso con alegaciones complementarias, actos dispositivos y, tratándose de un laudo, con el convenio arbitral.** De este modo parece concluir el demandante de anulación, con cambio de postura respecto de lo afirmado en el recurso de reposición interpuesto frente a la denegación de la prueba pericial propuesta, y desde luego así concluyó la Sala en Auto del pasado día 6 resolutorio de dicho recurso.

...../.....

Así las cosas **es imposible apreciar incongruencia alguna. Más aún, su planteamiento por el demandante de la anulación solo puede entenderse desde una defectuosa lectura de la reclamación, las alegaciones de la audiencia y el propio laudo.** Basta con observar, respecto a la incongruencia "extra petita" -por pronunciarse indebidamente "sobre el estado de las PAREDES Y SUELO"-, que el reclamante adujo que no le han arreglado los desperfectos, que le han estropeado el suelo, que están mal los cristales en una puerta, e incluso, tras el laudo, que existen golpes en la pared... (documentos nº 1, 2 y 5 que se acompañan con la demanda). Y, con relación a la incongruencia omisiva -por no pronunciarse sobre las puertas-, que el Colegio arbitral estima parcialmente la pretensión, acuerda una indemnización y argumenta que "ha podido comprobar la existencia pequeños desperfectos derivados de la instalación de las puertas adquiridas por el reclamante en su momento e instaladas por el reclamado".

Por tanto, la construcción del demandante de este primer motivo difícilmente se ajusta a la realidad y desde luego se compadece mal con la doctrina jurisprudencial que de forma reiterada viene definiendo:

La modalidad de incongruencia "extra petita" como conceder algo no pedido o pronunciarse "sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la sentencia y los términos que las partes formularon sus pretensiones.

Y la incongruencia omisiva o "ex silentio" como dejar sin contestar a alguna de las pretensiones interpuestas por las partes, "siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución" (por todas, STC 3/2011, de 14 de febrero).

En cualquier caso y además, no puede olvidarse que uno y otro tipo de incongruencia tienen acceso al juicio de anulación en tanto en cuanto el accionante previamente hubiera solicitado de los árbitros "el complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él" y "la rectificación de la extralimitación parcial del laudo cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión" (art. 39. 1.c) y d) en relación con la renuncia tácita a las facultades de impugnación del art. 6, ambos de la LAB). Ocurre, sin embargo, que tal actuación no se produjo. Y no se produjo porque ninguno de los escritos presentados por D. Arcadio tras la notificación de la decisión arbitral se refirió al exceso de los árbitros al pronunciarse sobre las paredes o al defecto de pronunciamiento sobre las puertas. Si bien se mira, el Sr. Arcadio mostró únicamente su desacuerdo con la decisión arbitral exponiendo que se habían equivocado, que "no lo veo claro", que el giro postal no se había producido, que el Sr. Eugenio le ha engañado a él y a la inspección ocular, que quiere las 4 puertas... (documentos nº 5 y 6 que acompañan a la demanda)".

Entrando a analizar las consecuencias de la incongruencia del laudo debemos centrarnos en primer lugar en si se trata de una incongruencia omisiva, *extra petita*, *ultra petita* o mixta.

Como antes hemos señalado, la incongruencia omisiva difícilmente puede encontrar cabida en el marco normativo de la NLAB, especialmente porque como ha señalado la jurisprudencia, aún en el caso de que tuviera relevancia constitucional la cosa imprejujada, le cabría la posibilidad del árbitro de corregir esa incongruencia en el recurso de aclaración, que obligatoriamente debe presentar la parte que posteriormente desee instar la acción de impugnación, pidiendo las explicaciones precisas para tratar de lograr que la incongruencia omisiva sea corregida por el árbitro. La no presentación del citado recurso de aclaración supone la imposibilidad de instar la citada incongruencia omisiva, al amparo de la vulneración del orden público, como causa de anulación del Laudo. Por lo tanto, como vemos, hay pocas posibilidades de que se puedan exigir responsabilidades al árbitro por incongruencia omisiva. No obstante, nuestra recomendación para minimizar aún más el riesgo es que el árbitro utilice fórmulas

de estilo en la redacción de su laudo y resoluciones interlocutorias que permitan inferir de las mismas que lo no tratado específicamente en ellos se da por rechazado o no estimado.

La incongruencia *extra petita* es la que encuentra una regulación más específica en la NLAB, contemplándola como una causa específica de anulación del laudo. Así, es claro que es un hecho factual generador de responsabilidad para el árbitro. Sin embargo, es preciso determinar el grado de intencionalidad, la existencia y cuantificación del daño, y el nexo causal entre el hecho factual y el citado daño.

Indiscutiblemente, en la comisión de la incongruencia *extra petita* puede concurrir dolo o negligencia grave, dependiendo de las circunstancias. Nos encontraremos con dolo cuando el árbitro, de forma maliciosamente intencional, haya decidido fallar sobre materias excluidas de su decisión con el fin de beneficiar a una de las partes o de perjudicar a la otra o ambas cosas. Podremos apreciar negligencia grave cuando podamos afirmar que cualquier persona capaz de ser árbitro, empleando una diligencia superior a la del buen padre de familia, hubiera sido capaz de entender y comprender, sin margen de error, cuál era el contenido de la controversia acordado por las partes y sometido a la decisión del árbitro. Por ello, siendo fácil de determinar el ámbito de la controversia, el hecho de que el árbitro se extralimite en su fallo implica una falta de diligencia y una impericia que pueden ser tildadas de negligencia grave.

Con respecto a la incongruencia *ultra petita* podemos hacer las mismas precisiones que con la incongruencia *extra petita*, con la única matización de que no incurrirá en responsabilidad el árbitro si en su decisión no va más allá de lo solicitado sino porque ello sea una consecuencia necesaria de la decisión resolutoria, necesaria para completarla o ejecutarla; o porque así le venga obligado por una norma imperativa. Por su parte, la incongruencia mixta, al albergar tanto incongruencia *extra petita* como omisiva, habrá de ser analizada separadamente en cada uno de sus componentes, puesto que sus consecuencias también serán diferenciadas al ser apreciado o no cada uno de ellos.

Entrando ahora a valorar cuál es el daño que se produce para la parte que reclama responsabilidades al árbitro en las diferentes opciones de incongruencia, debemos precisar que en el caso de la incongruencia *extra petita*, siempre que se pueda separar en el laudo la parte de la decisión que se ha extralimitado del ámbito de la controversia, de la parte ajustada a lo que las partes querían que fuera conocido y resuelto por el árbitro, no habría daño puesto que el laudo no sería anulado por esta causa, procediéndose únicamente a la anulación de la parte incongruente del laudo, en aplicación el principio de conservación del arbitraje.

Si, por contra, la parte dispositiva del laudo que se considera incongruente se encontrara indisolublemente unida al resto de materias que resuelve el mismo, ello devendrá en la anulación total del laudo y se producirán como daño las costas arbitrales, puesto que las partes se verán abocadas a un nuevo procedimiento arbitral o a acudir a la jurisdicción estática, dependiendo de lo que establezca el convenio arbitral que se otorgaron.

Por último, a la hora de evaluar el nexo causal entre la conducta reprochable del árbitro en cualquiera de las diferentes vertientes de la incongruencia y el daño derivado de la misma, decir que el elemento que permite apreciar su existencia es la anulación del laudo arbitral sobre la base del hecho factual de la incongruencia. Existiendo tal circunstancia, se completan los requisitos necesarios para exigir la responsabilidad civil del árbitro por un laudo incongruente.

3.2.4.7. Obligación de que el laudo no sea extemporáneo

En el Derecho Romano, tal y como explica FERNANDEZ DE BUJAN, A.⁵⁴⁸, a quien citamos literalmente, “Son las partes compromitentes las que deciden el plazo y la prórroga para dictar la sentencia arbitral, por acuerdo entre ellas o con intervención arbitral, así en D. 4.8.14: «Si se hizo el compromiso sin señalar plazo, es absolutamente necesario para el árbitro fijar uno, por supuesto, con el consentimiento de las partes, puesto que si no se hiciese esto en cualquier momento el árbitro estaría obligado a dictar sentencia». Es decir, el compromiso requiere que la sentencia del árbitro se dicte dentro del plazo fijado con carácter previo en el acuerdo *inter partes* o, en un momento posterior, conforme a la voluntad de estas.

En materia de plazo, forma, contenido y notificación de la sentencia arbitral, las principales disposiciones establecidas en las fuentes romanas se recogen en los textos que siguen:

En D. 4.8.13.3 se equiparan los días hábiles judiciales a los días hábiles para dictar sentencia arbitral: «El árbitro, en virtud del compromiso, no está obligado a dictar sentencia en aquellos días en que el juez no lo estaría, a no ser que fuera a transcurrir el plazo del compromiso y no pudiera prorrogarse». La posible prórroga del plazo para dictar sentencia debe estar prevista en el pacto de compromiso, o ser acordada por las partes en un momento posterior, salvo en aquellos casos previstos en la legislación específica. Así en:

- D. 4.8.32.21: «...es necesario que la previsión de prórroga se incluya en el propio compromiso...».
- D. 4.8.13.4: «Si el magistrado apremia al árbitro para que dicte sentencia, será muy justo que si este jura que aún no está bastante clara la causa para él, se le dé tiempo para sentenciar».
- D. 4.8.16 (Paul. 13 ed.): «En caso de enfermedad u otro semejante, el pretor deberá prorrogar el arbitraje, conocida la causa».
- D. 4.8.16 (Paul. 13 ed.): «La cláusula "prorrogar el plazo del compromiso" no da al árbitro ninguna otra facultad más que la de prorrogar el plazo, y por tanto, no puede disminuir, ni alterar las condiciones del primer compromiso...».

⁵⁴⁸ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, ANTONIO.: *Bases romanísticas del arbitraje actual. Análisis de las concordancias entre el Derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 743, Mayo 2014

- D. 4.8.27: «El árbitro puede -en los casos previstos- prorrogar el plazo para dictar sentencia, de palabra, por mensajero o por carta».
- D. 4.8.33: «El árbitro elegido por compromiso con facultad para prorrogar el plazo puede hacerlo, pero no puede anticipar la sentencia contra la voluntad de las partes».
- D. 4.8.11.5: «...si se compromete la pena bajo condición, no se debe obligar al árbitro a dictar sentencia antes de que se hubiere cumplido la condición...».
- D. 4.8.12: «...en cuyo caso, y solo en este, corresponderá al pretor la prórroga del compromiso».

La previsión de la redacción originaria de la LAB de 2003, se correspondía con lo establecido en el Código Justiniano. Así en: C.J. 2.56.1: «Más si se pronunció sentencia pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurre en pena alguna el que no la hubiere obedecido» (a. 213). Mediante la sentencia, el árbitro decide la cuestión litigiosa, así en D. 4.8.13.1: «Se entiende que asumió el arbitraje, según Pedio, quien aceptó las funciones propias de un juez, y se comprometió a que con su sentencia pondría fin a las controversias».

La sentencia arbitral, en contraposición al carácter pecuniario de la sentencia judicial en la época clásica, no tenía necesariamente que consistir en una cantidad de dinero, sino que podían tener una naturaleza diversa, lo que obedecía asimismo a la mayor discrecionalidad propia de la actuación arbitral respecto de la estrictamente judicial, así en D. 4.8.39.pr.: «No se incurre en la pena del arbitraje por cualquier causa de desobediencia a la sentencia arbitral, sino tan solo en aquellos aspectos que se refieren al pago de una cantidad o a la realización de alguna actividad...».

Dictada la sentencia arbitral, se concede un breve plazo para su cumplimiento, *quoddam modicum tempus*, transcurrido el cual, podrá exigirse a la parte incumplidora el pago de la pena acordada⁵⁴⁹, o exigírsele la responsabilidad derivada del incumplimiento de la estipulación *in faciendo*, por los daños y perjuicios causados⁵⁵⁰, así en D. 4.8.21.12: «Habrà que determinar pasado cuanto tiempo, se podrá exigir el pago de la pena por incumplimiento de lo dispuesto por el árbitro. Es cierto que si no hubiese fijado un término cierto, pasado un plazo razonable, se podrá pedir la pena establecida...», y en D. 44.7.23: «Si un árbitro

⁵⁴⁹ Vid., al respecto, en Visky, *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del principato*, Studi Volterra. I, Milano, 1971, págs. 624 y sigs.; TALABMANCA, «Poena privata, Diritto romano», en *ED*, 1982, págs. 75 y sigs.; ziegler, *Geschichtliche und dogmatische...*, cit., págs. 670 y sigs.

⁵⁵⁰ Opina VOICI, «La responsabilitá del debitore da "stipulatio poenae"», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Milano, 1971, que el *modicum tempus* al que se hace referencia en las fuentes serían los treinta días que tiene el condenado o el *confessus* para proceder al cumplimiento de la sentencia, previo a la solicitud de ejecución de la misma por incumplimiento, si bien la propia naturaleza del arbitraje, aunque sea en ejecución de sentencia, parece abocar, por el contrario, a la flexibilidad y discrecionalidad del magistrado a la hora de determinar el momento en que se considera transcurrido el tiempo prudente al que aluden los textos.

hubiera dispuesto, en virtud del compromiso, que uno de los litigantes diera una cantidad un cierto día, y este no cumpliera por causa imputable a él mismo, respondió Juliano que no se incurría en la pena establecida, de tal suerte que Servio opinaba con mucha razón que cuando no se determinaba en la sentencia arbitral en que día concreto se debía entregar la cantidad fijada, se consideraba concedido un plazo prudencial...»⁵⁵¹.

Distinguen pues las fuentes entre aquellos supuestos en los que se fija el cumplimiento de la sentencia en un día determinado y aquellos en los que no se fija plazo determinado para el cumplimiento, así como entre aquellos supuestos en los que el incumplimiento se debe a causa imputable al obligado y aquellos otros en los que este se produce como consecuencia de causa ajena a la voluntad del obligado.

A la responsabilidad patrimonial o penal en la que incurren los compromitentes derivada de la no comparecencia, la falta de colaboración con el árbitro, la negativa a cumplir la sentencia arbitral o el inicio de un proceso ordinario pendiente la resolución de la cuestión por parte del árbitro elegido, se refieren numerosos textos, así en: D. 4.8.2: «Se admite que del compromiso no se deriva una *exceptio*, sino una petición de la pena acordada», D. 4.8.9.2: «Prohíbe la Ley Julia -sobre los juicios- que el que es juez asuma el arbitraje sobre un asunto del que es juez, o que autorice que se contraiga tal compromiso, y si hubiese dictado sentencia, no se debe dar acción para reclamar la pena por incumplimiento», D. 4.8.21.12: «Habrá que determinar pasado cuánto tiempo se podrá exigir el pago de la pena por incumplimiento de lo dispuesto por el árbitro. Es cierto que si no hubiese fijado un término cierto, pasado un plazo razonable, se podrá pedir la pena establecida...». D. 4.8.27.3: «Si se hubiesen elegido varios árbitros y hubiesen dictado sentencias diversas, será lícito no seguir sus sentencias, pero si la mayoría estuviese de acuerdo en una, se estará a ella, y, de lo contrario, se incurrirá en pena». D. 4.8.44: «...Respondí que si no se obedeció al árbitro en aquello sobre lo que hubiese pronunciado la sentencia arbitral en presencia de ambas partes, se incurrirá en pena». D. 4.8.21.9: «Si alguno de los litigantes no hubiese comparecido, por serle imposible a causa de enfermedad, por ausencia a causa de asunto público, por su magistratura o por otra justa causa, dicen Próculo y Atilio que incurre en la pena estipulada; pero si el litigante estuviese dispuesto a realizar un nuevo compromiso con el mismo árbitro, se denegará la acción en su contra o quedará protegido mediante excepción. Sin embargo, esto será solamente cierto si el árbitro estuviese dispuesto a asumir el arbitraje, pues escribe acertadamente Juliano, 4 Dig., que no puede ser obligado contra su voluntad...».

En este punto sí que se ha producido un cambio tajante en la regulación de la NLAB a partir de la Ley 1/2011, que modifica el artículo 37.2, eliminando la posibilidad de extemporaneidad del laudo arbitral salvo que las partes lo hubieran

⁵⁵¹ Vid., en relación con estos fragmentos en KNütel, *Stipulatio Poenae*, Köln-Wien, 1976, págs. 148 y sigs., y en REINOSO, «Un caso de *stipulatio poenae pecuniae traiectionis*», en *Sodalitas*, VII, págs. 3573 y sigs.

pactado expresamente antes del inicio del procedimiento arbitral. Tanto la Ley Arbitral de 1953 como la LAB contemplaban la nulidad del laudo extemporáneo, aunque en el caso de la LAB existía una corriente jurisprudencial que requería para la anulación no solo que el laudo se hubiera dictado fuera de plazo sino que además **“la tardanza en el dictado del Laudo hubiere acarreado alguna suerte de perjuicio procesal a la parte que invoca la nulidad, por vulneración de los principios de igualdad o contradicción**⁵⁵²”; y otra que defendía que al no ser mencionada un motivo específico de anulación en virtud de la extemporaneidad del laudo, el mismo no podría ser anulado por esa causa⁵⁵³.

⁵⁵² La Audiencia Provincial de Segovia, en Sentencia de 29 de diciembre de 2008 establece que: *"...el art. 41 de la Ley 60/2003, a diferencia de su predecesor, el art. 45 de la Ley de Arbitraje 36/1988, no sanciona con nulidad, expresamente, el Laudo que haya sido dictado fuera del plazo señalado en la propia Ley. Es por ello que, a priori, cabe pensar en una intención derogatoria de dicha causa de nulidad por parte de la nueva ley, respecto de la legislación anterior. Al menos, para admitir el efecto anulatorio de dicho defecto al amparo de la cláusula general establecida en el apartado d) del art. 41, cabría exigir el requisito añadido de que la tardanza en el dictado del Laudo hubiere acarreado alguna suerte de perjuicio procesal a la parte que invoca la nulidad, por vulneración de los principios de igualdad o contradicción, vulneración que en el presente caso no concurre, por lo que decae el argumento para atribuir efecto anulatorio a la superación del plazo legal, el cual no pasa de constituir, por ello, sino una mera irregularidad procedimental, no generadora de indefensión alguna"*.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de diciembre de 2008 dice que *"De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, la Ley de 1988 consideró el plazo para dictar el laudo como un requisito de tal trascendencia, que su inobservancia se configuraba como motivo autónomo de anulación. A pesar de que la Ley actual ya no lo considera así, parece claro que trata de evitar que la controversia quede de modo indefinido pendiente de resolución, como se desprende de la lectura de las normas contenidas en el art. 37.2, que establece que el plazo para dictar el laudo es de seis meses a contar desde la fecha de presentación de la contestación, o de la expiración del plazo para presentarla (siempre salvo acuerdo en contrario). Y a continuación expresa: Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Dispone el párrafo segundo del art. 37, que la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determina la terminación de las actuaciones Arbitrales y el cese de los árbitros. No obstante, no afectará a la eficacia del Convenio Arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros. Nótese que en este lugar no se hace entrar en juego a posibles previsiones de las partes disponiendo las cosas de otro modo. Las expresiones categóricas aquí utilizadas son coherentes con la aversión legal a la ausencia de límites temporales para dictar el laudo, y son coherentes también con la consideración del arbitraje como equivalente o subrogado jurisdiccional. Pero si los árbitros no se atienen al plazo, incurrir en responsabilidad. Doctrina autorizada mantiene que, no recogiendo por la Ley como causa de anulación, queda en manos del árbitro dictarlo cuando estime conveniente sin limitación de tiempo. Otro sector cree preferible sostener que en esos casos podría pedirse la anulación del laudo al amparo del motivo d) del art. 41.1 LAB, y en concreto, por falta de adecuación del procedimiento Arbitral a la Ley. Se afirma que la norma que fija el plazo para dictar el laudo es una norma imperativa de procedimiento, como lo es en el ámbito de la jurisdicción estatal la que fija el plazo para dictar sentencia"*.

⁵⁵³ En ese sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 8 de abril de 2005: *"Ha de decirse que tal motivo de anulación -haberse dictado el laudo fuera de plazo- que expresamente se contemplaba en el art. 45.3 de la Ley 36/1988, ha desaparecido de entre los motivos de anulación que se contemplan en el art. 41 de la ley vigente, no cabiendo entender que se incorpora al concepto de orden público..."*; La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de febrero de 2006: *"...la norma del art. 37.2 LAB no es una norma imperativa, por lo que resulta aplicable el art. 6 LAB"*; La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 13 de noviembre de 2006 dice que *"El art. 41.1 d) LAB no sanciona con nulidad el*

Por lo tanto, con la actual NLAB, únicamente si las partes han pactado un plazo preclusivo que tenga por efecto la nulidad del laudo, ésta se producirá, sin que arrastre consigo la nulidad del convenio arbitral, salvo que las partes así lo hubieran previsto, lo que significa que podría volver a iniciarse un procedimiento arbitral, sin necesidad de tener que acudir a la jurisdicción estática.

Obviamente, es este caso, en el que el requisito del plazo en el arbitraje opera como condición resolutoria y como límite de la potestad arbitral, el laudo extemporáneo podrá ser eficaz si no se impugna, o lo que es lo mismo, las partes, en aras del principio de autonomía de la voluntad y, teniendo en cuenta que no es éste un requisito de carácter público, pueden consentir o convalidar el laudo que adoleciera de este defecto, ya que la extemporaneidad opera como causa de anulabilidad y no de nulidad, lo que significa, a nuestro juicio, que el Tribunal Superior de Justicia competente de la acción de impugnación no la podría apreciar de oficio, sino que habría de ser alegada y probada por las partes, sobre la base de un incumplimiento de una norma procedimental, al amparo del artículo 41 d) NLAB.

El laudo deberá ser dictado en el plazo convencionalmente señalado y, en su defecto en el plazo legalmente previsto; el señalamiento del plazo por las partes para dictar el laudo puede producirse en el Convenio Arbitral o en los acuerdos complementarios, así como en otro acuerdo de las partes al respecto, pues solo a estas compete, en principio, la designación de un plazo distinto del legal de 6 meses.

En cuanto a la carga de la prueba de la extemporaneidad, debemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1941 [2] (R.A. 497), que señala que **“teniendo en cuenta que quien impugna un laudo por extemporáneo, contradiciendo la manifestación auténtica de los arbitradores, constitutiva de principio de prueba de que la prórroga fue acordada oportunamente, le incumbe la justificación de su aserto”**.

En cuanto a los medios de prueba para acreditar la extemporaneidad del laudo, basta con señalar que, siendo la extemporaneidad una cuestión de hecho, el Tribunal Superior de Justicia se limitará a comprobar si el laudo ha sido o no dictado dentro del plazo o término previsto en el convenio, o en la prórroga en su caso, siendo de aplicación los criterios que, sobre el cómputo del plazo y su prórroga señala la NLAB.

laudo por no ser dictado dentro del plazo señalado en el art. 37.2 LAB, por lo que no puede invocarse dicho efecto anulatorio cuando no consta que se hubiera producido indefensión alguna, ni vulneración de los principios de igualdad, audiencia y contradicción”; La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de julio de 2005 señala que “La exclusión expresa, entre las causas de nulidad, del incumplimiento del plazo para emitir el laudo, solo puede llevar a la conclusión de que no ha querido dotarse a ese incumplimiento procedimental del efecto de anular la resolución Arbitral”; La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 13 de febrero de 2007 dice que “En la regulación actual, no se contiene en el art. 41 LAB ningún motivo expreso de nulidad por causa de la caducidad del laudo y la normativa acerca del plazo, si bien en este caso podrían considerarse las alegaciones de los impugnantes al haberse sustanciado el procedimiento Arbitral en la vigencia de la Ley 36/1988”.

Es importante señalar que la NLAB introduce la novedad de que el plazo para emitir el laudo, en defecto de acuerdo de las partes, se compute desde la presentación de la contestación o desde la expiración del plazo para presentarla. Esta novedad, como señala GONZALEZ SORIA⁵⁵⁴, responde a la necesidad de que la celeridad propia del arbitraje sea adecuada a las exigencias prácticas. Un plazo de seis meses desde la aceptación de los árbitros se ha revelado en no pocos casos de imposible cumplimiento y obliga en ocasiones a una tramitación excesivamente rápida o a la omisión de ciertos actos de alegación o, sobre todo, de prueba, por la exigencia de cumplir el plazo para dictar el laudo. La Ley considera que es igualmente razonable que la prórroga del plazo pueda ser acordada por los árbitros directamente y que no necesite el acuerdo de todas las partes. El freno a un posible retraso injustificado en la decisión de la controversia se encuentra, entre otras causas, en la responsabilidad de los árbitros.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente la naturaleza sustantiva y no procesal del indicado plazo, por lo que para su cómputo se tendrá en cuenta lo dispuesto por el art. 5.1 CC, aunque cuando se hubiese fijado convencionalmente el plazo habrá de estarse a lo establecido por las partes que según RIVERO HERNANDEZ gozan de una amplia autonomía en la configuración del elemento tiempo en este ámbito; respecto al plazo legal de 6 meses, el *dies a quo* o momento inicial del cómputo tiene lugar desde la fecha en que hubieran aceptado los árbitros la resolución de la controversia o desde el día en que fuera sustituido el último de los árbitros, no excluyéndose los días inhábiles por aplicación del art. 5.2 CC, considerándose como *dies ad quem* o momento final del citado cómputo el último día apto para que los árbitros emitan su laudo. En los plazos señalados por meses, para su cómputo se tendrá en consideración lo manifestado en el art. 5 b) LAB.

Lógicamente, el plazo para laudar puede ser prorrogado por acuerdo de las partes, como confirma la SAP de Madrid 31.octubre.1997: "*El plazo para emitir el laudo se puede prorrogar, sin que los tiempos suplementarios o añadidos sean de peor calidad que el inicial*".

Supuestos especiales son los relativos a la posible extemporaneidad del laudo si los árbitros hacen uso de la *aclaración* prevista en el artículo 36 LAB. La aclaración no implica extemporaneidad, aun si el plazo para dictar el laudo se hubiera agotado, siempre y cuando dicha aclaración lo fuera para corregir «errores de cálculo, de copia, tipográfico o similar o para aclarar algún concepto oscuro u omisión del laudo». Pero si se extralimitaran en sus atribuciones resolviendo algún punto, entendemos que el laudo será extemporáneo, por haberse excedido los árbitros de los límites temporales de su facultad decisoria.

También sería extemporánea la aclaración que se hiciera fuera del plazo previsto para el mismo. Ahora bien, tanto en este caso como en el anterior, consideramos

⁵⁵⁴ Cfr. GONZALEZ SORIA, JULIO: *Reflexiones básicas sobre el arbitraje*. SAR. Madrid. 2015. Pags 3 y ss

que la extemporaneidad sólo afectaría a la aclaración, manteniéndose, en su caso, el laudo dictado en tiempo.

Recordemos de nuevo que lo comentado en los párrafos anteriores sólo aplica a aquellos casos en los que las partes hubieran pactado un plazo preclusivo para laudar, porque en la NLAB la regulación del plazo para laudar viene recogida en el artículo 37.2 con este tenor:

"Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del Convenio Arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros."

No obstante, la redacción final del artículo 37 no fue pacífica, puesto que se presentaron las siguientes enmiendas:

La ENMIENDA NÚM. 9, que tuvo como PRIMER FIRMANTE al Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso, fue aceptada y supuso la adición de un inciso en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 37 con el siguiente tenor: "2. Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. La justificación para ello fue que la citada redacción "Dota de mayor seguridad y confianza un procedimiento arbitral respecto del cual las partes conozcan cuando, como máximo, concluirá el mismo."

Es la misma línea de la también aceptada ENMIENDA NÚM. 35, que tuvo como PRIMER FIRMANTE al Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida del Congreso, que pretendía la adición, después de "prorrogado por los árbitros" y hasta "mediante decisión motivada" de "... por un plazo no superior a dos meses...", por entender que "Resulta una ventaja del arbitraje que las partes conozcan cuando concluirá el procedimiento, aún para el caso de que motivadamente decidiera el árbitro prorrogar el plazo inicial."

También es la redacción que proponía la ENMIENDA NÚM. 96 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en el Congreso ("2. Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada.) por defender que

“Resulta una ventaja del arbitraje que las partes conozcan cuando concluirá el procedimiento para el supuesto que dicha conclusión dependa de la decisión de los árbitros”.

Y, obviamente, es del mismo tener que la prevalente ENMIENDA NÚM. 60 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso al artículo 37.2, que dejó como redacción definitiva del artículo 37.2 la siguiente: “2. Si las partes no hubiesen dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. La expiración... (igual)”. Como antes hemos señalado, se justifica porque “Se trata de evitar que exista una libertad absoluta de los árbitros para determinar el plazo para dictar el laudo.”

La ENMIENDA NUM. 22 De don José Cabrero Palomares y don Eduardo Cuenca Cañizares (GPMX) propuso añadir «..., incluidas las costas derivadas de la asistencia judicial.», “En coherencia con enmiendas anteriores.”

La ENMIENDA NUM. 48 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), al igual que la ENMIENDA NUM. 64 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), propuso la siguiente redacción al apartado 2: «2. /.../. Salvo que las partes hubieran establecido otro plazo, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a la demanda o de expiración del plazo para presentarla. Este plazo podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes.» Como justificación señala que “El Proyecto de Ley pretende introducir en el Derecho español la facultad de los árbitros de prorrogar el plazo mediante decisión motivada. Esta posibilidad resulta extremadamente peligrosa, y, muy especialmente, en un país, como el nuestro, en el que todavía no ha terminado de arraigar la solución arbitral. Existe el riesgo, en efecto, de que la prórroga del arbitraje por decisión motivada del árbitro termine por privar a esta forma de solución de conflictos de una de las ventajas fundamentales con las que cuenta: la rapidez.”

Lo que planteaba más discusiones con respecto a la NLAB era el tratamiento del dictado del laudo fuera de plazo, ya que como hemos visto había Jurisprudencia contradictoria sobre el tema, pero con la nueva redacción del artículo 37.2 NLAB por la Ley de 21 de Mayo de 2011, ya no hay ninguna duda, puesto que salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectara a la eficacia del Convenio Arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir los árbitros al amparo del art. 21 NLAB,

El laudo dictado fuera de plazo es válido, no adolece de vicio alguno. La única consecuencia de la infracción del plazo se reduce a la eventual responsabilidad del árbitro. Se equipara la irregularidad a la que se produce con la sentencia dictada fuera de plazo, que no resulta afectada en su validez y eficacia. No se

considera relevante la circunstancia de que el árbitro ya no es tal al haber expirado el plazo para el que se le nombró. El legislador salva del desastre a los arbitrajes en los que el árbitro ha tenido un descuido o una imposibilidad de cumplir. En la historia secular de esta institución se ha producido un giro radical. Se podría decir pues que en adelante los árbitros no tienen plazo para laudar, salvo que las partes hayan establecido expresamente como causa de anulación del laudo su extemporaneidad, o se trate de un arbitraje administrado sujeto a un reglamento en el que se penalice la extemporaneidad del laudo.

Para CAMPO VILLEGAS⁵⁵⁵ las consecuencias de la reforma repugnan a la más elemental conciencia y razón jurídica y dice que se impone llegar a la conclusión de que la situación jurídica descrita no puede existir. Por ello postula utilizar la fórmula que nos ofrece el artículo 3.1 del Código civil que en su día recogió las orientaciones de la doctrina y jurisprudencia en esta materia. "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas". De este modo, utilizando el elemento sistemático, que implica que "Las normas se interpretarán... en relación al contexto..." (art. 3.1), sostiene que la interpretación no puede limitarse al texto aislado de la expresión dudosa o preocupante, pues ésta forma parte integrante no sólo del resto de la ley que la contiene sino de la parte del ordenamiento jurídico en el que se integra. Tras aplicar tal interpretación sistemática al contexto de la NLAB, concretamente del artículo 37, conforme al cual el plazo estipulado por las partes para dictar el laudo "podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada", concluye que no es posible que al mismo tiempo en el párrafo siguiente de la misma Ley se le faculte al árbitro para laudar indefinidamente, y sin cortapisa alguna, con el resultado de ser válidos los laudos que pueda emitir. Contrasentido en la misma Ley que refuerza la conclusión a que antes hemos llegado de ser necesaria una interpretación correctora. Su conclusión final es que la enmienda del precepto interpretado debe restringirse hasta el punto de considerarlo totalmente inaplicable⁵⁵⁶ y la situación resultante será que el laudo fuera de plazo seguirá considerándose dictado por quién ya no es árbitro.

Nosotros no compartimos esa opinión, porque entendemos, con GONZALEZ SORIA, que el Legislador de 2011 ha sido capaz de balancear la defensa del buen fin del arbitraje, permitiendo flexibilidad en el plazo para laudar, con una dilación

⁵⁵⁵ Cfr. CAMPO VILLEGAS, ELIAS: *Ineficacia del Laudo fuera de plazo. Su protocolización notarial e inscripción registral*. Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona. -Nº 3, p. 75-90

⁵⁵⁶ CAMPO VILLEGAS advierte que, frente a la drástica solución que propone, no caben paliativos como pudiera ser, en una interpretación benévola, la de colmar la laguna producida, estimando que, extinguido el plazo previsto, todavía el árbitro podría laudar, aunque fuera de plazo, en un término "razonable" o "prudentemente admisible". Solución que chocaría no sólo con nuestros antecedentes históricos antes expuestos en que imperó siempre el principio de certeza exigente en el plazo, sino sobre todo en la inseguridad jurídica que se ocasionaría, con una regla de semejante indefinición para conocer el momento en el que el laudo debería tenerse por firme.

indefinida de los arbitrajes, ya que en el mismo párrafo enfatiza que las partes podrán exigir responsabilidades a los árbitros por el retraso, que habrán de ser doloso o motivado por grave negligencia, tal y como impone el artículo 21 NLAB, para que la citada responsabilidad sea exigible.

Por lo tanto, el Legislador señala con claridad que laudat extemporáneamente es un hecho susceptible de generar responsabilidades, siempre que adicionalmente concurren los requisitos de intencionalidad y de daño efectivo requeridos, tal y como se ha expuesto anteriormente en esta obra.

En conclusión, los árbitros serán los primeros que no querrán demorar en exceso el retraso en laudat, porque ello les coloca en una situación de riesgo personal. Pero, por otro lado, cuentan con una cierta flexibilidad para aquellos procedimientos arbitrales complejos, en los que además una de las partes intenta todos los subterfugios procesales para ralentizar el arbitraje –lo que incluye negarse a cualquier prórroga-, que les permitirá concluir con garantías el procedimiento y emitir el laudo, que es el resultado esperado por las partes –y por la sociedad- del instituto arbitral.

En prueba de lo dicho, citamos la Sentencia n. 50/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de Julio de 2014, dedica su fundamentos de derecho 14º a lo que denomina “*Orden público. (XII) Infracción de los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, por extralimitación en el plazo para dictar el laudo y posteriormente injusta repercusión a Bankpyme de la carga financiera*”. El mismo tiene el siguiente tenor literal:

1.-...../....

“No consideramos por tanto respetuoso del derecho a la tutela judicial efectiva que las demoras incurridas por la propia Institución arbitral tengan que llevar encima aparejada una condena a Bankpyme en el resarcimiento que la misma debe hacer con la indebida devolución de los avales, razón por la cual el pronunciamiento que fija el dies ad quem del interés devengado por los cantidades cobradas por los avales debería haber ponderado esta circunstancia”.

En este submotivo, no se solicita una anulación (total o parcial) del laudo sino una valoración del juicio de los árbitros, según literalmente consta en la demanda, para que se proceda a rectificar el pronunciamiento del laudo, ponderando la circunstancia de la extralimitación temporal en el plazo para dictar el laudo, lo que no resulta procedente, conforme a los límites y objeto de la demanda de anulación - expuesto en el FJ. 3 ap. B), de la presente resolución-. Este Tribunal, no puede, en modo alguno, como señalamos en el citado FJ. 3º ap. B), revocar algún pronunciamiento del laudo, sino, exclusivamente, decretar la anulación o no de dicho laudo, sin que tampoco sea procedente realizar indicaciones o instrucciones, para una posterior resolución arbitral, caso de decretarse su anulación.

2.-...../....

3 .- Incluso no teniendo en cuenta dichos datos precedentes, hemos de puntualizar que el laudo dictado fuera de plazo, actualmente, no se

encuentra dentro de los motivos de anulación del laudo fijados en el art. 41. 1 LAB. En la vigente LAB no se reguló, como motivo de nulidad, la extemporaneidad en el plazo para dictar el laudo, si bien en el art. 37. 2 LAB, según la vigente redacción efectuada por la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, se establece que:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación que se refiere el art. 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado”.

A tenor de lo dispuesto, pues, es el convenio de los partes lo que puede determinar como requisito, el establecimiento de un plazo para dictar la resolución, pero cuando, como sucede en el caso examinado, nada se ha fijado, no procede la anulación incluso cuando el laudo se hubiera dictado fuera de plazo. Pero es más, si tenemos presente que en el pfo. “in fine ” del art. 37. 2 LAB se señala que la expiración del plazo (salvo acuerdo de las partes), sin que se haya dictado laudo definitivo, no afecta a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo, la conclusión no puede ser sino que la afirmada extemporaneidad, en todo caso, produciría responsabilidad para los árbitros por la demora, pero no afectaría a la validez del laudo.

Las precedentes consideraciones comportan, en el presente supuesto, en que la afirmada extemporaneidad del plazo no va unida ni produce consecuencias en la vulneración de derechos fundamentales, la desestimación del motivo, invocado por el cauce establecido del art. 41. 1 f) LAB, siendo de señalar que la petición de los actores declarando que se "ponderen" estas circunstancias para la fijación del "dies ad quem" del interés devengado, rectificando una decisión arbitral, excede de los límites y objeto de la acción de nulidad del laudo interpuesta, conforme quedo precedentemente expuesto.

En su consecuencia, procede rechazar el submotivo doce, y, en su integridad, los motivos de nulidad alegados en la demanda de anulación.”

Para concluir, debemos mencionar la Sentencia nº. 7 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, de 1 de Marzo de 2013, que matiza muy acertadamente que el laudo extemporáneo era anulable en la LAB a través de una causa específica y en la NLAB, en su redacción de 2003, a través del artículo 41 d). Pero que ya no lo es en la NLAB, tras su redacción de 2011, al haberse introducido una mención legislativa específica para regularlo, marcando la aplicabilidad de una u otra redacción que el procedimiento arbitral se hubiera

iniciado⁵⁵⁷ antes de la publicación en el BOE de la Ley 11/2011. La citada sentencia dice:

“Constatado como hecho objetivo que, en efecto, el laudo se dictó una vez pasado el plazo de seis meses desde el término del periodo de alegaciones; que no hubo acuerdo expreso de las partes para la prórroga de dicho plazo; y que la demandada en el proceso arbitral solicitó expresamente la declaración de caducidad del procedimiento arbitral antes del dictado del laudo, procede hacer las siguientes consideraciones sobre los efectos del transcurso del plazo:

- a. *Es de todo punto evidente que **a partir de la entrada en vigor de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, publicada en el BOE el 21 de mayo de 2011, y por tanto con vigor desde el día 10 de junio de 2011, la infracción del plazo para dictar laudo no es causa de nulidad, pues expresamente dice el artículo 37.2 que " salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado "**;*
- b. *La cuestión era discutida con arreglo a la Ley de Arbitraje de 2003, por cuanto conforme a su artículo 37.2 .II, " la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales [es decir, la caducidad] y el cese de los árbitros [es decir, su pérdida de jurisdicción]", siempre sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieran podido incurrir los árbitros. Es cierto que un importante sector doctrinal y jurisprudencial consideraban que al no incluirse expresamente esta circunstancia, a diferencia de lo que ocurría con la Ley precedente (Ley de Arbitraje de 1988), como causa de nulidad del laudo en su artículo 41 , quedaba clara la voluntad del legislador de no predicar la nulidad de tal vicio de la voluntad. Sin embargo esta Sala, en su sentencia de 18 de enero de 2012 razonó que no era precisa una mención especial de este vicio dentro de las causas de nulidad, puesto **que es evidente que la falta de jurisdicción (cese de los árbitros) derivada inmediatamente del transcurso del plazo de seis meses constituye por sí misma una infracción grave y sustancial del procedimiento establecido en la ley, y que por tanto se hallaba contemplada como causa de nulidad dentro del artículo 41.d) de la Ley, sin que fuera precisa mención expresa en dicho precepto, por cuanto el retraso comportaba la sobrevenida falta de jurisdicción del árbitro, y por tanto un vicio sustancial del procedimiento determinante de la nulidad.** Decíamos también, en la sentencia citada, como argumento adicional, que precisamente la reforma llevada a cabo por la Ley 11/2011 a que hemos referencia es indicativa de que la falta de mención expresa a la extemporaneidad como causa de*

⁵⁵⁷ Lógicamente, después de más de cuatro años desde la nueva redacción de la NLAB dada por la Ley 11/2011, este matiz deviene intrascendente, porque con certeza habrá caducado el plazo para instar la acción de impugnación del laudo de todos los procedimientos arbitrales iniciados antes de la publicación de la Ley 11/2011.

anulación en el artículo 41 LAB no comportaba que el laudo dictado fuera de plazo fuese válido, pues en tal caso la reforma habría tenido un carácter meramente aclaratorio, lo que no puede sostenerse a la luz de lo indicado en la Exposición de Motivos de la nueva Ley, que nos indica como una de las "modificaciones" que se introducen la de modular "una solución, a favor del arbitraje, para los casos en que el laudo se dicta fuera de plazo". Si se trata de una solución nueva (consistente en que el laudo será válido salvo acuerdo en contrario de las partes), es porque la solución anterior era justamente la nulidad.

- c. **Lo relevante, por tanto, es determinar si al procedimiento arbitral aquí controvertido era de aplicación la Ley nueva o la Ley antigua. Y a tal efecto, habida cuenta de que la Ley 11/2011 carece de disposiciones transitorias, ha de estarse, por evidente analogía a lo dispuesto en la -vigente- única de la Ley de Arbitraje de 2003, conforme a la cual la ley antigua es aplicable a los procedimientos arbitrales ya iniciados antes de la entrada en vigor de la ley nueva.** Y en este caso, a fecha 10 de junio de 2011 (fecha de entrada en vigor de la modificación legal) el procedimiento ya se hallaba iniciado, por cuanto con fecha 26 de mayo de 2011, según se dice en los antecedentes de hecho del laudo, se notificó a los allí demandados la aceptación por el árbitro de la solicitud de arbitraje de la actora, siendo así que la ley establece en su artículo 27 que salvo pacto en contrario "la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje".
- d. Es también cierto que en el apartado 1.3.4) de las reglas sobre procedimiento propuestas por el árbitro y aceptadas por las partes, "Los plazos establecidos podrán ser modificados, atendiendo a las circunstancias del caso, salvo acuerdo expreso contrario de las partes". Pero frente a esta regla general, referida a cualquier plazo, ha de prevalecer la regla especial prevista en el apartado 1.4.15) referida expresamente al "plazo para dictar el laudo", conforme a la cual "Si las partes no hubieran dispuesto otra cosa, el árbitro resolverá dentro de los seis meses siguientes a la presentación de la contestación a la demanda o a la expiración del plazo para presentarla. **En todo caso el plazo para dictar laudo podrá ser prorrogado por acuerdo de todas las partes: es decir, que este plazo sí tiene carácter preclusivo y no era modificable por el árbitro, sino sólo por acuerdo de las partes.**
- e. También es cierto que el artículo 37 LAB 2003 concedía al árbitro, salvo pacto en contrario de las partes, la facultad de prorrogar el plazo de seis meses por dos meses, y que en el presente caso esos dos meses no habían transcurrido cuando se dictó el laudo (aunque sí cuando se notificó). Sin embargo, **la Sala entiende que la regla del apartado 1.4.15 antes transcrita comporta un pacto de las partes (pues aceptaron dicha regla como rectora del procedimiento) contrario a la prorrogabilidad por decisión del árbitro, pues condiciona la prórroga al acuerdo de todas**

las partes ; acuerdo de prórroga que no puede entenderse producido en este caso ni expresa ni tácitamente cuando con fecha 5 de junio de 2011 los demandados presentaron escrito solicitando la caducidad del procedimiento, antes del dictado del laudo: téngase en cuenta que si el laudo hubiese resultado finalmente favorable a los allí demandados, la solicitante de arbitraje podría esgrimir tal escrito solicitando la caducidad como un argumento a favor de la nulidad del laudo, por lo que es evidente que no estamos en este caso ante una ventajista utilización de una causa de nulidad que una sola parte se reserva para el caso de laudo desfavorable.

Segundo.- Todo lo razonado fuerza a esta Sala a concluir que el laudo se dictó por el árbitro designado cuando ya carecía de jurisdicción, y que por tanto es nulo.

Por lo que se refiere a las consecuencias de esta nulidad, no está de más precisar que tal nulidad no afecta al convenio arbitral en sí mismo considerado, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 37.2.11 (" no afectará a la eficacia del convenio arbitral "), si bien al venir designado directamente como árbitro D. Emilio, no puede entenderse existente la sumisión a arbitraje de ninguna otra persona, por lo que las partes tienen abierta la vía jurisdiccional. Con todo, esta afirmación se hace obiter dictum, pues no ha sido expresamente objeto de controversia ante esta Sala, al tratarse simplemente de las consecuencias del pronunciamiento que sí se nos pide."

Centrándonos en la responsabilidad del árbitro, señalar que en este caso el hecho factual es la emisión del laudo después de la fecha máxima fijada para ello, una circunstancia que salvo excepciones muy contadas es sencillo de determinar, por lo que el reconocimiento de si ha existido o no esta conducta reprochable del árbitro es sencillo. No obstante, de la ocurrencia de la misma no se derivan de forma directa y automática responsabilidades exigibles al árbitro, sino que como siempre han de concurrir los factores de intencionalidad, existencia y cuantificación del daño, y existencia del nexo causal entre el hecho factual y el daño.

Comencemos nuestro análisis por la intencionalidad, afirmando que la misma en los laudos extemporáneos puede ser reconocida fácilmente a tenor del comportamiento que las partes hayan tenido en el procedimiento arbitral. De este modo, si nos encontramos con que una de ellas, que normalmente será la que reclame al árbitro, durante todo el procedimiento arbitral ha desarrollado una política de obstrucción y de enlentecimiento del proceso, entonces una gran parte de la culpa de que el árbitro haya laudado fuera de plazo recaerá en la citada parte, lo que hace imposible considerar imputable al árbitro por negligencia grave, al haber una compartición de la culpa.

Resulta también muy clarificador, a la hora de determinar si el retraso a la hora de emitir el laudo puede ser calificado como negligencia grave, analizar la complejidad de la *litis*, con especial atención al volumen probatorio solicitado por las partes, tanto en lo que se refiere a pruebas de confesión, testificales y periciales, que implican mucho tiempo tanto en su logística de preparación, como

en su desarrollo y posterior análisis de las mismas. Recordemos que aunque el árbitro tiene la potestad de decidir qué pruebas acepta o no, siempre está bordeando la línea roja de la indefensión al rechazar una prueba propuesta por una parte si finalmente de la misma pudieran derivarse datos e información nueva con efecto relevante en el sentido de la decisión arbitral.

Por lo tanto, nuestra sugerencia en aquellos casos en los que la litis sea compleja y haya mucho volumen probatorio, es que el árbitro haga uso de la prerrogativa que le concede la NAL de ampliar dos meses el plazo para laudo, y si mediara pacto de las partes en contra de esa posibilidad, que solicite a las partes una ampliación del plazo para laudo, con el fin de poder garantizar que el procedimiento arbitral y el resultado del mismo, es decir, el laudo, tengan las mayores garantías de calidad. Si las partes rechazaran la citada posibilidad, el árbitro tendría después más argumentos a la hora de defender que no incurrió en negligencia grave al no ser capaz de emitir el laudo en el plazo fijado para ello por las partes.

También tiene una influencia directa en la velocidad del procedimiento arbitral el hecho de que en lugar de haber un árbitro único se trate de un colegio arbitral, puesto que ello implica que todas las decisiones, excepto las instrumentales de simplemente ordenación procesal, sean colegiadas y haya mediado una deliberación previa. Por lo tanto, se introducen necesariamente dentro del procedimiento arbitral una serie de deliberaciones que obligan a la coordinación de las agendas de los árbitros, por lo que aparte del tiempo adicional que su desarrollo supone, prolongan el procedimiento en los días necesarios para conseguir coordinar una fecha adecuada para todos los árbitros en que celebrarse, puesto que recordemos que una falta de quórum podría llevar a la anulación del laudo por incumplimiento de principios rectores del arbitraje.

Los supuestos en los que concurre dolo o negligencia grave en el comportamiento del árbitro suelen ser fácilmente reconocibles, ya que el árbitro en lugar de propiciar el impulso del arbitraje ralentiza el mismo y va incumpliendo los plazos fijados para las diferentes etapas procedimentales, dificultando el desarrollo del iter arbitral. Se suele asociar el dolo en este tipo de comportamientos a escenarios en los que una de las partes se ha opuesto al arbitraje y ha tratado sin éxito de que se frustrara, y decide impropriamente jugar la baza de elegir a un árbitro dentro de la terna que compone el colegio arbitral que se preste a esta reprochable conducta, con la esperanza de conseguir argumentos que puedan llevar a provocar la anulación del laudo. Este tipo de comportamientos hacen muy complicado el desarrollo del arbitraje para el Presidente del colegio arbitral, quién debe sufrir deliberaciones interminables que normalmente acaban siempre con decisiones tomadas por mayoría o incluso por el voto de calidad del Presidente. Sin embargo, lógicamente, en el caso de que finalmente el laudo extemporáneo fuera anulado por haber pactado las partes un plazo preclusivo para el mismo, las responsabilidades que se podrían depurar del colegio arbitral no serían comunes para todos los miembros del mismo, sino que debieran centrarse en el árbitro que con su comportamiento hubiera propiciado el retraso. Y es que debemos recordar que esas responsabilidades le pueden ser exigidas por la parte que no propuso su

nombramiento, ya que no existe ninguna correlación entre el árbitro y la parte que le propusiera, siendo la expresión “árbitro de parte” un terrible error conceptual, puesto que ningún árbitro sirve a ninguna de las partes sino exclusivamente a la búsqueda de la justicia.

En cuanto a la realidad del daño y la cuantificación del mismo derivado de un lado extemporáneo, debemos diferenciar claramente dos situaciones totalmente distintas: La primera, cuando el laudo haya sido anulado por haberse dado las partes un plazo preclusivo para su emisión, lo que provoca que desde el día siguiente a la caducidad del mismo el árbitro pierda el poder del que ha sido investido por las partes para laudar; y la segunda, que las partes se hayan ajustado a lo previsto por defecto en la NLAB, que contempla específicamente, sobre la base del principio de conservación del arbitraje, que el laudo extemporáneo será siempre válido, con independencia de que el retraso en laudar implique la depuración de responsabilidades para el árbitro.

Por lo tanto, en el primer caso el daño es evidente, puesto que consiste en la anulación del laudo, lo que obliga a las partes a iniciar un nuevo procedimiento arbitral o acudir a la jurisdicción estática, dependiendo de lo que hubieran previsto en el convenio arbitral regulador del arbitraje fallido. En el segundo caso, dado que el laudo no pierde sus efectos, el daño debe evaluarse en atención al impacto económico negativo que haya podido tener para las partes la demora en contar con el citado laudo como base para la ejecución de lo en él resuelto. Lógicamente, esto entraña una mayor dificultad probatoria para el reclamante, pues se habrán de dar casos muy excepcionales en los que una demora razonable en el plazo para laudar, que nosotros entendemos en los 2 meses que la propia NAL sugiere que se permitan de ampliación por parte de los árbitros de forma directa, haya producido de forma cierta y cuantificada un daño emergente o un lucro cesante para la parte reclamante.

Pasemos ahora a analizar el último elemento de la responsabilidad del árbitro, que es el nexo causal con el daño producido. En el caso del laudo anulado por extemporáneo, el nexo causal es fácil de determinar si se trata de un árbitro único, y su actuación a lo largo del procedimiento arbitral ha hecho imposible que se cumpliera el plazo previsto por las partes para la emisión del laudo. En el caso de un Colegio Arbitral es más complicado, porque se deben singularizar los comportamientos de cada uno de los miembros del Colegio Arbitral y atribuirles en la medida que sea adecuado su parte de responsabilidad en el retraso. Recordemos que la responsabilidad exige una imputabilidad personal en el ámbito de la NAL, sin que quepa equiparar al Colegio Arbitral con la institución arbitral, lo que significa que la reclamación debe presentarse contra cada uno de los miembros del Colegio Arbitral de forma individualizada, sin que exista la posibilidad jurídica de reclamar al colegio arbitral y que después los diferentes miembros traten de repercutirse entre sí la posible indemnización a la que tuviera que hacer frente. Lo que sí que cabría es plantear un litisconsorcio pasivo al igual que conceptualmente también tendría sentido un litisconsorcio activo de las partes, si estas coinciden en que la actuación del árbitro o de los árbitros les ha producido un perjuicio indemnizable en virtud de la NLAB.

Cuando el daño producido venga motivado por la demora en contar con el laudo, el nexo causal debe poner en relación el contar con el laudo en una fecha posterior a la máxima fijada para ello, como consecuencia de la conducta del árbitro, y el citado daño.

3.3. Obligaciones del árbitro posteriores a la emisión del laudo

Cumplida la obligación de laudar, ya está hecho lo fundamental. Sin embargo, no cesan todas las obligaciones del árbitro, que si bien bajan de importancia, no deben dejar de ser cumplidas diligentemente. Estas son las siguientes:

1. Cuidar de que el laudo sea notificado a las partes fehacientemente.
2. Cumplir, si procede, el deber de aclarar cualquier concepto u omisión sufrida en el laudo, o corregir cualquier error de copia, de cálculo, tipográfico o similar y viceversa, denegar las pretensiones de aclaración, corrección o subsanación cuando sean manifiestamente improcedentes.
3. Remitir al Tribunal Superior de Justicia todas las actuaciones para la tramitación del expediente arbitral en el caso de que fueran requeridas al interponerse un recurso de anulación.

3.3.1. Protocolización y notificación del laudo

3.3.1.1. Protocolización

El artículo 37 NLAB, en su número 8, estipula:” *El laudo podrá ser protocolizado notarialmente. Cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar de los árbitros, antes de la notificación, que el laudo sea protocolizado.*”⁵⁵⁸

De este modo, en la NLAB se suprime el carácter preceptivo de la protocolización notarial del laudo. Esta exigencia es desconocida en prácticamente todas las legislaciones de arbitraje, por lo que se opta por no mantenerla, salvo que alguna de las partes lo pida antes de que el laudo se notifique, por considerarlo conveniente a sus intereses. El laudo es, por tanto, válido y eficaz aunque no haya sido protocolizado, de modo que el plazo para ejercitar la acción de anulación transcurre desde su notificación, sin que sea necesario que la protocolización, cuando haya sido pedida, preceda a la notificación. Y tampoco la fuerza ejecutiva del laudo se hace depender de su protocolización, aunque en el proceso de ejecución, llegado el caso, el ejecutado podrá hacer valer por vía de oposición la falta de autenticidad del laudo, supuesto que puede presumirse excepcional.

En atención a lo anterior, la NLAB no impide la protocolización del laudo. Como dice HINOJOSA⁵⁵⁹, “en efecto, que no sea preceptiva no implica que no pueda llevarse a cabo. Para ello, bastará que alguna de las partes lo solicite, a su costa, necesariamente antes de que el laudo sea notificado, lo cual no significa que la protocolización haya de hacerse en este tiempo”. Como aclara la Exposición de

⁵⁵⁸ Antecedentes, concordancias, y otras referencias legislativas: Art. 31 Ley Modelo Uncitral. Arts. 30.1 y 2, 32.1, 33.1 y 2, 34, 35 y 45.3 LAB.

⁵⁵⁹ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL: *Comentarios a la Ley 60/2003 de Arbitraje*. Madrid. 2011. Editorial Aranzadi. Pags 509 y ss

Motivos también, es perfectamente posible que la protocolización se efectúe después de la notificación. Así pues, el plazo para el ejercicio de la acción de anulación se computará desde la notificación del laudo, y no desde su protocolización.

La falta de protocolización no obsta a la plena validez y ejecutabilidad del laudo. Ello no obstante, el mismo legislador que ha suprimido esta exigencia confiere a la protocolización del laudo una eficacia notable en materia de ejecución forzosa, hasta el punto de que la disp. final NLAB ha adicionado un núm. 4º al apartado 1 del art. 559 LEC, conforme al cual, si el título ejecutivo fuera un laudo arbitral no protocolizado, el ejecutado podrá oponerse a la ejecución alegando “*la falta de autenticidad de éste*”, aunque manifiesta en la Exposición de Motivos que tal alegación “*puede presumirse excepcional*”.

En cualquier caso, desde el punto de vista de la responsabilidad del árbitro, en cuanto a fehaciencia de fecha y contenido del laudo, la protocolización es una garantía para el árbitro diligente, puesto que le permitirá dar fe de los anteriores extremos en el ámbito de una potencial reclamación. Por lo tanto, debiera recomendar a las partes que acordaran la protocolización, a su cargo; y, en caso de que no prospera tal sugerencia, sería recomendable que procediera por sí mismo a la citada protocolización, de forma que en el protocolo del Notario quedara una copia original del laudo indisolublemente unida al acta de protocolización, ya que tan importante como dar fe de la ficha y de los árbitros firmantes es poder advenir el contenido del laudo.

Lógicamente, las anteriores precauciones cobran su mayor sentido en un arbitraje *ad hoc*, puesto que en los arbitrajes administrados la Institución arbitral permanente, si tiene el nivel de organización y seriedad requerible, llevará un registro de todos los laudos emitidos, con las adecuadas garantías de integridad y control.

3.3.1.2. Notificación a las partes

El artículo 37 NLAB, en su número 7, estipula: “*Los árbitros notificarán el laudo a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3, dentro del mismo plazo establecido en el apartado 2.*” Es decir, que una vez dictado el laudo, los árbitros lo notificarán a las partes y la notificación se hará en la forma y en el plazo que las partes hayan acordado o que se establezca en el reglamento arbitral que fuere aplicable. En defecto de lo anterior, la forma de la notificación será mediante la entrega –téngase en cuenta, a estos efectos, lo previsto en el art. 5 a) NLAB-, a cada una de las partes, de un ejemplar del laudo firmado por los árbitros, en los términos previstos en el párr. 3 del artículo 37 NLAB.

Asimismo, si nada se hubiera dispuesto, la NLAB establece que la notificación del laudo se hará “*dentro del mismo plazo*” establecido en el párr. 2, lo cual significa que la notificación no puede hacerse una vez cumplido el plazo para la emisión del laudo. Esta previsión es razonable, por cuanto que, como hemos reiterado, el plazo del arbitraje constituye el límite de las facultades de los árbitros, y, además,

el dejar indeterminado el tiempo de la notificación podría haber supuesto una dilación del conocimiento de la decisión arbitral por las partes. Sin embargo, deja de tener mucho efecto práctico a tenor del artículo 37.2 NLAB, ya que si el laudo continúa siendo válido a pesar de ser extemporáneo, lógicamente todo lo referente a su posible protocolización y notificación a las partes se realizará transcurrido el plazo no preclusivo fijado por las partes para laudar.

La notificación formal del laudo a las partes es un elemento accesorio del mismo y en ningún caso puede provocar su nulidad, tal y como refleja la sentencia del Tribunal Supremo núm. 514/1996 (Sala de lo Civil), de 12 junio, de la que fue ponente BARCALÁ TRILLO-FIGUEROA, al afirmar que *“...lo que no cabe negar es que el recurrente dicho y, por su mediación, el otro recurrente señor Z. I., tuvieron pleno conocimiento del laudo y hasta el punto que en virtud de ese conocimiento formalizaron el presente recurso, **no sufriendo, por tanto, ninguna indefensión por la ausencia de notificación formal**, y de aquí, que no proceda declaración de nulidad alguna por semejante circunstancia omisiva, aparte de que la inexistencia de notificación legal del Laudo no se encuentra contemplada en el precitado artículo 1733 como motivo de nulidad⁵⁶⁰”*.

No obstante, esta sentencia parte de la premisa de que ambas partes conocieron el laudo a tiempo para poder instar el recuerdo de aclaración y la acción de impugnación, con independencia de que no se produjera una notificación formal del laudo. Circunstancia distinta, aunque sumamente extraña en la práctica, sería que por error del árbitro o de la Institución arbitral una de las partes recibiera el laudo después de la otra. Sin embargo, en realidad ello no tiene consecuencias prácticas negativas para la parte que sufre la dilación ya que como dispone el artículo 41.4 NLAB, la acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.

Por lo tanto, nos encontraríamos con las siguientes situaciones posibles:

1.- La parte que ha recibido sin dilación la notificación del laudo, presente un recurso de aclaración, en virtud del artículo 39 NLAB. Puesto que la NLAB exige una vista de ambas partes y que haya posibilidad de contradicción, eso significa que el árbitro habrá de comunicar en ese mismo la petición de aclaración y por lo tanto solventar el problema de notificación, computándose desde ese momento el plazo para la aclaración para la parte que ha sufrido la dilación. Si el árbitro no comunicar la solicitud de aclaración estaría vulnerando principios procesales básico y la citada aclaración estaría viciada de nulidad, exigible en la acción de impugnación.

2.- La parte que ha recibido sin dilación la notificación del laudo presenta una acción de impugnación dentro de plazo y en este caso es el Tribunal Superior de Justicia, al comunicar tal extremo a la parte que ha sufrido la dilación, quien le

⁵⁶⁰ Como tampoco se contempla en el artículo 41 NLAB ni se contempló en el artículo 45 LAB

comunica el laudo y le deja la puerta abierta para que impugne el laudo, considerándose como fecha de notificación la citada comunicación del Tribunal.

3.- La parte que ha recibido sin dilación la notificación de laudo no solicita aclaración ni impugna el laudo en los dos meses siguientes. Cuando recibe la notificación la parte que ha sufrido la dilación, para ella ese será su fecha de cómputo de los plazos para la aclaración y para la acción de impugnación, debiendo el árbitro plegarse a ello y resolver la aclaración en caso de que le fuera solicitada. Es decir, en este peculiar caso cada parte tendrán un día a quo sensiblemente diferente para el cómputo de los citados plazos, que plantearía más inconvenientes si el de la parte que hubiera sufrido la dilación fuera dos meses posterior a la fecha de firma del laudo y de supuesta notificación del mismo.

En cuanto a la responsabilidad que tendrían los árbitros en estos escenarios, decir que para que la misma tuviera cabida habrían de producirse las siguientes circunstancias concurrentes:

- a. Que mediara dolo o negligencia grave en la dilación de la notificación
- b. Que se derivaran daños ciertos y medibles para la parte que ha sufrido la dilación, producidos por la imposibilidad de presentar el recurso de aclaración por considera el árbitro que el plazo ya había precluido.
- c. Que se derivaran daños ciertos y medibles para la parte que ha sufrido la dilación, producidos por la imposibilidad de presentar la acción de impugnación en el caso de que el Tribunal Superior de Justicia estimara que ha transcurrido el plazo⁵⁶¹ para instar la impugnación.

Las circunstancias a) y b) son muy improbables, puesto que difícilmente el árbitro va a negar el recurso de aclaración, ya que ello contaminaría el cumplimiento de los principios procesales viciando de nulidad al laudo; y difícilmente el Tribunal Superior de Justicia competente va a rechazar la acción de impugnación si se acredita adecuadamente la fecha real de notificación. Por otro lado, tal y como han expuesto numerosas sentencias del Tribunal Supremo, citadas en esta propia obra, no se puede considerar como un daño directo emergente la imposibilidad de

⁵⁶¹ La Sentencia n.º. 28/2012 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, de fecha 10 de Julio, señala que "Tratándose del **plazo** para el ejercicio de una acción, no de la interposición de un recurso -como se ha cuidado de destacar la exposición de motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, al decir " lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del **laudo** "- ese plazo no está sujeto a posible suspensión ni puede ser objeto de interrupción, ni está afectado por la inhabilidad para la realización de actuaciones judiciales establecida en los artículos 182 y 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Así lo vienen entendiendo los Tribunales de Justicia en sus resoluciones, entre las que cabe citar como más reciente la sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de Enero del 2012 (ROJ: STSJ PV 3/2012). La propia sentencia que citó la defensa de los demandantes en el acto de la vista del juicio verbal (SAP, Civil sección 9 del 14 de Mayo del 2004 (ROJ: SAP M 7056/2004) corrobora, a sensu contrario, esta interpretación, por cuanto dicha sentencia, basada en la normativa anterior a la Ley 60/2003 y en la denominación como recurso de la actual acción de anulación de laudo arbitral, consideró que el objeto del (entonces) llamado recurso de anulación "no implicaba el ejercicio de una acción sino un recurso", argumento en el que apoyó su conclusión de que "ese plazo es procesal con la consiguiente exclusión de los días inhábiles".

acceder a una instancia de revisión, en el caso del arbitraje muy limitada, porque ello estaría presuponiendo que la parte reclamante tenía la certeza de cual iba a ser el desenlace de la impugnación, lo que repugna al buen derecho.

3.3.1.3. Inscripción del laudo

En cuanto al Laudo que deba ser inscrito, el mismo deberá contener todos los elementos necesarios para su identificación y autenticación, así como las indicaciones precisas de los asientes que debe realizar el Registrador, tanto en el ámbito Mercantil al que nos referimos en el arbitraje estatutario, como en el ámbito del Registro de la Propiedad.

Con arreglo al principio de legalidad (art. 18.2 Código Comercio y 6 RRM) los Registradores “calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que la otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro”.

Tratándose, pues, de laudos inscribibles existe un postrero control de legalidad del procedimiento arbitral: el de la calificación del Registrador. Su intervención, necesaria y previa a la inscripción, no supone una instancia revisora del laudo o de la función arbitral, sin embargo puede resultar en la suspensión o en la denegación de la inscripción en el Registro del laudo dictado, que por ello perderá toda su utilidad. El Registrador, como funcionario calificador, pronuncia un juicio de conformidad o disconformidad al ordenamiento jurídico y, por ende, sobre la aptitud o no para la inscripción, del laudo dictado. Esa intervención no debe de extrañar porque existe incluso respecto a las resoluciones judiciales sujetas también al control de la calificación registral (art. 100 R.H.). Téngase también presente que contra la calificación que «atribuya al título algún defecto que impida su inscripción» pueden los interesados interponer recurso gubernativo (posterior, pues, a un eventual recurso de anulación) -arts. 66 y ss. RRM ante la DGRN

Por lo tanto, es responsabilidad del árbitro hacer una redacción del Laudo que posibilite que del mismo se deriven las inscripciones que sean precisas, tras la protocolización notarial del mismo. La posible denegación de las inscripciones por dolo o negligencia grave del árbitro sería, a nuestro juicio, una causa de exigencia de responsabilidad a tenor del artículo 21 NLAB, siempre que de ese fracaso registral se derivaran consecuencias ciertas y cuantificables para la parte reclamante.

Sin embargo, resulta innegable que la reforma se quedó coja ya que, además de la NLAB, se debió modificar el artículo 521 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluyendo la mención a los laudos de carácter constitutivo, de la misma forma que lo hace con las sentencias. De igual forma debió haberse modificado los artículos 94.10º y 95 del Reglamento del Registro Mercantil, con la finalidad de incluir los laudos arbitrales como resoluciones inscribibles en el Registro Mercantil, sin necesidad de ninguna ejecución previa.

Como sugerencia, aunque en muchos casos no sea obligatorio, en los arbitrajes *ad hoc*, es decir, en los que no haya una institución arbitral permanente que

custodie y de fe de todos los laudos emitidos por sus árbitros bajo su amparo, animaría encarecidamente a los árbitros a protocolizar notarialmente siempre su laudo, junto con su aclaración, de haberse producido, con el fin de disponer siempre de un documento auténtico del laudo, con constancia de fecha de emisión y contenidos y evitar posibles discusiones o recriminaciones en el que caso de que se instara su anulación. Otra sugerencia sería que el árbitro designado o el colegio arbitral, pendiente el procedimiento y antes de pronunciar el laudo, solicite informe al Registrador, informe por supuesto no vinculante ni para los árbitros ni para aquél, pero que puede ser muy conveniente para determinar el alcance de los asientos registrales, las condiciones de inscribibilidad del futuro laudo, etc...

3.3.2. Resolución del Recurso de aclaración

En el Derecho Romano, FERNANDEZ DE BUJAN, A.⁵⁶², a quien citamos literalmente, nos recuerda que “El árbitro no podía alterar su sentencia, ni aunque hubiese incurrido en error al dictarla, aunque sí los términos propios de la preparación de la causa, *causa preparatione*, así en D. 4.8.19.2: «Habrà que determinar acerca de si el árbitro puede modificar su sentencia. En alguna ocasión se ha discutido para el caso de que el árbitro dispusiera que se diera alguna cosa, y después lo negara, si deberá darse lo que mandó o lo que prohibió. Sabino era de la opinión de que sí puede el árbitro alterar su sentencia. Casio procura disculpar la opinión de su maestro explicando que Sabino no se refería a la sentencia conclusiva del arbitraje, si no a las decisiones atinentes a la preparación de la causa, así si mandó a los litigantes que se presentasen el primer día del mes, y con posterioridad resolvió que se presentasen el quince, dado que puede variar la fecha, pero no si condenó o absolvió, pues al dejar de ser árbitro, no puede ya alterar la sentencia» y en D. 4.8.20: «Porque el árbitro, aunque hubiere incurrido en error al dictar la sentencia, no puede corregirla»⁵⁶³.

Por su parte, el artículo 39 NLAB⁵⁶⁴ presenta la siguiente redacción:

1. *Dentro de los 10 días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros:*
 - a) *La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.*
 - b) *La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo.*
 - c) *El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él.*

⁵⁶² Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Bases romanísticas*.....Op. cit.

⁵⁶³ En opinión de la Pira, *Compromissum*..., cit., págs. 216 y sigs., si la sentencia del árbitro no se ajusta al acuerdo de las partes contenido en la estipulación, el árbitro podría y debería proceder a la modificación de su sentencia.

⁵⁶⁴ Antecedentes, concordancias, u otras referencias legislativas: Art. 33 Ley Modelo Uncitral. Art. 36 LAB. Art. 41.4 NLAB

2. *Previa audiencia de las demás partes, los árbitros resolverán sobre las solicitudes de corrección de errores y de aclaración en el plazo de 10 días, y sobre la solicitud de complemento en el plazo de 20 días.*
3. *Dentro de los 10 días siguientes a la fecha del laudo, los árbitros podrán proceder de oficio a la corrección de errores a que se refiere el párrafo a) del apartado 1.*
4. *Lo dispuesto en el artículo 37 se aplicará a las resoluciones arbitrales sobre corrección, aclaración y complemento del laudo.*
5. *Cuando el arbitraje sea internacional, los plazos de 10 y 20 días establecidos en los apartados anteriores serán plazos de uno y dos meses, respectivamente.*

Como señala HINOJOSA⁵⁶⁵, el Título VI NLAB finaliza con la regulación de ciertas actuaciones complementarias, y que son comunes a los procesos judiciales, cuales son la corrección, la aclaración y el complemento del laudo. La aclaración del laudo se ha reconocido tradicionalmente en nuestro Derecho histórico pues las Partidas⁵⁶⁶ ya permitían «*enterpretar las palabras de su juyzio si fuessen escuras, o naciesse alguna dubda sobre ellas*». Además, como señala VICENTE y CARAVANTES⁵⁶⁷, era aplicable a los árbitros lo dispuesto en el artículo 77 L.E.C. de 1855, sobre que «no pueden los Jueces variar ni modificar la sentencia una vez pronunciada, pero sí aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquiera omisión sobre punto discutido en el litigio a instancia de parte». Y su corrección se incorporó a la legislación arbitral en virtud de LAB (art. 36). Ahora, la NAL añade a estas actuaciones la del complemento del laudo.

Asimismo, la jurisprudencia había admitido la figura de la aclaración de laudos, como vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1990 [2] (R.A. 3.739), que dice que ***“la aclaración de un laudo, igualmente que la de una sentencia, forma parte integrante del laudo mismo, y si éste quedó firme por no impugnarse en casación en los reducidos límites permitidos por la Ley de Enjuiciamiento, entonces vigente, es claro que la Sala se atuvo a los términos del expresado laudo aclarado por los propios Jueces de equidad, cualquiera que fuere su procedencia temporánea o material temática, por resolver fuera del plazo estipulado en la escritura de compromiso o sobre extremos no sujetos a la decisión”***

La corrección, aclaración o complemento del laudo podrán solicitarse por las partes dentro de los 10 días siguientes a la notificación del laudo -5 días en la LAB-, a no ser que hubieran acordado otro plazo; configurándose la cuestión del plazo como la única facultad de las partes en relación con estas actuaciones, a diferencia de lo dispuesto por el art. 33 de la Ley Uncitral, según el cual, la aclaración o interpretación sólo es posible si lo acuerdan las partes, y el complemento o adición será posible, salvo acuerdo en contrario de las partes.

⁵⁶⁵ Cfr. HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL: *Comentarios.....Op cit*

⁵⁶⁶ Partidas, 3, 18, 106 «como de uen fazer la carta del compromiso»

⁵⁶⁷ VICENTE y CARAVANTES, JOSE: *Tratado histórico.....Op. Cit*

También constituye una novedad la previsión de que los árbitros, por propia iniciativa, puedan proceder a la corrección de errores de cálculo, de copia, tipográficos, o de naturaleza similar. La NAL sigue en este punto lo dispuesto en el art. 33.2 de la Ley Modelo, debiendo quedar claro que los árbitros, de oficio, no podrán realizar las otras actuaciones mencionadas⁵⁶⁸. En este caso, como nada dispone la Ley, no parece necesario que, con carácter previo a la decisión, se dé audiencia a las partes. El plazo para resolver será el de 10 días.

La corrección podrá tener por objeto cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar; la aclaración versará sobre la interpretación de algún punto o parte concreta del laudo; y el complemento, respecto de peticiones formuladas durante el procedimiento y que no hubiesen sido resueltas por los árbitros. El haber incorporado el complemento de los laudos nos parece singularmente acertado; y ello, fundamentalmente, porque no es posible impugnar un laudo por no haber resuelto los árbitros algún punto sometido⁵⁶⁹, con lo que, como hemos visto anteriormente, este recurso de aclaración juega en la NAL como requisito imprescriptible para poder invocar la incongruencia omisiva en la acción de impugnación, en el caso de que el árbitro no procediera a integrar el complemento solicitado en el entramado decisional del arbitraje.

La Sentencia nº. 486/2008 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12, de 10 de Junio de 2008, nos muestra la visión jurisprudencial actual sobre el recurso de aclaración, al señala que *“con arreglo al artículo 39.1 la Ley de Arbitraje , se puede solicitar al tribunal arbitral, entre otras cuestiones: "El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él", y pese a que la hoy demandante de nulidad solicitó la aclaración del laudo, en modo alguno aludió a la omisión de pronunciamiento con respecto a la cuestión que actualmente plantea, por lo cual si la parte no acudió al medio que prevé la legislación para obtener la subsanación del defecto que actualmente alega como determinante de vulneración del orden público, su pretensión debe ser desestimada, dado que es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional que establece que quien alega haber padecido indefensión ha de haber agotado las posibilidades que el ordenamiento le ofrece para corregir la infracción que alega le ocasiona indefensión, ya que en la producción indefensión no debe haber intervenido en forma alguna la parte que la ocasiona (STC 27-03-2000, 22-07-1999, 25-01-1999 y 23-06-1997) , debiendo tenerse en cuenta que la incongruencia, de existir, lo que determina es indefensión por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española , por lo cual tal alegación debe ser desestimada, ya que la demandante no ha agotado los medios que el*

⁵⁶⁸ En cambio, el art. 267 LOPJ (redactado por la LO 19/2003, de 23 de diciembre) sí permite la aclaración y el complemento de oficio de las resoluciones judiciales.

⁵⁶⁹ La nueva regulación ha puesto fin a la polémica suscitada durante la vigencia de la LAB, acerca de si las omisiones de pronunciamiento podían ser suplidas mediante el expediente de la “aclaración” del laudo, que, entonces, permitía la “aclaración de algún concepto oscuro u omisión del laudo”.

ordenamiento le ofrece para evitar la pretendida indefensión que actualmente aduce al alegar la incongruencia omisiva del laudo.

La citada también nos sirva para reiterarnos en el tratamiento que se debe dar a la incongruencia omisiva en el recurso de anulación, ya que indica que “... con respecto a la incongruencia omisiva, la doctrina del Tribunal Supremo ha venido elaborando, en sintonía con la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, el concepto y límites de dicha excepción, habiendo señalado a tal efecto que **basta con que la sentencia dictada dé respuesta jurídica a las pretensiones de las partes, sin necesidad de ajustarse estrictamente a lo alegado por éstas**, y en tal sentido cabe traer a colación la doctrina recogida, por todas, en la STC de 10-07-2000, la cual indica que “el Tribunal Constitucional ha ido señalando unas pautas generales para determinar en cada caso si la posible falta de respuesta se traduce en una incongruencia vulneradora del art. 24.1 CE . Así, se ha afirmado que **dicho precepto no garantiza el derecho a una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las cuestiones planteadas, de manera que “si el ajuste es sustancial y se resuelven, aunque sea genéricamente, las pretensiones, no existe incongruencia, pese a que no haya pronunciamiento respecto a las alegaciones concretas no sustanciales [ya que] no cabe hablar de denegación de tutela judicial si el órgano judicial responde a la pretensión principal y resuelve el tema planteado”** (STC 29/1987, de 6 de marzo, FJ 3), pues “**sólo la omisión o falta total de respuesta, y no la respuesta genérica y global a la cuestión planteada, entraña una vulneración de la tutela judicial efectiva**” (STC 8/1989, de 23 de enero, FJ 3). **E incluso, este Tribunal Constitucional ha ido más allá, al afirmar que el silencio puede constituir una desestimación tácita suficiente, si bien en tales casos es necesario que así pueda deducirse de otros razonamientos de la Sentencia o pueda apreciarse que la respuesta expresa no era necesaria o imprescindible** (SSTC 68/1988, de 30 de marzo, FJ 3; 95/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 85/1996, de 21 de mayo, FJ 3).”

La NLAB señala que cualquiera que sea la petición formulada, habrá de ser notificada a la otra parte, para su conocimiento y los árbitros antes de resolver las peticiones formuladas por las partes deberán dar audiencia a las demás, lo cual supone una importante novedad respecto de la Ley precedente. Por ello, cuando el arbitraje sea interno, parecen ser insuficientes los plazos dispuestos de 10 días (naturales) para la corrección y aclaración. Para el complemento del laudo, los árbitros tendrán 20 días (naturales también).

Nada establece expresamente la NAL, en el precepto que comentamos, sobre la posibilidad de que los árbitros no resuelvan en los plazos antedichos, y, sin embargo, el art. 41.4 *in fine* NAL relativo al cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación comenzará a contar “desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud [se refiere a la petición de corrección, aclaración o complemento del laudo], o desde la expiración del plazo para adoptarla”. Habida cuenta lo anterior, HINOJOSA concluye, y nosotros lo compartimos, que si los árbitros no resolvieran sobre la solicitud en el tiempo concedido, se entenderá que deniegan la petición (arg. art. 36.2 NAL), puesto que lo que la NAL contempla es

una solicitud que puede ser resuelta por los árbitros estimativa o desestimativamente.

La NLAB prevé una lógica ampliación de los plazos previstos en los párrafos anteriores cuando el arbitraje sea internacional. Concretamente, dispone que los plazos de 10 y 20 días, sean plazos de uno y dos meses, respectivamente. Lo que no precisa la NAL es si la ampliación de los plazos está referida exclusivamente a la resolución, o incluye también a la solicitud. A nuestro entender, la referida ampliación sólo es de aplicación a los plazos de la resolución, sobre todo teniendo en cuenta la justificación de la Exposición de Motivos, según la cual, en el caso de los arbitrajes internacionales puede bien suceder que las dificultades de deliberación de los árbitros en un mismo lugar sean mayores

Por último, indicar que las resoluciones sobre corrección, aclaración y complemento del laudo deberán reunir los requisitos de forma, contenido y notificación relativos al laudo, a que se refiere el art. 37 NAL, con la precisión de que la jurisprudencia y la doctrina sobre el recurso ordinario de aclaración coincide en que toda carencia de pronunciamiento comporta una denegación de la correspondiente pretensión, dado que el silencio no es omisión de pronunciamiento sino rechazo, no estimación sino denegación. Así pues, no decidir con respecto a una pretensión equivale a su desestimación y no se incide en el vicio de incongruencia por defecto salvo que en algún lugar se expresara que no se resuelve en virtud de una excepción no estimable de oficio que nadie hubiera propuesto, en cuyo caso sería propiamente incongruente pero por exceso.

Siempre será aconsejable la máxima sobriedad al resolver los recursos de corrección o aclaración. Es perturbador, salvo que sea clara su procedencia, proceder alegremente y aclarar lo que ya está claramente pronunciado en el laudo, o introducir matices no establecidos antes en el laudo. Los laudos, como las sentencias, no pueden ni siquiera por esta vía, modificarse. Debe tratarse claramente de un evidente y cierto error de cálculo, de copia, tipográfico o similar, o de una obscuridad que ciertamente sea tal. Pero teniendo siempre presente que la obscuridad debe recaer en el sentido del pronunciamiento, no en la brillantez del razonamiento, para que pueda lícitamente legitimar la pretensión aclaratoria.

En cuanto a las responsabilidades del árbitro en relación al recurso de aclaración o complemento, son idénticas a las que asume en relación al laudo, a las que nos remitimos, con el matiz de que se trata de una pieza abreviada dentro del procedimiento general y de que en la redacción de la contestación el árbitro debe mantener la congruencia tanto con las peticiones aclaratorias de las parte como con el texto dispositivo del laudo.

3.3.3. Colaboración con la Administración de Justicia

El artículo 37.3 NAL señala que aun cuando terminen las actuaciones arbitrales, los árbitros deben conservar la documentación del procedimiento. Cuando el arbitraje es institucional, la institución de arbitraje administrado asume esta

función, pero cuando se trata de un arbitraje ad hoc, han de ser los propios árbitros quienes lo hagan⁵⁷⁰.

Las actuaciones han de conservarse, según la NAL, durante el plazo que señalen las partes o, en su defecto, durante dos meses, contados desde que el procedimiento hubiera concluido, para que las partes, si lo estiman oportuno, soliciten la devolución de los documentos que hubieran aportado, sufragando el solicitante los gastos correspondientes. Compartimos con HINOJOSA la apreciación de que no se comprende bien que los árbitros puedan denegar la devolución de un documento aportado por la propia parte, por atender “*contra el secreto de la deliberación arbitral*”, cuando los documentos habían sido remitidos por la propia parte.

El plazo de conservación quiere hacerse coincidir con el plazo previsto en la Ley para el ejercicio de la acción de anulación, pero no es exacto, ya que el de conservación se computa desde la terminación de las actuaciones, mientras que el de la anulación se cuenta desde la notificación del laudo. De otra parte, la conservación de las actuaciones durante este tiempo puede revelarse insuficiente; y no sólo en caso de anulación del laudo, sino, eventualmente, también si es preciso recurrir a la ejecución forzosa. En el caso de la acción de impugnación, si el laudo se impugnara por algún defecto de carácter procedimental, el demandante deberá acompañar las actuaciones arbitrales –el expediente arbitral completo- si hubiera podido obtenerlas y en el caso de que los árbitros no las hubieran facilitado, el demandante podrá solicitar al tribunal que los requiera para su entrega (arg. art. 47.2 LAB).

De lo anterior no pueden derivarse responsabilidades para el árbitro puesto que aún siendo incapaz de poner a disposición de las partes sus documentos o del Tribunal Superior de Justicia el expediente arbitral por haber incumplido el deber de custodia del mismo, es difícil imaginar una situación en la que ninguna de las partes hubiera guardado su copia del expediente –recordemos que en virtud de los principios fundamentales que rigen el procedimiento arbitral, ambas partes tienen los mismos documentos-. Y en el caso de que no lo hubieran hecho, tal circunstancia también sería una negligencia por su parte, coadyuvante imprescindible para el resultado indeseado de no poder aportar el expediente al Tribunal para conocer de la acción de impugnación, por lo que como hemos explicado en esta obra, la responsabilidad del árbitro queda anulada por la responsabilidad de la parte que le reclama.

⁵⁷⁰ Debe destacarse que la NLAB no haga referencia a la figura del secretario del colegio arbitral, como la LAB hacía en su art. 20, máxime cuando su labor consiste en la actividad de documentación de las actuaciones arbitrales y en dar fe de lo actuado. Nos parece que es un olvido del legislador que no tiene ninguna explicación. Sobre este particular *vid.* “Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Arbitraje” del Consejo General del Poder Judicial, de 23 de septiembre de 2003; e HINOJOSA SEGOVIA, R.: “La nueva Ley de Arbitraje (I). (Disposiciones generales. El convenio arbitral y sus efectos. Los árbitros y su competencia. La sustanciación de las actuaciones arbitrales)”, *Economist&Jurist*, año XIII, marzo 2004, núm. 78, pág. 30. Lo más lógico es que las actuaciones originales queden bajo la custodia del secretario del colegio, si lo hubiera, o, en otro caso, del presidente.

3.3.3.1. **Posible participación del árbitro en la acción de impugnación**

Como hemos visto la resolución del recurso de anulación es, en muchos caso, determinante para la exigencia de responsabilidades al árbitro. Hay que tener en cuenta que el árbitro deja de serlo en el mismo momento en el que expira el plazo para laudar o emite el laudo, convirtiéndose en un ciudadano particular, que como tal puede sentirse legitimado tanto para defender el laudo en la acción de impugnación como para pedir su ejecución, aunque en este caso exclusivamente en lo relativo al pago de sus honorarios. Asimismo, su defensa del laudo solamente podría centrarse en los motivos de anulación que pudieran serle imputados, ya que de ellos devendría su posible responsabilidad de mediar negligencia grave o dolo.

Debemos empezar nuestro análisis citando el Auto Tribunal Constitucional núm. 326/1993 (Sala Primera, Sección 2ª), de 28 octubre, que señala que **“no pueden confundirse los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que se encontraban en conflicto por razón de un contrato de obra, y que habían sometido sus diferencias a la decisión arbitral, con el interés del árbitro designado por ellos. No cabe ignorar que el árbitro designado por los particulares aspira lícitamente a que su labor sea reconocida: a que el laudo dictado por él sea declarado válido, y que despliegue sus naturales efectos. Pero la posición que un árbitro ocupa en nuestro Derecho no es equiparable a la de un ciudadano particular, como era el caso del profesional que dio lugar a la STC 97/1991. A tenor de la Ley de Arbitraje de 1988, el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de iuris dictio, pues el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (SSTC 62/1991 [RTC 1991\62], fundamento jurídico 5.º, y 288/1993 [RTC 1993\288], fundamento jurídico 3.º). Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la Ley; y sólo carece del imperium⁵⁷¹ necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles. Los órganos del Poder Judicial limitan su intervención a despachar la ejecución «por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias firmes» (art. 53, Ley del Arbitraje), salvo que anulen el laudo. Y dicha anulación sólo puede tener lugar en un recurso**

⁵⁷¹ Vid D'ORS, ALVARO: Anuario de historia del derecho español, N° 14, 1943, págs. 620-622. “En la apertura contemporánea del problema de un nuevo derecho público y en torno a las repercusiones que lleva a la vida internacional, están jugando papel principalísimo ideas cuya fecundidad aparece comprobada en la Historia. Semejante al tema de la concepción de lo político sobre las ideas de amistad y enemistad—con su contraste con aquellas versiones que hicieron de la "tranquillitas" substracto de la convivencia humana, en un fluir y refluir que reafirma la sistemática de los "corsi e ricorsi" no tanto en su existencia como en su fundamentación lógica, está a nuestra vista en una ojeada por la bibliografía europea de este último lustro, el problema de la cimentación ideológica del Poder—y de un Poder por cima de los sabidos poderes estatales.”

específico, competencia de las Audiencias Provinciales, que se encuentra limitado a las causas tasadas que enumera la Ley en su art. 45. Simultáneamente, el art. 10 de la Ley de Arbitraje impide a los Juzgados y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje.

No es casual que las SSTC 231/1991 (RTC 1991\231) y 288/1993 hayan preservado la vertiente del art. 24.1 CE que asegura la inmutabilidad y ejecución de las resoluciones judiciales firmes al conocer de la ejecución judicial forzosa de un laudo arbitral en el primer caso, y de su anulación en el segundo. Y la STC 43/1988 (RTC 1988\43), por su parte, sentó que el art. 24.1 CE impide al Tribunal judicial que controla la regularidad de un laudo en sede de recurso de nulidad interferir en el proceso arbitral.

2. Esta configuración institucional que tienen los árbitros que dictan laudos, a los que la Ley reconoce una fuerza jurídica específica, de tal modo que despliegan unos efectos en gran medida equiparables a los de sentencias judiciales, impide que este Tribunal pueda entrar a conocer en el fondo del presente recurso de amparo. En efecto, el árbitro como tal no puede personarse y actuar como una parte más en los procesos que puedan desencadenarse con ocasión de su laudo. Es a los titulares de los derechos e intereses legítimos que se encuentran en litigio a quienes corresponde su defensa en los correspondientes cauces procesales, incluido en su caso el recurso de amparo en sede constitucional, si se viera afectado alguno de sus derechos fundamentales susceptibles de protección ex art. 53.2 CE.

El presente recurso de amparo no ha sido interpuesto por el promotor ni por el constructor de la obra en litigio, que son los titulares de los derechos e intereses legítimos protegidos por el derecho fundamental declarado en el art. 24.1 CE. Por consiguiente, es claro que la presente demanda carece manifiestamente de contenido que justifique su admisión [art. 50.1, c) LOTC].

Una lectura apresurada de este Auto pudiera llegar a afirmar tajantemente que en ningún caso el árbitro puede ser parte en la impugnación del laudo ejercida por un de las partes. Sin embargo, es preciso reinterpretar los términos de la demanda de amparo, en la que leemos que “.....se ha producido indefensión, respecto a la posibilidad procesal de que el actor hubiese podido hacer valer sus derechos en el proceso seguido ante la Audiencia Provincial de Barcelona. El tenía un interés legítimo y manifiesto en el mantenimiento de su resolución, por lo que no podía ni debía ser mantenido al margen del proceso que tenía por objeto precisamente poner en tela de juicio la corrección de su proceder; la sentencia impugnada formula reproches a su actuación como árbitro, sin haber dado oportunidad al autor del laudo para defenderse. Es cierto que la Ley de Arbitraje no prevé de forma específica la intervención del árbitro en defensa de su laudo; pero ello no puede impedir que se reconozca este derecho, dado su carácter fundamental, como declaró la STC 97/1991 (RTC 1991\97), en un supuesto análogo.”

A nuestro juicio la indefensión, como claramente ha reiterado el Tribunal Constitucional, no puede alegarse *in genere*, sino que tiene que concretarse en una realidad concreta, que desde luego no puede ser el pretendido interés legítimo

de conservación del laudo, que es a su vez un interés indeterminado. Por lo tanto, el árbitro, como parte adherida, tendrá un interés legítimo concreto en la conservación del laudo cuando de su anulación total o parcial las partes quieran fundamentar la relación causa-efecto con su actuación para exigirle responsabilidades a tenor del artículo 21 NLAB; y si no es escuchado en ese proceso, puede producirse indefensión, puesto que si las responsabilidades se depuran posteriormente ante un juez de primera instancia, éste habrá de tomar como cosa juzgada la valoración realizada por el Tribunal Superior de Justicia de las causas de anulación del laudo planteadas, de las que no ha tenido conocimiento ni capacidad de opinión el árbitro, y que sin embargo van a obrar como fundamentos fácticos inatacables a la hora de resolverse su posible responsabilidad y la subsiguiente indemnización por daños y perjuicios.

Se pudiera argüir que al tener que exigirle las partes al árbitro su responsabilidad a tenor del artículo 21 NLAB en un juicio ordinario civil, en el juzgado del lugar donde se dictó el laudo, ese sería el procedimiento en el que el árbitro tendría la posibilidad de ser escuchado, sin necesidad de ser parte en la acción de anulación de laudo. Sin embargo, puesto que la sentencia que decide sobre el laudo es firme y por tanto cosa juzgada, su límite de defensa es mínimo, ya que la anulación del laudo -la base para exigirle su responsabilidades- es un hecho no controvertible sobre el que no puede opinar ni defenderse, quedando reducido exclusivamente el litigio a determinar si hubo mala fe, temeridad o dolo en la actuación tachada del árbitro y cuáles han sido los daños y perjuicios efectivamente infligidos al demandante. Por lo tanto, nosotros defendemos la posibilidad del árbitro como parte adherida⁵⁷², nunca como actor, en la acción de impugnación del laudo, y la posibilidad de que sea actor en una demanda de amparo si tal condición de parte adherida se le niega al mediar una exigencia de responsabilidad por las partes. Como señala MARESCA CABOT⁵⁷³, lógicamente, el ostentar legitimación sobre la base de la defensa de un derecho o interés legítimo comporta la necesidad, para poder acceder al proceso, de que las partes (recurrente, recurrida en grado principal o coadyuvante) sean directamente citadas y emplazadas a la sustanciación del mismo, siempre y cuando sean conocidas o identificables, lo que

⁵⁷² Las formas de intervención del tercero en el proceso son múltiples, dependiendo de la iniciativa en cuanto a la intervención y de la posición del tercero en cuanto a las repercusiones que se derivarán para él del proceso pendiente. Atendiendo al segundo criterio, la intervención se distingue en principal o adhesiva. A su vez la intervención adhesiva se subdivide en intervención litisconsorcial (si su legitimación le permitía instar el proceso automáticamente) o intervención adhesiva simple. Se define por la doctrina la intervención adhesiva simple como "la introducción en un proceso pendiente de un tercero que alega un interés propio en evitar un perjuicio jurídico que se le seguiría de los efectos reflejos de la sentencia que se dicte en dicho proceso (...). El tercero inicialmente es ajeno al litigio. Ahora bien, de la resolución que recaiga en éste pueden seguirse a él perjuicios jurídicos reflejos o indirectos, bien por razones de prejudicialidad, o por alguna conexión existente con las relaciones jurídicas entre la parte y el interviniente".

⁵⁷³ MARESCA CABOT, JUAN CARLOS. Algunas reflexiones sobre la posibilidad de que los árbitros y las corporaciones y asociaciones que administran el arbitraje sean parte en el recurso. Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona. N° 8, p. 15-37

en el caso del Arbitro es obvio porque de hecho tiene la obligación de remitir el expediente arbitral al Tribunal Superior de Justicia competente.

El problema se ha planteado también en el Derecho italiano, no existiendo una solución unánime aceptada. MORTARA considera que la intervención de los árbitros en el juicio de impugnación constituye un contrasentido jurídico (*un non senso giuridico*). No obstante, otros autores estiman que sería injusto que no pueda intervenir el árbitro en el juicio de impugnación del laudo, porque el artículo 813 del Código de Procedimiento Civil vigente, como el artículo 34 del derogado, les obliga al resarcimiento de daños cuando el laudo es anulado por no haber sido pronunciado en el plazo establecido por las partes o la ley. No puede por ello privarse a los árbitros del derecho adhesivo (*diritto adesivo*) de intervenir en el juicio de impugnación del laudo, pero exclusivamente en el caso apuntado.

En nuestro Derecho se podría argumentar de igual manera que en el italiano, pero la redacción actual hace imposible esa interpretación, que ya era complicada con la LAB, con un interpretación lata del término "otras partes". Por ello, sugerimos al Legislador que contemple tal posibilidad o, subsidiariamente, que incluya una fase previa de sustanciación en la acción de impugnación del laudo, en atención a su carácter devolutivo. Con ello, al igual que en todos los recursos devolutivos judiciales, el árbitro que lo deseara podría dar su opinión fundamentada sobre si concurren o no los motivos formales (puesto que de ello se trata, no sobre el fondo de la decisión arbitral) para proceder a dictar la nulidad del laudo, como si del juez *a quo* se tratara, salvando con ello la indefensión fáctica que actualmente se viene produciendo. Correspondería únicamente al órgano *ad quem*, el Tribunal Superior de Justicia, resolver la cuestión a la vista del informe del árbitro, de las alegaciones de las partes y de los documentos aportados.

4. CONCLUSIONES

4.1. Marco conceptual de la responsabilidad de los árbitros e instituciones arbitrales permanentes

4.1.1. Responsabilidad de los Árbitros

Partiendo de la teoría general de que todo hecho ilícito que cause un perjuicio trae aparejada la responsabilidad para su autor o de que todo daño injusto da derecho a una reparación a favor de aquel que lo ha sufrido, a salvo de los estatutos legales y reglamentarios que limitan o absuelven de responsabilidad a los árbitros, el principio general es que, tratándose de personas capaces, profesionales del derecho en la mayor parte de los casos, deben responder por los daños que causen en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, los árbitros se asemejan a los jueces en el sentido de que desempeñan una labor jurisdiccional que requiere ser ejecutada con imparcialidad e independencia, alejada de presiones innecesarias⁵⁷⁴. Existe una tensión natural entre el derecho común que obliga al autor de un daño a repararlo y elementos como la autoridad de la cosa juzgada, el carácter interpretativo de las normas, y la verdad jurídica en contraposición con la verdad material. No obstante, los árbitros no son jueces, carecen de investidura estatal. Son particulares, profesionales de distintos sectores, la mayoría de las veces abogados, que tienen una función transitoria que nace de una voluntad concorde de las partes que sustraen sus controversias sobre materias de libre disposición de la jurisdicción ordinaria para que sean decididas por personas independientes e imparciales⁵⁷⁵.

4.1.1.1. Marco de referencia de la responsabilidad de los árbitros desde la óptica del Derecho Romano

La historia del derecho nos demuestra que instituciones de tanta raigambre jurídica como la familia, la propiedad o el matrimonio son notablemente distintos de las instituciones que, con idénticas denominaciones jurídicas, fueron conocidas en otros momentos de dicha historia⁵⁷⁶. Y el arbitraje no es una excepción. Y así,

⁵⁷⁴ Vid. Auto del Tribunal Constitucional núm. 259/1993 (Sala Primera, Sección 1ª), de 20 de Julio.

⁵⁷⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 3 de Marzo de 1989; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 14 de Noviembre de 2003; y Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/1991 (Pleno) de 22 de Marzo de 1991.

⁵⁷⁶ La familia y paterfamilias del Derecho Romano poco tienen que ver con el concepto constitucional de familia; la concepción romana de la propiedad como plena in re postestas se encuentra muy distante del concepto actual de la misma en la que su función social influye decisivamente en el concepto de la institución. Más evidente es el caso del matrimonio que en Derecho Romano era la unión de un hombre y una mujer en consorcio para toda la vida en comunicación recíproca de intereses humanos y divinos mientras que actualmente en España, tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, se admite como matrimonio la unión de dos personas del mismo sexo y se admite que pueda disolverse sin necesidad de que concurra causa alguna.

como bien dejó dicho DE CASTRO⁵⁷⁷, puede resultar deseable desmitificar el arbitraje: “observando que no se trata de algo dado a priori sino de una figura cambiante resultado del variado entorno social y del juego de intereses de ciertos grupos sociales”. Y, por eso, para entender dicha institución creemos obligada una referencia, aunque sea sucinta, a los antecedentes históricos del arbitraje no sólo porque el conocimiento de los mismos puede servir de criterio hermenéutico de la NLAB al amparo del artículo 3 CC, sino también porque como señalaba DE CASTRO⁵⁷⁸: “el recuerdo de las sucesivas manifestaciones del arbitraje y el tenerlas en cuenta puede ser útil en la doctrina jurídica”.

El conocer las raíces de una figura jurídica puede explicarnos algunas de sus actuales características⁵⁷⁹. Especialmente, si como señala FERNANDEZ DE BUJAN, A.⁵⁸⁰, “del análisis de las concordancias examinadas entre el Derecho romano justiniano y la legislación actual en materia de arbitraje, cabe deducir la base romanística del arbitraje actual, en atención a la similitud existente entre numerosos textos romanos y las normas reguladoras de los distintos aspectos y soluciones previstas en la ley española de arbitraje y en el arbitraje internacional⁵⁸¹”.

Se ha señalado que “el arbitraje tiene orígenes y precedentes históricos que se confunden con la historia del derecho y de la humanidad”⁵⁸². Precisamente, por eso, es una institución tan arraigada en la historia del hombre⁵⁸³ y, por ello, tan conformadora de su ser y bien puede decirse que fue la primera forma de administrar justicia porque “históricamente la forma originaria de resolución de conflictos fue la justicia privada”⁵⁸⁴. Sus orígenes se pierden en la noche de los tiempos y, sin perjuicio de interesantes referencias mitológicas⁵⁸⁵ y bíblicas⁵⁸⁶, lo

⁵⁷⁷ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: “*El arbitraje y la nueva Lex Mercatoria*” Anuario de Derecho Civil, Tomo XXXII, Fascículo IV Octubre-Diciembre 1979 página 624

⁵⁷⁸ *Ibidem*.

⁵⁷⁹ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: “*El arbitraje...*” Op... cit. pág. 624. Como dice Cervantes en el Quijote “[...] la verdad, cuya madre es la historia, émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo porvenir”

⁵⁸⁰ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN A.: *Bases romanísticas.....Op. cit.*

⁵⁸¹ Cfr. BATY THOMAS, *The difference.....Op. cit.*

⁵⁸² Vid. ZAPPALA, F.: “*Universalismo histórico del arbitraje*” en Universitas Bogotá (Colombia) N° 121 pág 196, julio-diciembre de 2010

⁵⁸³ Señala ZAPPALA, F.: “*Universalismo...*” Op. cit. pág 198 que: “Actualmente, los Bereberes o Amazigh, habitantes autóctonos del Norte de África, aplican el arbitraje primitivo como forma de dirimir los conflictos, de acuerdo con una jurisdicción especial ejercida por el sacerdote de la plaza de mercado”.

⁵⁸⁴ Cfr. ZAPPALA, F.: “*Universalismo...*” Op. cit. pág. 196

⁵⁸⁵ Señala MEDINA LIMA, I.: “*El arbitraje privado en nuestro derecho*” en Revista de la Facultad de de Derecho de México, México. D.F. TXXXVIII Números 157-158-159 Enero Junio de 1988 p 158 que el pasado del arbitraje es tan lejano que se remonta a la mitología griega cuando Paris fue nombrado por Zeus para decidir cuál era la más bella entre las tres grandes deidades de la belleza femenina: Hera, Atenea y Afrodita, decidiéndose por esta última.

cierto es que los mismos se encuentran en la antigua Grecia⁵⁸⁷ y su configuración con los perfiles actuales se debe en gran parte al desarrollo que dicha institución conoce en el Derecho Romano. Por ello, la doctrina más autorizada considera que es en el Derecho Romano donde la institución del arbitraje adquirió raíces propias⁵⁸⁸. En realidad, como señala GARCIA GARRIDO⁵⁸⁹, el arbitraje no es sino uno más de las múltiples creaciones jurídicas de Roma, pues “Los romanos son los creadores del *ius gentium*, aplicable a los romanos y a los peregrinos, que influye al mismo tiempo en la organización administrativa de provincias y municipios que a la extensión de las fórmulas procesales y reglas e instituciones de los ciudadanos a los extranjeros.

La *stipulatio* nace en la jurisdicción del pretor peregrino como institución del derecho de gentes, que como desarrollo de la primitiva informalista *sponsio* admite en la pregunta y respuesta el griego o cualquier otra lengua que entiendan las partes. El crédito y el contrato de buena fe, con la creación jurisprudencial-pretoria de los préstamos y de los contratos consensuales, abre nuevos medios al comercio con los extranjeros. Los principios sobre la perfección y el cumplimiento del contrato, la responsabilidad de riesgo contractual, el dolo y la culpa del deudor, los vicios ocultos, los pactos y otras muchas aportaciones, son fruto de la elaboración de los jurisprudentes romanos que han permanecido en el transcurso de los siglos.”

⁵⁸⁶ Al respecto, OGÁYAR AYLLON, T.: *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*. Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1977, p. 38 señala como antecedente bíblico del arbitraje «el pasaje del Libro Génesis (capítulo XXXI, números 35 a 37) en el que, refiriéndose a una disputa entre Jacob y Labán por imputar éste a aquél el hurto de unos ídolos de su propiedad, propuso Jacob, para justificar su inocencia, que ‘pusiera su equipaje a la vista de mis hermanos y de los tuyos, y sean ellos jueces entre nosotros dos»

⁵⁸⁷ En la filosofía griega señala Aristóteles en su *Retórica*, 1.13.13. que es mejor "preferir un arbitraje más bien que un conflicto ante el tribunal, de hecho el árbitro cuida la equidad, el juez la ley; y el arbitraje ha sido inventado propiamente para esto, para dar fuerza a la equidad". Por su parte Platón en sus *Diálogos* llega a decir: “El Estado debe proporcionar a los ciudadanos tribunales donde dirimir los conflictos. Pero cuando se trata de organizar esos tribunales, la prioridad absoluta la tienen las propias partes a través del arbitraje: el más sagrado de todos los tribunales debe ser el que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo”. Señala ZAPPALA, F. ob. cit. pág 199 que: “La fórmula del arbitraje surge en la cultura griega hacia el año 520 a.C., en los consejos de la confederación de pueblos y ciudades de la órbita de influencia política y militar de Atenas, denominado arbitraje de la Anficiónía, cuyo objetivo principal era resolver los conflictos entre distintos grupos étnicos por parte de 12 ancianos representantes de las diferentes tribus. En la Grecia clásica existieron también árbitros de carácter público, elegidos de manera aleatoria entre 44 patriarcas quienes juzgaban las disputas criminales y públicas [...]”.

⁵⁸⁸ Cfr. MURGA, J.L.: *Derecho Romano Clásico II. El proceso*. Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Tercera Edición, Zaragoza. 1989, pp. 21 y 22; D’ORS, A.: «El arbitraje jurídico». En *Parerga Histórica*, Eunsa, Pamplona. 1997. pp. 271 a 291

⁵⁸⁹ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *La globalización del derecho de los contratos*. Contratos tradición y globalización (coordinado por Moncayo Rodríguez). México. 2007. páginas 39 a 59

La institución arbitral atravesó en el Derecho Romano tres fases perfectamente diferenciadas: El procedimiento de las *legis actionis*; de la Ley de las XII tablas (450 a.C) a la Lex Aebutia (130 a.C); y Julias (17 a.C).

Aunque ya en el Tratado o Foedus Cassianum de 493 a.C que renueva la Liga Latina se contenían referencias al nombramiento de árbitros para conocer de los litigios entre ciudadanos romanos con ciudadanos no romanos⁵⁹⁰ lo cierto es que la más antigua mención del término *arbiter*⁵⁹¹ se contiene en las XII tablas (450 a.C) que crea *ex novo*⁵⁹² la *Legis Actio per iudiciis arbitrive postulationem*.

Señalaba IGLESIAS SANTOS⁵⁹³ que “el procedimiento de las legis acciones constituye la forma más antigua de enjuiciar” y representa “el imperio de la forma, una forma angosta y embarazosa, imbuida de rito y de solemnidad⁵⁹⁴”. Dichas acciones de ley eran cinco: *legis actiones per sacramentum, per condictionem, per manus iniunctionem, per pignoris capionem y per iudiciis arbitrive postulationem*. Centrándonos en esta última, la misma fue creada, como ya dijimos, por la ley decenviral para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato verbal de *sponsio* y para los procesos de división de herencia. Una Ley Licinia en torno a 210 a.C extendió esta acción cuando se pretendía la división de la cosa común. Asimismo, entiende la doctrina, que junto a las acciones divisorias señaladas (*actio familiae erciscundae* -o de división de herencia- y *communi dividundo* -o de división de la cosa común) es probable que la *legis actio per iudiciis arbitrive postulationem* también se aplicara a la *actio finium regundorum* para fijar los linderos o confines controvertidos de fincas pertenecientes a distintos propietarios.⁵⁹⁵

Así, se observa como, con probabilidad, el arbitraje se encuentra unido desde el inicio de su génesis a la materia inmobiliaria pues dichos inmuebles a partir de la ley de las XII Tablas podían ser objeto de la *actio communi dividundo*, de la *actio familiae erciscundae*⁵⁹⁶ y de la *actio finium regundorum*. La *legis actio per iudiciis*

⁵⁹⁰ Cfr. FERNANDEZ DE BUJAN A.: “Contribución al estudio histórico jurídico del arbitraje”, Religión y Cultura LI (2005) pág 711

⁵⁹¹ Señala FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Jurisdicción y Arbitraje...*, Op. cit. pág 200 que: “el término latino arbiter que derivaría de la lengua fenicia y haría referencia a garantía conforme a la raíz fenicia rbn, se habría introducido a través del comercio en la lengua latina”

⁵⁹² Cfr. FERNANDEZ DE BUJAN. A.: *Jurisdicción y Arbitraje...*, Op. cit. pág 81-82 y 87.

⁵⁹³ Vid. IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Ed. Ariel Barcelona 1987 pág 202.

⁵⁹⁴ La fórmula solemne y rituarial -el más leve error acarrea la pérdida del pleito- se contiene en Gayo I.4.17.y era la siguiente: El demandante decía: “Afirmo que me debes dar X sextercios en virtud de una promesa solemne. Te insto a que digas si es o no cierto” [Ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio: id postulo aias an negues.]. La parte contraria sostenía que no era cierto y el demandante replicaba: “Puesto que lo niegas a ti Pretor te ruego que nombres a un juez o arbitro.” [Quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des.]

⁵⁹⁵ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Jurisdicción y Arbitraje...*, Op. cit. pág 88

⁵⁹⁶ Señala GUTIERREZ MASSON, L.: *Del consortium a la societas*. I. el Consortium Ercto no cito. Universidad Complutense de Madrid. Sección de Publicaciones. Madrid. 1987 pág 139 -141 que: “la

arbitrive postulationem tenía como característica, además de que no se recurría al *sacramentum* o apuesta, que se procedía “tan pronto como se plantea la causa a la designación de juez o de árbitro sin esperar los treinta días que se exigían como plazo a respetar hasta el nombramiento de juez en la *legis actio sacramento* a partir de la *Lex Pinaria*⁵⁹⁷.

En todo caso, como sigue señalando FERNANDEZ DE BUJAN, A.⁵⁹⁸, “distingue la Ley entre Juez, *iudex*, y árbitro, *arbiter*. En el texto de Gayo se afirma que el Juez se nombraría en las reclamaciones de deuda derivadas de *sponsio* y el árbitro en los supuestos de división de herencia o de cosas comunes. El juez daría un *iudicium* y estaría sujeto a lo establecido en la fórmula verbal ante el magistrado y en la *litis contestatio*. El árbitro formularía un *arbitrium*, en el que la estimación a realizar gozaría de un mayor margen de discrecionalidad”.

El extremado rigor, formalismo, rito y solemnidad de las *legis actionis* las hizo odiosas, por cuyo motivo la Ley Aebutia (año 130 a.C) y las dos leyes Julias (año 17 a.C)⁵⁹⁹ las abolieron, introduciendo en su lugar el procedimiento “per formulas”⁶⁰⁰ que se diferenciaba del antiguo procedimiento de las *legis actionis* en que las partes contendientes, en vez de realizar determinados actos solemnes y simbólicos y pronunciar determinadas palabras sacramentales, presentaban al magistrado un breve escrito (fórmula). Así, ante el Magistrado, dotado de *imperium*, se ventila el pleito en la primera fase (*procedimiento In Iure*) y la función del magistrado “se limita aquí a aceptar o rechazar la fórmula aportada por las

ley de las XII Tablas vino a recoger dos corrientes o tendencias que se estaban produciendo en la sociedad romana del S V a.C de carácter materialista y de carácter individualista respectivamente”. Expresión de dicha tendencia individualista es, sigue diciendo, “la Tabla V.5 al conceder la *actio familiae erciscundae* como medio judicial de división del patrimonio hereditario venía a colocar al individuo, una vez más, en posición superior respecto de la familia a la que pertenecía pues quedaba legitimado para exigir, en cualquier momento, su porción hereditaria con la consiguiente disgregación de la unidad comunitaria”

⁵⁹⁷ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Jurisdicción y Arbitraje...*, Op. cit. pág 88

⁵⁹⁸ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Jurisdicción y Arbitraje...*, Op. cit. pág 89.

⁵⁹⁹ Señala FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Jurisdicción y Arbitraje...*, Op. cit. pág 108 que en la doctrina romanista existen dos teorías: la que sostiene que la *Lex Aebutia* introdujo la posibilidad de optar voluntariamente entre tramitar la controversia por las acciones de ley o por el procedimiento escrito formulario por lo que las leyes Julias simplemente derogaron formalmente el procedimiento verbal de las *legis actiones* y establecieron la obligatoriedad del procedimiento formulario, y otra teoría, que ha ganado adeptos en los últimos decenios, según la cual la *lex Aebutia* habría establecido el procedimiento *per formulas* para la *legis actio per conditionem* y que fue “la *Lex Iulia de Iudiciorum privatorum romanorum* la que habría extendido el nuevo proceso escrito a la tramitación del resto de las acciones de ley al propio tiempo que procedía a la derogación formal de estas”

⁶⁰⁰ Gayo Instituciones 4,30: “Sed istae omnes *legis actiones* paulatim in odium uenerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae *legis actiones* effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus”

partes autorizando o no *-actionem dare, actionem denegare-* la entrada en el *iudicium*⁶⁰¹ .

Si el Magistrado autoriza la entrada en el *iudicium* entonces hace suyo el breve escrito presentado por las partes (la fórmula) y pasa dicho escrito, que fija la relación jurídica procesal, al juez para que le sirva de información sobre la materia objeto del litigio. Se entra, así, en la segunda fase (procedimiento *apud iudicem*) y el *iudicium* se sustanciará “ante el *iudex* o los *iudices*, simples particulares, árbitros o jueces populares” y terminará en la sentencia. La función juzgadora no se basa en el imperium del que estos no están asistidos (y que corresponde al Magistrado) sino -dice IGLESIAS SANTOS⁶⁰² “en el *officium* que tiene su apoyo en el juramento hecho al ser nombrado y por el que prometen fallar de acuerdo con las normas del derecho positivo”⁶⁰³ .

El procedimiento formulario se mantuvo en vigor durante toda la época clásica y no fue formalmente derogado hasta una Constitución de Constantino y Constante de 342 d.C. pero con el tiempo, durante el Imperio, se fue imponiendo la práctica procesal de que los litigios se resolvieran en una sola vía *-extra ordinem-* ante el Magistrado lo que terminó con la división del proceso en las dos fases, *in iure* y *apud iudicem*, que vimos. “El juez, dice IGLESIAS SANTOS⁶⁰⁴ - es ahora funcionario público, órgano de la administración del Estado y ante él se sustancia el pleito en un solo momento procesal” .

Además del “arbitraje legal” (contenido principalmente en la Ley de las XII Tablas⁶⁰⁵) “la institución del arbitraje tiene un campo de actuación más natural, como técnica de resolución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes y que recibiría la denominación de arbitraje compromisario”, que se conformó como un arbitraje de equidad y que tenía un marcado carácter contractual y cuya regulación se contiene básicamente en el Digesto 4.8.

Como señala DE CASTRO y BRAVO⁶⁰⁶ la construcción jurídica del arbitraje en Derecho Romano “consta de dos convenios. Por el primero, aquellas partes que entre sí tienen una controversia o litigio [...] se harán mutuas promesas (“*cum-promisso facto*”) para confiar su decisión a una tercera persona (*arbiter*)” pero, puesto que los particulares no podían conferir a otra persona funciones judiciales ni otorgar a su decisión la eficacia de una sentencia, “esta dificultad se salva ingeniosamente mediante la estipulación de una pena pecuniaria que habría de pagar la parte que no cumpliera lo ordenado por el árbitro a la parte que estaba

⁶⁰¹ Vid. IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano...* Op. cit. pág 206

⁶⁰² *Ibidem*

⁶⁰³ Vid. IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano...* Op. cit. pág 215.

⁶⁰⁴ Vid. IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano...* Op. cit. pág 231.

⁶⁰⁵ A dicha Ley habría los casos a los que se hace referencia en Ciceron pro Roscio 4.11 que señala que en caso de reclamación de una deuda indeterminada o de un *incertum* se procedería al nombramiento de un árbitro [«... aliud est iudicium aliud est arbitrium. Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae...»].

⁶⁰⁶ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El arbitraje...* Op. cit. pág 626 y 627.

conforme con la Sentencia arbitral". El segundo convenio obliga al árbitro respecto de las partes una vez que haya aceptado el arbitraje ("*arbitrium recipere*") a ejercer el oficio de árbitro pudiendo el Pretor, para el caso de que no cumpla su cometido, llegar a imponerle una multa (Paulo, D. 4. 8. 32).⁶⁰⁷

El Derecho Justiniano contiene una regulación detallada y acabada de la institución arbitral comenzando el Digesto (Paulo, D. 4.8.1) por señalar que "reduciese el compromiso a una semejanza de juicio y tiene por objeto terminar los pleitos" (*Paulus, Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet*). El arbitraje era de libre aceptación pero, una vez aceptado, debía el árbitro desempeñar el encargo⁶⁰⁸ siendo un cargo personalísimo⁶⁰⁹. No podían ser árbitros los jueces sobre los asuntos que les correspondía juzgar⁶¹⁰, los que tuvieran enemistad con alguna de las partes⁶¹¹, los menores de 20 años⁶¹²,

⁶⁰⁷ En igual sentido FERNANDEZ DE BUJAN. A.: *Jurisdicción y Arbitraje...*, Op. cit. pág 222 y ss: "Formalizado el compromiso, la aceptación del árbitro dirigida a conocer y decidir la controversia se sanciona por el Pretor desde finales del siglo II a.C. mediante un edictum de receptis, de modo que si bien el pretor no puede obligarle a dictar sentencia, sí puede forzarle indirectamente a ello a través de la vía de la multa o el embargo".

⁶⁰⁸ Ulpiano, D.4.8.3.1: "No obstante, que el pretor no obligue a nadie a aceptar la facultad arbitral porque esta es cosa libre e independiente y puesta fuera de la obligación de su jurisdicción, sin embargo luego que una vez hubiere alguien aceptado el arbitraje juzga el Pretor que la cosa corresponde a su cuidado y solicitud, no tanto porque procure que los pleitos se terminen sino porque no hayan de ser defraudados los que le eligieron como hombre bueno por juez árbitro entre ellos.[...]" [*Tametsi neminem praetor cogat arbitrium recipere, quoniam haec res libera et soluta est et extra necessitatem iurisdictionis posita, attamen ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat: non tantum quod studeret lites finiri, verum quoniam non deberent decipi, qui eum quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt...*]. Todas las traducciones del Digesto contenidas en este trabajo se han recogido de "Cuerpo del Derecho Civil Romano, Instituta-Digesto." Traductor GARCÍA DEL CORRAL, I. Ed. Jaime Molinas, Barcelona, 1889.

⁶⁰⁹ Ulpiano, D.4.8.45: "La facultad arbitral expresada a favor de una persona en los compromisos no sale de aquella persona" [*In compromissis arbitrium personae insertum personam non egreditur*].

⁶¹⁰ Ulpiano, D.4.8.9.2: "Si alguno fuese Juez prohíbesele por Ley Julia que admita la facultad arbitral sobre el negocio de que es juez o que mande que a su favor se contraiga el compromiso"[*Si quis iudex sit, arbitrium recipere eius rei, de qua iudex est, in se compromitti iubere prohibetur lege iulia*].

⁶¹¹ Paulo, D.4.8.32.14: "Cuando uno de los árbitros hubiese aparecido siendo manifiestamente enemigo por otras causas y reconvenido también con las pruebas para que no pronunciase sentencia hubiese perseverado no obstante en pronunciarla sin apremiarle nadie el Emperador Antonino proveyó al libelo de uno que se querelló de esto que podía usar de la excepción de dolo malo. Y el mismo, siendo consultado por un juez ante quien se pedía la pena, respondió por rescripto que aun cuando no puede apelarse habrá de obstar en la petición de la pena la excepción de dolo malo. Así pues, por esta excepción hay cierta especie de apelación, como quiera que se licito revocar la sentencia del árbitro". [*Cum quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifeste apparuisset, testationibus etiam conventus, ne sententiam diceret, nihilo minus nullo cogente dicere perseverasset, libello cuiusdam id querentis imperator antoninus subscripsit posse eum uti doli mali exceptione et idem, cum a iudice consuleretur, apud quem poena petebatur, rescripsit, etiamsi*

los esclavos (Ulpiano, D 4.8.7) los pupilos, los locos, los sordos ni los mudos (Ulpiano, D 4.8.9.1). También se prohibía que alguien fuera árbitro sobre asuntos propios⁶¹³. No podían ser objeto de arbitraje las cuestiones relativas a la libertad o sobre una acción popular⁶¹⁴, sobre asuntos futuros⁶¹⁵, sobre algún delito infamante o sobre la cosa respecto a la que haya establecida acción pública⁶¹⁶ y se insistía en que los árbitros sólo podían resolver sobre las cuestiones que las partes les hubieran sometido⁶¹⁷.

appellari non potest, doli mali exceptionem in poenae petitione obstaturam. per hanc ergo exceptionem quaedam appellandi species est, cum liceat retractare de sententia arbitri]

⁶¹² Calístrato, D.4.8.41: “Estando prevenido por la Ley Julia que el menor de veinte años no sea obligado a Juzgar, a nadie es lícito elegir como juez compromisario al menor de veinte años[...].” [Cum lege iulia cautum sit, ne minor viginti annis iudicare cogatur, nemini licere minorem viginti annis compromissarium iudicem eligere...].

⁶¹³ Marciano, D.4.8.51: “Si alguno fue nombrado árbitro en negocio propio no puede pronunciar sentencia porque él mismo se mandaría hacer o se prohibiría pedir; y nadie puede mandarse ni prohibirse a sí mismo”. [Si de re sua quis arbiter factus sit, sententiam dicere non potest, quia se facere iubeat aut petere prohibeat: neque autem imperare sibi neque se prohibere quisquam potest].

⁶¹⁴ Paulo, D.4.8.32.7: “Formalizado compromiso sobre cuestión relativa a la libertad con razón no será compelido el árbitro a pronunciar sentencia porque es privilegio de los que han obtenido la libertad que haya de tener jueces superiores. Lo mismo ha de decirse si la cuestión fuera sobre la condición de ingenuo o la de libertino y si se dijera que se debe la libertad por razón de un fideicomiso. Lo mismo se ha de decir respecto de una acción popular”. [De liberali causa compromisso facto recte non compelletur arbiter sententiam dicere, quia favor libertatis est, ut maiores iudices habere debeat. eadem dicenda sunt, sive de ingenuitate sive de libertinitate quaestio sit et si ex fideicommissi causa libertas deberi dicatur. idem dicendum est in populari actione].

⁶¹⁵ Paulo, D.4.8.46: “El árbitro puede juzgar de aquellas cosas, cuentas y controversias que desde un principio hubiesen existido entre los que otorgaron el compromiso, no de aquellas que después sobrevinieron”. [De his rebus et rationibus et controversiis iudicare arbiter potest, quae ab initio fuissent inter eos qui compromiserunt, non quae postea supervenerunt].

⁶¹⁶ Paulo, D.4.8.32.6: “Escribe Juliano sin hacer distinción alguna que si por error se recurrió a un árbitro sobre algún delito famoso o sobre cosa respecto a la que haya establecida acción pública por ejemplo sobre adulterios, sicarios y otras semejantes el Pretor debe vedar que se pronuncie sentencia así como que se dé cumplimiento a la dictada”. [Iulianus indistincte scribit: si per errorem de famoso delicto ad arbitrum itum est, vel de ea re, de qua publicum iudicium sit constitutum, veluti de adulteriis sicariis et similibus, vetare debet praetor sententiam dicere nec dare dictae executionem].

⁶¹⁷ Paulo, D.4.8.32.15: “Ha de saberse por los que ejercen el cargo de árbitro que todos sus actos han de emanar del mismo compromiso; porque a ninguno le será lícita otra cosa más que la que allí se expresó que pueda hacer. Así pues, no podrá el árbitro resolver cualquier cosa sino respecto de aquella sobre la que versa el compromiso y hasta cuanto alcanza el compromiso”. [De officio arbitri tractantibus sciendum est omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum: nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi ut efficere possit cautum est: non ergo quod libet statuere arbiter poterit nec in qua re libet nisi de qua re compromissum est et quatenus compromissum est] y Paulo, D.4.8.32.21: “El árbitro no puede hacer nada que esté fuera del compromiso [...]” [Arbiter nihil extra compromissum facere potest...].

Una vez aceptado el cargo, el árbitro podía excusarse de su desempeño cuando hubiera sido difamado por los litigantes o hubiera sobrevenido una enemistad capital con uno o todas las partes, por edad, enfermedad que sobrevino después, ocupación de negocios propios o por alcanzar algún cargo público⁶¹⁸, por hacerse sacerdote⁶¹⁹, por tener un juicio si no pudiera prorrogarse el día del compromiso⁶²⁰ y, en general, si le sobreviniese cualquier otro impedimento después de aceptado el arbitraje y salvo que pudiera prorrogarse⁶²¹. El árbitro es libre para dictar sentencia⁶²², pero una vez que la dicta no puede corregirla⁶²³.

En todo caso, como señala el Dig 4.8.21.7, “los litigantes no deben obedecer si el árbitro hubiese mandado alguna cosa que no fuera honesta”. Si alguna de las partes no cumple lo acordado en la sentencia arbitral incurre en la pena prevista

⁶¹⁸ Ulpiano, D.4.8.15: “Mas aunque terminantemente diga el Pretor que obligará al árbitro a dictar sentencia sin embargo a veces debe tener en cuenta la razón de aquel y admitir su excusa con conocimiento de causa, por ejemplo si hubiera sido infamado por los litigantes o si hubieren sobrevenido capitales enemistades entre él y los litigantes, o uno de los litigantes o si la edad o una enfermedad que sobrevino después o la ocupación de negocios propios o una urgente marcha o algún cargo de la República le dispensaran de su cometido; y así lo dice Labeón”. [Licet autem praetor detricte edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum, attamen interdum rationem eius habere debet et excusationem recipere causa cognita: ut puta si fuerit infamatus a litigatoribus, aut si inimicitiae capitales inter eum et litigatores aut alterum ex litigatoribus intercesserint, aut si aetas aut valetudo quae postea contigit id ei munus remittat, aut occupatio negotiorum propriorum vel profectio urgens aut munus aliquod rei publicae: et ita labeo].

⁶¹⁹ Paulo, D.4.8.32.4: “Veremos si haciéndose sacerdote será el árbitro obligado a pronunciar sentencia; porque esto se dispensa no tanto en gracia al honor de las personas sino también a la majestad de Dios a cuyas cosas sagradas conviene que los sacerdotes se dediquen. Pero si después aceptó el arbitraje también este debe, de todos modos, pronunciar sentencia”. [Sacerdotio obveniente videbimus an cogatur arbiter sententiam dicere: id enim non tantum honori personarum, sed et maiestati dei indulgetur, cuius sacris vacare sacerdotes oportet. ceterum si postea susceperit, iste quoque omnimodo sententiam ferre debet]

⁶²⁰ Paulo, D.4.8.16.1: “El árbitro debe ser excusado del compromiso por razón del juicio propio que público o privado tiene pero solamente si no puede prorrogarse el día del compromiso [...]” [Arbiter iudicii sui nomine, quod publicum aut privatum habet, excusatus esse debet a compromisso, utique si dies compromissi proferri non potest.].

⁶²¹ Paulo, D.4.8.16 pr: “Y si le sobreviniese cualquier otro impedimento después de aceptado el arbitraje. Pero en el caso de enfermedad o de otros semejantes es obligado a prorrogarlo con conocimiento de causa.” [Et si qua alia incommoditas ei post arbitrium susceptum incidat. sed in causa valetudinis similibusve causa cognita differre cogitur].

⁶²² Paulo, D.4.8.19 pr.: “Mas dice Labeon que no es de la incumbencia del Pretor cual sea la sentencia que pronuncie el árbitro con tal que pronuncie la que le parezca. Y por esto si el compromiso se hizo a favor del árbitro es esta forma para que pronuncie determinada sentencia escribe Juliano en el Libro cuarto del Digesto que es nulo el arbitraje y que no ha de ser obligado a pronunciar sentencia”. [Qualem autem sententiam dicat arbiter, ad praetorem non pertinere labeo ait, dummodo dicat quod ipsi videtur. et ideo si sic fuit in arbitrium compromissum, ut certam sententiam dicat, nullum esse arbitrium, nec cogendum sententiam dicere iulianus scribit libro quarto digestorum].

⁶²³ Gayo, D.4.8.20.: “Porque el árbitro, aunque hubiere errado al pronunciar, sentencia no puede corregirla.” [Quia arbiter, etsi erraverit in sententia dicenda, corrigere eam non potest].

en la estipulación⁶²⁴. Igualmente, incurre en dicha pena el litigante que habiendo sometido el litigio a arbitraje lo plantease ante el Juez continuándose el pleito por sus trámites ante el Juez⁶²⁵.

Como señala FERNANDEZ DE BUJAN, A.⁶²⁶, “el laudo arbitral no producía efecto de cosa juzgada, ni tenía por sí carácter ejecutivo, salvo en un período de tiempo de nueve años, comprendido entre el 529, Constitución de Justiniano, C.J. 2.55.3, y la fecha de promulgación de la Novela 82.11, y para aquellos supuestos en los que las partes hubieran elegido el árbitro bajo juramento y éste se hubiese comprometido también bajo juramento a dictar una sentencia justa”.

A modo de conclusión, contextualizar la deuda histórica de la NLAB con el derecho romano, debemos citar a FERNANDEZ DE BUJAN, A.⁶²⁷, quien señala que “Con carácter general, cabe subrayar que en el Derecho romano hay un mayor grado de reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en la configuración del arbitraje, así como un mayor reconocimiento de la discrecionalidad en la actuación arbitral que la existente en el arbitraje moderno⁶²⁸, que se caracteriza, en esencia, por el carácter imperativo de muchas de las normas aplicables al arbitraje, que quedan fuera, por tanto, de la disponibilidad de las partes, en aras de una mayor seguridad jurídica y del reforzamiento de las garantías de los intervinientes⁶²⁹”.

⁶²⁴ Ulpiano, D.4.8.2: “Se halla establecido que del compromiso no nace excepción sino petición de la pena”. [Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem].

⁶²⁵ Paulo, D.4.8.30.: “Si alguno dedujese en juicio el asunto sobre el cual se hubiese otorgado el compromiso dicen algunos que no interviene el Pretor para obligar al árbitro a pronunciar sentencia porque ya no puede haber pena, cual si se ha disuelto el compromiso. Pero si esto fuese así resultará que estaría en la facultad del que se arrepintiera de haberse comprometido eludir el compromiso. Por consiguiente, se le habrá de imponer la pena debiéndose continuar el pleito por sus trámites ante el juez”. [Si quis rem, de qua compromissum sit, in iudicium deducat, quidam dicunt praetorem non intervenire ad cogendum arbitrum sententiam dicere, quia iam poena non potest esse, atque si solum est compromissum. sed si hoc optinuerit, futurum est, ut in potestate eius, quem paenitet compromisisse, sit compromissum eludere. ergo adversus eum poena committenda est lite apud iudicem suo ordine peragenda.].

⁶²⁶ Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Jurisdicción y Arbitraje*.....Op. cit. pág 225.

⁶²⁷ *Ibidem*.

⁶²⁸ En relación con la fundamentación del arbitraje en la autonomía de la voluntad de las partes, y su vinculación con la libertad como valor superior del ordenamiento, vid. STC 176/1996, de 11 de noviembre (BOE de 17 de diciembre): «Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento...».

⁶²⁹ Suele ser frecuente, en todo caso, en el Derecho actual, que en determinados sectores de la actividad económica, las partes, por razones de agilidad, sencillez, brevedad, especialización y economía de medios acuerden, mediante cláusula insertada en el contrato que formalizan, la

4.1.1.2. Marco de referencia de la responsabilidad de los árbitros desde la óptica del Derecho Positivo Contemporáneo Español

Nuestra mejor jurisprudencia ha dejado claro que el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. El elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del Juez, titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido, por tanto, de *imperium*, y del árbitro, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta controversia. En definitiva, es un particular que ejerce una función pública sin que puedan los órganos jurisdiccionales revisar el laudo con la única excepción de haber vulnerado aquel en la solución del conflicto el orden público, entendido éste en sentido amplio como infracción de principios constitucionales, pues para que un laudo arbitral sea atentatorio contra el orden público, es preciso básicamente que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo II, título I de nuestra Constitución garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad por el art. 24 de la misma.

Siendo el arbitraje un “equivalente jurisdiccional”, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia.

La naturaleza híbrida de la institución arbitral lleva incluso a cuestionar si la responsabilidad arbitral es contractual, delictual o cuasidelictual y, en esa línea, si son válidas las cláusulas de exoneración total de responsabilidad de los árbitros de las Instituciones Arbitrales permanentes. La regulación vigente sobre esta materia la encontramos en la NLAB, en su artículo 21.1 , que tiene el siguiente tenor literal: *La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.”*

4.1.2. Responsabilidad de las Instituciones arbitrales permanentes

Se trata de una responsabilidad que en la NLAB se tipifica como civil por los daños y perjuicios que cause en la gestión y administración del arbitraje cuando intervenga mala fe, temeridad o dolo (art. 21 NLAB).

sumisión a arbitraje, en caso de conflicto en la interpretación o aplicación de las disposiciones previstas en la relación negocial.

La exigencia de la responsabilidad civil a la institución arbitral supone tener en cuenta las siguientes previsiones⁶³⁰:

- La NLAB sólo prevé la exigencia de responsabilidad civil a la institución arbitral, pero esa previsión no excluye la posibilidad de exigir también responsabilidad penal a algún miembro de la institución arbitral.
- La exigencia dual de responsabilidad afecta tanto a la institución arbitral pública como privada (ésta última asociación sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se contemple la realización de funciones arbitrales).
- La exigencia de responsabilidad a la institución arbitral posee un momento a *quo* indudable, que se cifra a partir del momento en que la institución arbitral acepta los servicios de gestión y administración del arbitraje.

El verdadero alcance y efectividad del artículo 21.1 NLAB sólo podrá medirse jurisprudencialmente y a través de la praxis arbitral, puesto que son múltiples las cuestiones que pueden surgir y que en el contexto de una institución arbitral suponen dos tipos de obligaciones. De un lado, la de aplicar su propio Reglamento de Arbitraje y, de otro, la de llevar a cabo la gestión y administración del arbitraje, posibilitando, en su caso, el desarrollo de la instancia arbitral con respeto a las garantías que deben aplicarse a la misma. No obstante, podemos enumerar las principales causas de responsabilidad:

- Aceptación o inadmisión del encargo arbitral
- Ilegalidad en el nombramiento de los árbitros⁶³¹,
- Formalización del Acta de inicio en la que se establece el desarrollo de la actuación arbitral y concretamente su procedimiento y el calendario de actuaciones con arreglo al Reglamento de la institución administradora del arbitraje, cuyas disposiciones en ningún caso pueden vulnerar lo dispuesto por la NLAB con carácter imperativo.
- Reglamento de la institución arbitral no respetuoso con los principios de igualdad, audiencia y contradicción.
- Extralimitación por falta de arbitrabilidad.
- No actuar con neutralidad respecto de las partes, con desinterés respecto del *thema decidendi*, y con independencia, con ausencia de vínculos de

⁶³⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 63/2014.

⁶³¹ Destacan las siguientes posibilidades: a) La designación de árbitros que en el momento de la aceptación del encargo no se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos; b) La designación de árbitros para resolver un arbitraje de derecho que no sean abogados en ejercicio; c) La inobservancia por la institución administradora del arbitraje de sus normas reglamentarias para la designación de árbitros; d) La designación de árbitro o Colegio arbitral, por parte de las Corporaciones y Asociaciones, que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio; e) La designación de árbitros sin capacidad civil suficiente; f) La designación como árbitros de personas recusables g) La designación de un número de árbitros que no sea impar o contraviniendo el Reglamento que rige el procedimiento del arbitraje institucional.

sujeción -más allá de los que son propios de o inherentes al arbitraje institucional- que puedan poner en entredicho, fundadamente, la ecuanimidad de su proceder, y puesto que en el momento de admitir el encargo arbitral la Corporación o Asociación pueden resolver admitirlo, aunque su decisión no vincule al árbitro en el momento de su aceptación ni de laudar sobre puntos o cuestiones que, aún previstos en el convenio arbitral, no pueden ser objeto de arbitraje.

4.2. Tipos de responsabilidades del árbitro.

A nuestro juicio, los árbitros, en el desarrollo de sus funciones como tales, no solamente son susceptibles de incurrir en responsabilidad civil, sino que también se podrían depurar responsabilidades en los ámbitos penal, negocial, extracontractual, administrativo y disciplinario privado. En el epígrafe 2 de esta obra analizado en detalle cada una de estas posibilidades, que resumimos a continuación:

4.2.1. Responsabilidad Penal

El árbitro está sometido como un ciudadano más a las reglas punitivas generales del Código Penal⁶³², aunque ello no sea óbice para que sean de aplicación los siguientes criterios:

- Que determinadas acciones u omisiones, dolosas o imprudentes penadas por la Ley, produzcan efectos sobre el laudo que dicte el árbitro, incluida su propia revocación. Sólo desde este punto de vista existe una cierta especialidad penal en la actividad del árbitro.
- Que determinados tipos penales aplicables específicamente a autoridades y funcionarios públicos sean también extensibles a los árbitros, como ocurre con el cohecho del artículo 422 del Código Penal y con los negocios y actividades prohibidas y el abuso en el ejercicio de funciones del artículo 440 del Código Penal.
- Que toda responsabilidad criminalmente declarada sobre el árbitro crea en éste la obligación civil de reparar por vía indemnizatoria los daños y perjuicios

⁶³² Siguiendo la clasificación de FERNANDEZ DE BUJAN, FEDERICO, podemos clasificar *de facto* como delicta los ilícitos penales en relación a su comisión por el árbitro, dado que para su descubrimiento necesitan de la acción del afecto. Vid. acusación del ilícito penal en Derecho Romano en Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal (coordinado por Luis Bueno Ochoa). Dykinson. Madrid. 2011. Página 13 a 31: “Quizás pueda señalarse que la principal diferencia es que la *Civitas* fue consciente que debía monopolizar la facultad de juzgar cuando el acto que se enjuiciaba conlleva cómo sanción la muerte del contable. En este sentido, para los ilícitos penales públicos que se consideran *crimina*, debido a que el acto delictual atenta contra los intereses generales de la comunidad política, no se precisa denuncia o persecución por parte de la víctima. Para los *delicta*, ilícitos penales privados, debido a su menor gravedad y, sobre todo, a la menor incidencia en el cuerpo social, su persecución y sanción queda a instancia de los afectados. Ello implica que en los *delicta*, el proceso que contra el presunto culpable se inicia a través de la interposición de una acción penal, que a pesar de su denominación provoca la incoación de un procedimiento que se sitúa en la normativa que regula el Derecho procesal civil.”

causados a tenor de lo establecido en los artículos 109 y 116 del Código Penal, con la extensión contenida en los artículos 110 y 113 del citado código. Es decir, la responsabilidad civil por razón del delito causado por el árbitro abarca cuántos quebrantos sufra el patrimonio del perjudicado por razón del mismo.

- La responsabilidad civil podrá ejercitarse en el mismo proceso penal o independientemente del mismo, siendo el Ministerio Fiscal quién deba aunar siempre la acción civil conjuntamente con la penal, a no ser que los perjudicados prefieran ejercitar separadamente la acción civil, tal y como establecen los artículos 110 y 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o renunciar previamente al ejercicio de la acción civil, tal y como recogen los artículos 107 y 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Finalmente, serán los jueces y tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil del árbitro, quienes establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarlo en la propia resolución o en el momento de su ejecución, tal y como establece el artículo 115 del Código Penal.

Dentro de los delitos cometidos por el árbitro relacionado directamente con las partes del proceso arbitral, se encuentran:

- El tipo específico del llamado cohecho arbitral del artículo 422 del Código Penal.
- Los tipos genéricos de amenazas de los artículos 169 y 171 del Código Penal y coacciones del artículo 172 del Código Penal, y por utilizar violencia o intimidación a las partes o testigos del proceso arbitral, el del artículo 464 del Código Penal.
- Los genéricos de descubrimiento y revelación de datos de los artículos 197. 4 y 200 del Código Penal, y de incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva del artículo 199.2 del Código Penal

Con respecto a las infracciones del árbitro que se relacionan con el objeto de la controversia o con los bienes o cosas que le afectan, podemos identificar dos tipos diferentes:

- a) El específico de las actividades prohibidas y abuso en el ejercicio de la función arbitral del artículo 440 del Código Penal, que lleva aparejada la pena prevista en este precepto. En este caso resulta difícil incardinar la conducta del árbitro en alguno de los motivos del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que como hemos visto pudieran dar lugar a la revisión del laudo firme, a no ser que se instara la revisión a través de la maquinación fraudulenta prevista en el apartado cuarto del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, circunstancia que nosotros no compartimos.
- b) El genérico de falsificación de documento público cometido por el árbitro de los artículos 392 y 393 del Código Penal admite, conforme al artículo 390 Código Penal y por la remisión que a este precepto hace el artículo 392 del Código Penal, una triple variante punitiva

En el arbitraje *ad hoc* con un árbitro único, éste es el único responsable penal según el tipo de delito cometido y, por tanto, será también el único responsable civil de acuerdo con el artículo 116.1 del Código Penal. En el caso de un colegio arbitral, cabe distinguir tres supuestos diferentes:

- Que todos los árbitros se hayan manifestado de acuerdo y todos ellos de consuno hayan cometido la infracción penal, lo que significa que son todos responsables criminalmente, conforme al delito cometido y, civilmente, la responsabilidad será solidaria frente al perjudicado. En caso de que se haga efectivo por uno de los árbitros el pago completo derivado de la responsabilidad civil solidaria queda a salvo su derecho de repetición contra el resto de los árbitros por las cuotas correspondientes a cada uno de ellos, tal y como establece el artículo 116.2 en su párrafo final.
- Que alguno de los árbitros del Colegio Arbitral haya salvado su voto por discrepancia manifiesta con la mayoría sobre el contenido final del laudo, pero no haya denunciado los hechos al perjudicado o a la autoridad competente o ni siquiera haya comunicado esos hechos presuntamente punitivos al Ministerio Fiscal, en cuyo caso es posible que no le afecte la responsabilidad penal pero sí la civil, de la que responderá solidariamente con el resto de los árbitros, a juicio de MERINO MERCHAN, que nosotros compartimos.
- Que el árbitro disidente denuncie ante la autoridad judicial competente el hecho punible o lo ponga de manifiesto al perjudicado o al Ministerio Fiscal, separándose expresamente de la conducta adoptada por el resto del Colegio Arbitral. En este caso, el árbitro disidente no es responsable ni criminal ni civilmente.

Con respecto al Arbitraje Administrado se puede reproducir el mismo esquema, pero con el añadido de que la persona jurídica que encarna y da forma a la institución arbitral, ya sea una corporación o una asociación, a tenor de lo previsto en el artículo 14 NLAB, es responsable civil solidaria derivada o consecuente de la responsabilidad criminal del árbitro, a tenor de lo establecido en el artículo 21.1 NLAB.

4.2.2. Responsabilidad Disciplinaria privada

Los árbitros están exentos de responsabilidad disciplinaria, *strictu sensu*, teniendo el carácter no funcional del árbitro en este aspecto una de sus manifestaciones más claras. Cabe, sin embargo, pensar en una responsabilidad paradisciplinaria o disciplinaria privada, en relación con el arbitraje institucional o corporativo, en cuanto que las personas designadas como árbitros pueden estar sometidas, en virtud de su vinculación contractual con la entidad, a determinados comportamientos, cuya exigibilidad dependerá del ámbito legítimo que marque en su desarrollo el principio de autonomía de la voluntad. De este modo, definimos por responsabilidad disciplinaria la que es exigida al árbitro por la Institución Arbitral permanente de la que es miembro, como consecuencia de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones arbitrales, siempre que dichas infracciones estén previamente tipificadas en los estatutos de la institución o en el

correspondiente Código de conducta ética profesional al que se encuentra vinculado.

Los estatutos de este tipo de organizaciones estables que tienen como finalidad institucional, bajo la base consensual a la que se refiere el Tribunal Constitucional, administrar arbitrajes, son normas primarias que dan origen al nacimiento de las mismas, junto con la correspondiente acta fundacional y por las que se configuran su vida interna y su ámbito formal y material de actuación, dotándose a su vez de un reglamento conforme al cual ejercerán su funciones típicamente conciliatorias y arbitrales, como señala el artículo 14.2 NLAB. Esto es, en este conjunto de normas se regularán desde el modo designación de los árbitros, incluido su régimen de abstención y recusación, incidentes, procedimiento contradictorio, hasta la terminación normal o anormal del proceso arbitral y todo ello sin hablar del régimen de los órganos de dirección de estos centros arbitrales. En los estatutos no pueden faltar los requisitos y modalidades para la admisión y baja, sanciones, separación de los árbitros, según impone el artículo 7.1 LO 1/2002.

Las entidades que funcionan bajo régimen estatutario no crean reglas objetivas de Derecho obligatorias para terceros, sino que su mundo organizativo y expansivo empieza y termina en el ámbito de sus propias reglas internas, por lo que si el árbitro desea ser tal, debe aceptar y cumplir los pactos y pautas de la organización que le imponga la asociación a la que quiere adherirse. No obstante, no existe una libertad absoluta a la hora de fijar las pautas bajo las que debe concebirse el Estatuto disciplinario del árbitro, sino que se deben cumplir necesariamente las dos siguientes:

- c) Garantizar la seguridad jurídica del régimen sancionador interno.
- d) Garantizar el control jurisdiccional sobre los actos y acuerdos sancionadores que se adopten.

Las garantías que aseguran un régimen sancionador interno y qué hacen que el mismo sea conforme con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico son las siguientes:

- 1.- Tipificación de los ilícitos de arbitrales mediante una graduación de los mismos atendiendo a criterios de gravedad, con las correspondientes sanciones.
- 2.- Compatibilidad de la responsabilidad disciplinaria con la responsabilidad penal del árbitro.
- 3.- Establecimiento de un procedimiento disciplinario con las debidas garantías para el árbitro.

El régimen general de garantías en el que se enmarca la responsabilidad disciplinaria debe cerrarse con el control jurisdiccional sobre el acuerdo sancionatorio y a este respecto al artículo 40 LO 1/2002, aplicable a las Asociaciones arbitrales, como defiende MERINO MERCHAN y nosotros compartimos, dispone que: *“1. El orden jurisdiccional civil será competente, en los términos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación a las pretensiones derivadas del tráfico jurídico privado de las asociaciones, y de su funcionamiento interno. 2. Los acuerdos y actuaciones de las asociaciones podrán*

ser impugnadas por cualquier asociado o persona que acredite un interés legítimo, si los estimase contrarios al orden jurídico, por los trámites del juicio que corresponda. 3. Los asociados podrán impugnar los acuerdos y actuaciones de la asociación que estimen contrarios a estatutos dentro del plazo de 40 días, a partir de la fecha de adopción de los mismos, instando su rectificación o anulación y la suspensión preventiva en su caso, o acumulando ambas por los trámite establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil"

4.2.3. Responsabilidad Extracontractual

GARCIA GARRIDO⁶³³ señala que “En relación con los efectos indirectos del contrato, la doctrina y la jurisprudencia han construido los conceptos de oponibilidad e inoponibilidad. Mientras el primero se refiere al aspecto positivo de que el contrato sea oponible a los terceros aunque no hayan participado en el contrato. El segundo destaca el aspecto negativo de que el contrato no puede oponerse a quienes no intervienen concediendo a los terceros la facultad de oponerse a las consecuencias que puede tener para ellos el convenio. La doctrina tradicional ha venido admitiendo que el principio general es el de la oponibilidad del contrato frente a terceros y la inoponibilidad es la regla excepcional que debe ser explícitamente admitida por la ley. Quizás esta sea una regla parcial que es consecuencia de la influencia de la tradición sobre los derechos reales. En general, se admite que el acto jurídico puede ser oponible cuando es conocido por los terceros afectados o existe una presunción del conocimiento del acto, como sucede cuando el acto está inscrito en un registro público.”

El artículo 21.1 NLAB no reduce su ámbito a las partes del proceso arbitral, a las que no menciona, sino que utiliza en el segundo inciso el concepto genérico de perjudicado, que tiene una connotación amplísima respecto de las personas o entidades que pueden quedar afectadas por la conducta o la actividad del árbitro. En efecto, no son las partes, sino que bajo determinadas condiciones terceros ajenos al procedimiento arbitral pueden resultar perjudicados por los actos arbitrales.

Se estará en presencia de la responsabilidad extracontractual o aquiliana a qué se refiere el artículo 1.902 del Código Civil siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Existencia de una conducta que pueda ser lícita o ilícita. El primer caso ocurre cuando el árbitro no realiza acto antijurídico alguno, pero resulta dañado un tercero y /o ocasionalmente alguna de las partes, que no tienen por qué soportar el perjuicio sufrido sobre sus bienes, derechos o intereses. El segundo caso tiene lugar cuando la acción u omisión del árbitro causante del año daño sea antijurídica, al infringirse manifiestamente lo dispuesto en la Ley.

⁶³³ Vid. GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: *Los efectos del contrato en relación con terceros: la experiencia Ibérica*. Publicado en *Gli Effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*. Roma. 1999

- Producción de un daño que recae sobre bienes, derechos o intereses del perjudicado y que debe ser efectivo y real y no por tanto simples expectativas. Debe ser evaluable económicamente y cuantificable en relación a un tipo de valor o moneda de curso legal y, por tanto, debe poder concretarse en numerario e individualizado con relación a una persona o grupos de personas, es decir, es precisa la identificación del perjudicado.
- Concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del árbitro y el daño causado. La conducta del árbitro ha de ser presupuesto habilitante inexcusable de la causación del daño infligido al perjudicado. Este nexo de causalidad, que ha de ser acreditado por quién reclama los daños sufridos, queda muchas veces al arbitrio judicial. La relación causal puede quedar eliminada o limitada en casos especiales, como son los siguientes:
 - La responsabilidad objetiva desaparecen en el caso de que concurra fuerza mayor,
 - La propia culpa del perjudicado es otro factor externo, no natural cómo puede ser la fuerza mayor sino humano, que puede interrumpir la relación causal. En este caso hay que distinguir dos supuestos diferentes: Si concurre exclusivamente la culpa del perjudicado, la responsable del árbitro sencillamente no existe; si concurre culpa del perjudicado y del árbitro y ambos desembocan en el resultado dañoso, la doctrina y la jurisprudencia entienden que la obligación de indemnizar del agente, -en este caso del árbitro-, debe verse disminuida al concurrir la culpa del perjudicado que la reclama, con fundamento en el artículo 1.108 del Código Civil, que faculta a los tribunales para moderar la responsabilidad procedente de la culpa determinados supuestos.
 - Finalmente, el nexo también se interrumpe con la consiguiente irresponsabilidad, en su caso del árbitro, en los supuestos de intervención de tercero dolosa o culposamente, siempre que no venga determinada tal intervención por la del árbitro.

La jurisprudencia ha evolucionado a partir de las tradicionales doctrinas sobre la causalidad hacia la actual concepción del nexo como un juicio de imputación que, si bien parte de la existencia de una causalidad física⁶³⁴, corrige sus excesos a través de la doctrina de la imputación objetiva y se entiende que cada actividad que baste por sí para causar un daño, lo ha causado en la medida correspondiente a tal probabilidad

La responsabilidad extracontractual de los árbitros y/o de la Corporación ha de contener una previa imputación culposa o negligente, es decir, los posibles perjuicios generados deben ser debidos a una actuación ilícita a título de culpa del dañador. No basta acreditar el nexo causal entre el perjuicio denunciado y el

⁶³⁴ De ahí que puede considerarse que la actual concepción se asienta sobre la vieja doctrina de la equivalencia de las condiciones.

presunto ilícito para generar responsabilidad que se califica como de “antijuricidad dañina intencional”.

El encargo en qué consiste la función arbitral, definida por la Ley y en cuya ejecución han de observarse pautas y deberes que participan de la materia de orden público, presenta analogías o se aproxima a la función jurisdiccional sin dejar de advertir sustanciales diferencias, si bien procede aplicar la jurisprudencia sobre responsabilidad civil judicial a esta materia; debiéndose ser calificada la conducta del árbitro o de la Corporación como de evidente para que sea cohonestable con la voluntad o la ignorancia manifiesta; debiendo ser la responsabilidad por culpa imputable a los árbitros patente, manifiesta y apreciable por cualquiera, de tal modo que la conducta negligente debe ser calificada de grave.⁶³⁵

4.2.4. Responsabilidad Administrativa

El árbitro maneja hechos y datos personales que pueden afectar a derechos fundamentales, especialmente al honor e intimidad personal y familiar de las partes en el proceso arbitral o de terceros. Y sobre los que el árbitro tiene un deber específico de protección. En ocasiones también pueden suministrársele al árbitro datos confidenciales de orden profesional o empresarial, de difusión no autorizada o al menos restringida.

Los interesados a los que se soliciten datos personales deben ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a) De la existencia del fichero tratamiento de los datos y de la finalidad y destino de la información, tal y como indica el artículo 25.1. a) LOPD.
- b) Del derecho de acceso, rectificación y cancelación de los datos, tal y como indica el artículo 5.1.d) LOPD
- c) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento de los datos, según señala el artículo 5.1.e) LOPD.
- d) E igualmente de cualquier uso de esos datos que siempre requerirá el consentimiento de la parte afectada, tal y como señala el artículo 6.1 LOPD

Lo anterior no obsta para que las instituciones arbitrales permanentes puedan crear ficheros que contengan datos de las personas que hayan intervenido cómo interesados en actuaciones arbitrales, incluso la de sus propios árbitros, pero siempre que se respeten las garantías expuestas, debiendo adoptar las medidas de índole técnica y organizativa que garanticen esa seguridad, en evitación de alteraciones, pérdidas y tratamiento o acceso no autorizado, pues los árbitros y especialmente las instituciones arbitrales permanentes pueden incurrir en responsabilidades administrativas amparadas por la LOPD, siendo el órgano administrativo sancionador la Agencia Estatal de Protección de Datos, siendo

⁶³⁵ Vid. Sentencia núm. 25/2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), de 24 de enero de 2013 y Sentencia núm. 25/2007 de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 17ª), de 12 de enero de 2007.

recurribles las resoluciones de su Director ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Las citadas responsabilidades son absolutamente autónomas, por lo que pueden concurrir con posibles responsabilidades penales, civiles, negociacionales y extracontractuales de los árbitros y de las instituciones arbitrales.

Podemos establecer las siguientes premisas:

- e) Los árbitros *ad hoc* y los árbitros de los arbitrajes administrados están obligados a guardar la confidencialidad de la información que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.
- f) Tienen también el deber público y la obligación personal de que todos los datos de carácter personal que figuren en el expediente arbitral sean notificado a la Agencia de Protección de Datos.
- g) Asimismo, han de guardar secretos sobre los datos de carácter personal que figuran en los expedientes y ficheros en los que haya intervenido los árbitros y las instituciones permanentes de arbitraje.
- h) Estas últimas deben establecer un nivel mínimo de seguridad sobre los ficheros y datos de carácter personal y profesional que haya recopilado en el ejercicio de sus funciones arbitrales.
- i) Las instituciones arbitrales permanentes han de asegurar que los datos que conozcan como consecuencia de las actuaciones arbitrales no sean cedidos o utilizados por terceros sin el conocimiento del afectado
- j) Las instituciones arbitrales permanentes que creen o utilicen datos de carácter personal deben instar a la Agencia de Protección de Datos para que está los inscriba en el Registro General de Protección de Datos.

La responsabilidad derivada de los puntos anteriores se articula través del Título VII de la LOPD, según que el tipo de infracción sea leve -artículo 44.2.e)-, grave -artículo 44.3.a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k)- o muy grave -artículo 44.4-, con las sanciones previstas en el artículo 45 y a los que hacemos remisión para evitar repeticiones.

4.2.5. Responsabilidad negocial

La responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo -el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 CC - y otro elemento subjetivo -la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe-. Sólo puede incurrir en responsabilidad cuando su comportamiento se aparte de la denominada *lex artis ad hoc*, recayendo sobre el demandante, con carga de su exclusiva incumbencia, la demostración de haberse dejado de observar por el profesional la referida *lex artis*.

El profesional ha de cumplir la prestación convenida con diligencia, así como con observancia de la *lex artis ad hoc* o exigencias técnicas propias de la actividad desarrollada, lo que supera el tipo medio de diligencia definida por la del buen padre de familia. De modo que si la prestación no se cumplimenta de modo correcto se produce la infracción del contenido negocial como consecuencia del incumplimiento radical o el cumplimiento irregular o anómalo de la obligación que corresponde al profesional, determinante de su responsabilidad.

Al ser el arbitraje un todo unitario que nace de un convenio por el que se opta, en vez de acudir a la vía jurisdiccional, por un dirimente investido con un poder concreto para resolver controversia mediante laudo, al que el ordenamiento objetivamente le atribuye fuerza de cosa juzgada como si fuera una sentencia judicial firme, les cabe a las partes introducir los elementos correctores que crean convenientes respecto del comportamiento del árbitro. Entre estos elementos correctores se encuentra la facultad de establecer y ordenar el régimen de la responsabilidad del árbitro, que no excluye ni limita la responsabilidad legal configurada en el artículo 21.1 NLAB sino que la amplía a otros supuestos, como pueda ser la responsabilidad derivada de la culpa, negligencia o la simple impericia. En cuanto al tipo de culpa exigible, el pacto de responsabilidad podría determinar si se trata de la culpa lata, es decir, omisión de las precauciones más elementales, o leve, ya sea en abstracto, es decir, la que debiera emplear un buen padre de familia, o en concreto, que sería la diligencia que las personas han de tener sobre sus propios negocios.

Así, la responsabilidad arbitral por culpa puede ser modulada por las partes en el convenio arbitral o en otro momento del arbitraje antes de la aceptación del árbitro, mediante las cláusulas procedentes, que pueden lógicamente variar en su contenido. A continuación enumeramos algunas opciones:

- Imponer al árbitro la responsabilidad por culpa, incluso por culpa lata o levísima.
- Graduar la responsabilidad del árbitro según la gravedad del supuesto del supuesto de responsabilidad en que incurra.
- Exigir un seguro de responsabilidad al árbitro o tribunal arbitral por los posibles daños que causen a las partes o terceros. Esta es una obligación recogida en el segundo párrafo del artículo 21.1 NLAB pero que desgraciadamente no ha tenido desarrollo reglamentario, por lo que esa negligencia del Legislador puede ser suplida por las partes.
- Establecer una suma indemnizatoria predeterminada por las partes que cubra a estas de los incumplimientos de los deberes y obligaciones del árbitro, es decir, lo que se denomina una cláusula penal.

La responsabilidad negocial del árbitro puede ser incorporada como *lex privata* en el convenio arbitral, puede ser incluida en los reglamentos de las instituciones arbitrales permanentes o incluso incorporada en un documento *ad hoc* al tiempo del nombramiento y aceptación del encargo arbitral. En cualquier caso, todos los detalles del pacto de responsabilidad debieran haber quedado cerrados y

claramente delimitados en todos sus términos y elementos antes de la aceptación por parte del árbitro, ya que éste, antes de aceptar el encargo, debe conocer el pacto para valorar si acepta el nombramiento⁶³⁶.

La autonomía de la voluntad de las partes en este ámbito de la responsabilidad de los árbitros se encuentra con una barrera infranqueable, como es la responsabilidad establecida por NLAB, a través el artículo 21.1. Por lo tanto, cualquier pacto de responsabilidad, ya fuera *ad hoc* o incluido en los estatutos de una institución arbitral permanente, que libere de responsabilidad a los árbitros cuando los mismos hubieran incurrido en su actuación en temeridad, mala fe o dolo, sería nula de pleno derecho y lógicamente su nulidad debiera ser reclamada ante la justicia ordinaria⁶³⁷. De este modo, defendemos que en el derecho arbitral español no cabe la inmunidad absoluta de los árbitros, que desincentivaría el buen comportamiento arbitral y la solidez de la institución, instaurando un desequilibrio indeseado entre partes, de un lado, y los árbitros y las Instituciones arbitrales, del otro.

En cuanto a las Instituciones Arbitrales permanentes, opera una responsabilidad básicamente contractual, por lo que la institución no puede liberarse a sí misma de aquellas obligaciones consustanciales al servicio que prestan a sus usuarios.

No debemos olvidar que en la elección del árbitro debe primar la confianza que en el mismo tengan las partes en lo que se refiere a su capacidad profesional, a su independencia y a su probidad, por lo que el foco debe ponerse en realizar los nombramientos correctos de los árbitros y no en tratar de prevenir las consecuencias negativas de la elección de personas inadecuadas para desarrollar la labor de árbitro.

4.2.6. Responsabilidad civil

4.2.6.1. Derivada del delito

Tanto los autores como los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables, con un amplio abanico en cuanto a la responsabilidad, que comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, en el arbitraje administrado no

⁶³⁶ Vid. Sentencia núm. 307/2014 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) de 30 de septiembre de 2014.

⁶³⁷ Vid MOHINO MANRIQUE, ANA, en *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor* Dykinson 2006. Pag 349, en una interpretación analógica motivada por las raíces romanísticas del arbitraje, vemos cómo el dolo también es el límite de la exención de responsabilidades en la compraventa: "Entendemos que no es contrario a la buena fe el hecho de que el comprador hubiese válidamente aceptado un pacto por el que se eximiese al vendedor de responder en caso de evicción. Debemos tener en cuenta que la configuración de la compraventa como contrato consensual con todas sus características proviene del *ius gentium*, de las relaciones comerciales entre ciudadanos romanos y peregrinos, lo que permitirá configurar las obligaciones de las partes mediante convenciones accesorias. El pacto por el que se exime de responsabilidad por evicción el vendedor no afecta a tal principio, toda vez que el propio Ulpiano aclara que de existir dolo del vendedor, éste debería responder en todo caso."

tiene cabida la norma relativa a los responsables civiles, en defecto de los que lo sean criminalmente.

4.2.6.2. Derivada del ordenamiento jurídico-civil

En consonancia con su función alternativa del proceso judicial y el prestigio que debe rodear toda función de heterotutela de conflictos intersubjetivos -pese a que criminalmente razones de tipicidad impidan reputarles sujetos activos del delito de prevaricación aunque sí de cohecho-, desde una perspectiva contractualista⁶³⁸ de la institución derivada del antiguo contrato de "dación y recepción del arbitraje los árbitros responden a tenor de lo dispuesto en los artículos 1089, 1.091 y 1.101 del Código Civil; aunque en ningún caso tal responsabilidad incide en la eficacia vinculante del laudo emitido, del propio modo que las sentencias que resuelven las demandas de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados por negligencia o ignorancia inexcusable de los mismos en ningún caso alterarán la sentencia firme que haya recaído en el pleito o causa en que se haya ocasionado el agravio. Para que aquella responsabilidad sea exigible debe acreditarse la actuación dolosa o gravemente culposa del árbitro, el daño o perjuicio de cualquier orden padecido por los comprometidos y la relación de causalidad entre la falta y el daño⁶³⁹.

⁶³⁸ Se debe subsumir el encargo arbitral en el contenido propio del contrato de mandato, pero con matizaciones determinadas por la especial naturaleza del encargo arbitral, que atribuye facultades no ya de gestión sino decisorias de una controversia que afecta a los intereses de los mandantes, y que obligan al árbitro a situarse en un plano superior que desvirtúa la mera actuación en defensa del interés del dóninus (propia del mandato) para emitir un juicio que vinculará a las partes, en posición neutral, independiente e imparcial, previa calificación de hechos, actos y conductas, con absoluta independencia de instrucciones o indicaciones del conferente del encargo. Es por ello que nosotros lo calificamos como "contrato de mandato mixto atípico".

⁶³⁹ Vid. sentencia de Audiencia Provincial de Badajoz Sección 2ª 11/11/1997; sentencia de Audiencia Provincial de Baleares 15/12/1995, auto Audiencia Provincial de Barcelona Sección 15 151/2010 28/09/2010; sentencia de Audiencia Provincial de Córdoba 27/04/2000; sentencia de Audiencia Provincial de Guipúzcoa 08/05/2002; sentencia de Audiencia Provincial de León Sección 3 15/11/2003; sentencia de Audiencia Provincial de Madrid Sección 10ª 15/02/2003; sentencia de Audiencia Provincial de Madrid Sección 12 486/2014 16/10/2014; sentencia de Audiencia Provincial de Madrid Sección 13 159/2015 08/05/2015; sentencia de Audiencia Provincial de Madrid Sección 21 94/2011 15/02/2011; sentencia de Audiencia Provincial de Madrid Sección 21 409/2014 23/09/2014; sentencia de Audiencia Provincial de Madrid 24/05/1995; sentencia de Audiencia Provincial de Madrid 24/02/2001; sentencia de Audiencia Provincial de Málaga Sección 6ª 18/01/2001; sentencia de Audiencia Provincial de Salamanca 16/12/2002; sentencia de Audiencia Provincial de Vizcaya Sección 5 06/03/2002; sentencia de Tribunal Supremo Sala 1ª de lo Civil 429/2009 22/06/2009; sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 08/10/1984; sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 29/11/1985; sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 24/10/1986; sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 12/06/1987; sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 07/05/1991; sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 22/10/1991; sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 13/04/1992; sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 29/03/1994; sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 22/06/1995; sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 25/09/1997; sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 17/02/1998; sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 490/1999 26/04/1999; sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona 10/03/1992; sentencia de Audiencia Provincial de Valencia

La Sentencia nº 429/2009 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, de 22 de Junio de 2009, ha sentado de forma definitiva las bases de lo que debe entenderse por mala fe, temeridad y dolo en materia arbitral, así como viene a delimitar de forma clara el ámbito de responsabilidad civil de los árbitros actualmente vigente, con una interpretación que afecta igualmente a la LAB y a la NLAB, fijando todos los requisitos necesarios para que efectivamente concurra una responsabilidad exigible al árbitro. En conclusión, sólo podrá apreciarse responsabilidad civil en los árbitros por los daños producidos en el ejercicio de su cometido si concurren todas las siguientes circunstancias:

- La infracción cometida en el cumplimiento del encargo por los árbitros debe revestir un carácter manifiesto y, cuando menos, debe ser producto de una grave negligencia. Sólo los daños causados intencionalmente o mediando grave negligencia que comporten una infracción suficientemente caracterizada de sus deberes pueden determinar la exigencia de responsabilidad a los árbitros. Y en el arbitraje de equidad ni siquiera pueden tomarse en consideración de manera aislada la omisión de reglas o premisas de carácter formal o institucional.
- Que los árbitros se hayan excedido de los límites de los inevitables márgenes de error en que se producen las actuaciones arbitrales, teniendo en cuenta el carácter necesariamente sujeto a apreciación que la aplicación del ordenamiento jurídico comporta, la aceptación de la posibilidad de error que lleva consigo el convenio arbitral si en él no se establece un sistema de revisión de la decisión arbitral y el carácter del árbitro como persona no dedicada profesionalmente al ejercicio de la potestad jurisdiccional.
- De acuerdo con los principios generales en materia de responsabilidad civil, debe existir un perjuicio económico efectivo en el patrimonio o en los derechos de los interesados, producido por la actuación de los árbitros.
- Debe existir un ligamen causal entre la acción u omisión de los árbitros productoras del daño o perjuicio y el resultado. Es particularmente relevante en la apreciación del nexo de causalidad la adecuación valorativa del concepto, que se logra tomando en consideración la confluencia de determinados factores, tales como la conducta de las partes o la interferencia de factores externos, que puedan enervar la posibilidad de atribuir razonablemente el daño, causado por una irregularidad en el cumplimiento de los deberes del árbitro, a la conducta del árbitro demandado en el plano de la imputación objetiva, más allá de la pura causalidad fenoménica, si dicha conducta no es suficientemente relevante.
- El daño o perjuicio económico no debe poder ser reparado de otra forma, por lo que el árbitro deviene responsable en último término, es decir, la reclamación formulada en contra del árbitro no puede prosperar, por falta de requisitos, sin el agotamiento de los remedios hábiles para revisar la resolución a la que se

24/03/1994; sentencia de Audiencia Provincial de Valencia 22/06/1994; sentencia de Tribunal Constitucional Sala Primera 9/2005 17/01/2005

imputa el perjuicio, bien sea la acción de aclaración y complemento, la acción de anulación prevista en la NLAB cuando sea procedente y útil o los medios de revisión que se hayan establecido válidamente en el convenio arbitral⁶⁴⁰.

La responsabilidad que dimana del artículo 21 NLAB exige, en concordancia con lo dispuesto en el art. 217 de la L.E.C., no solo que la actuación del árbitro sea por "*mala fe, temeraria o dolosa*"⁶⁴¹ sino además que se pruebe y una cosa son los motivos de anulación que recoge el art. 41 NAL, y otra distinta, los presupuestos que el art. 21 NAL establece para la exigencia de responsabilidad. Por tanto, ni la inaplicación de la norma imperativa daría lugar por sí sola a responsabilidad del árbitro de derecho; ni la responsabilidad del árbitro tiene su origen típico en la

⁶⁴⁰ En aplicación analógica, Vid. GARCIA GARRIDO, *I Principi Generali della Tradizione Giuridica nella Unione Europea*, publicado en *Scienza Giuridica interpretazione e sviluppo del diritto europeo*. Jovene Editore. Roma 2011. página 186: "Desde el punto de vista de la técnica jurídica, la institución jurídica de la caducidad representa una concretización del principio de buena fe, y más exactamente, del principio jurídico que subyace al aforismo *venire contra factum proprium*, según el cual, en caso de actitud contradictoria del titular de un derecho, debe prohibirse al mismo el ejercicio de su derecho frente al obligado. Según el Derecho de los Estados miembros, un derecho se considerará caducado, por regla general, cuando durante determinado periodo de tiempo (componente temporal), el titular de un derecho no invoca el mismo (inacción del titular), por lo que el obligado presume, teniendo razones para ello a la luz de un análisis objetivo del comportamiento del titular del derecho (confianza legítima), que éste tampoco lo invocará en el futuro. En este caso, la vulneración del principio de buena fe radica en el retraso desleal en la invocación del derecho, por lo que el ordenamiento jurídico, habida cuenta de las circunstancias específicas del caso, considera justificada la confianza que la persona en principio obligada deposita en una situación jurídica."

⁶⁴¹ Una vez más vemos cómo entronca directamente el arbitraje con su pasado romano, puesto que el dolo, que se configura como un elemento clave en relación con la actuación del árbitro, como nos muestra GARCIA GARRIDO en *Derecho privado romano casos acciones instituciones* XX edición. Ediasa. Pag 161 y 162, contaba con una detallada regulación: "El edicto concede también una restricción total (*restitutio in integrum*) de los actos en que interviene intimidación. El coaccionado actúa como si el acto o negocio no hubiera tenido lugar.

"*Servio definió así el dolo malo: cierta maquinación para engañar a otro, de simular una cosa y hacer otra. Labeón lo definió como: toda malicia, engaño o maquinación para valerse de la ignorancia de otro, engañarle o defraudarle*". Ulpiano, 11 eD. 4. 3. 1. 2.

El derecho civil tiene en cuenta el dolo únicamente en los juicios de buena fe (*bonae fidei iudicia*) y cuando haya ocasionado un error grave que causa la nulidad del contrato. En la estipulación, como negocio de derecho estricto, se acostumbraba a incluir una cláusula de dolo, por la que se obligaba al deudor a prometer que no obraría con dolo. El edicto tipifica como delito "al dolo malo" y concede una acción de dolo (actio de dolo) para obtener una indemnización por el perjuicio sufrido. La fórmula se debe al jurista Aquilio Galo, que fue pretor peregrino en el año 66 a. C. La acción es infamante y se concede con carácter subsidiario, es decir, en los casos en los que no haya otra acción. Se ejercita contra el autor del dolo, dentro del año por el perjuicio sufrido, puede darse como noxal, y es intransmisible a los herederos. La acción por el enriquecimiento, que se ejercita después del año, es transmisible al heredero. El pretor concede también una *exceptio doli*, contra las acciones derivadas del acto viciado por dolo o por aquellas cuyo ejercicio supone un comportamiento doloso. Es probable que el pretor concediera también una rescisión total (*restitutio in integrum*). El delito de miedo o de coacciones psicológicas se protege mediante la *actio quod metus causa*."

inaplicación de normas imperativas, de forma directa o de forma indirecta, a través del concepto de culpa.

No se trata de que el artículo 21 de la NLAB, suponga una derogación de la ley general en lo referente a los art. 1.101 y 1.902 del CC, que establecen la obligación de reparar el daño causado, sino que establece un marco concreto de la responsabilidad de los árbitros que no puede ser estirado, hasta el punto de comprender también la responsabilidad por culpa, cuando se está exigiendo una estricta responsabilidad por dolo o negligencia grave, que no se puede ignorar. Estas mismas consideraciones son de aplicación con respecto a la Institución Arbitral permanente en el caso de arbitrajes administrados.

4.3. Obligaciones anteriores a la aceptación del árbitro que pueden derivar en exigencias de responsabilidad civil

4.3.1. Examinar su capacidad para ser árbitro

Antes de la aceptación de su nombramiento el árbitro tiene dos previas obligaciones que nacen de la NLAB: La primera es examinar si puede o no aceptar; la segunda, en su caso, la obligación de no aceptar.

El futuro árbitro vendrá obligado exclusivamente a examinar si tiene el pleno ejercicio de sus derechos civiles; si la legislación que pudiera serle de aplicación por razón de su profesión⁶⁴² le prohíbe ser árbitro; y si existe un pacto en contrario de las partes para que el árbitro no sea de la nacionalidad⁶⁴³ del futuro árbitro. A esa lista hay que añadir, como señala GONZALEZ SORIA, igualmente el profundo dominio del idioma del arbitraje por parte del Árbitro, que le será imprescindible para entender la documentación, para dirigir las vistas y entender a testigos, peritos y partes, así como para redactar el laudo y otros posibles documentos necesarios en el *iter* procesal del arbitraje.

De cara a la determinación de posibles responsabilidades civiles, nuestra opinión es que examinar erróneamente cualquier de los tres puntos anteriores habrá de ser considerado como negligencia grave o incluso dolo, si se apreciara intencionalidad dolosa, ya que pueden frustrar el arbitraje en el mismo momento en que fueren conocidos por una de las partes; o justificar la anulación del laudo si lo conocieran tras su emisión. Únicamente con relación al tercer supuesto el árbitro no incurriría en responsabilidad si las partes no hubieran incluido en el

⁶⁴² Aunque no resulta procedente ahondar más en este punto, en nuestra opinión tal prohibición, tal y como está configurada por la Ley, únicamente podría ser aplicable en aquellos casos en que la persona física hubiera sido llamado como árbitro precisamente en razón de su profesión, que es la que justifica su elección por las partes o por el Juez. Sin embargo, puesto que los matices resultan muy indefinidos, se habrá de cuidar al máximo cualquier posible excepción a una prohibición establecida en la legislación específica del laudante, ya que de no justificarse adecuadamente la misma claramente podría viciar el laudo de nulidad.

⁶⁴³ Si bien la NLAB no dice nada al respecto, y salvo que el acuerdo de las partes lo aclarara, entendemos que el análisis de la nacionalidad debe realizarse en el momento de la aceptación del árbitro, debiendo confrontarse la nacionalidad que en ese momento temporal concreto ostente con la prohibida o deseada por las partes.

convenio arbitral la precisión de la nacionalidad y no hubieran manifestado tal circunstancia, previamente a la aceptación de su nombramiento, al árbitro.

Lógicamente, si el árbitro ocultara a las partes y, en su caso, a la institución arbitral permanente, que no cuenta con el pleno ejercicio de sus derechos civiles o que en razón de la legislación específica que le es aplicable no puede actuar como árbitro, incurriría en dolo.

De este modo, si el árbitro aceptara indebidamente el nombramiento y el procedimiento finalizara con un laudo que fuera favorable a las pretensiones de una parte, y el citado laudo fuera anulado a causa de la falta de capacidad del árbitro, existiría claramente un nexo causal entre la conducta negligente o dolosa del árbitro y el daño producido por la anulación del laudo, que es cuantificable en los costes del arbitraje que finalmente es fallido⁶⁴⁴. Por lo tanto, esa parte podría reclamar al árbitro en esos términos.

Asimismo, si el procedimiento arbitral termina antes de la emisión del laudo o del laudo que se emita –posteriormente anulado por el motivo mencionado- no se infieren derechos económicos cuantificables para la parte reclamante, la única cuantía por la que se podría reclamar al árbitro sería por los costes del procedimiento arbitral, ya que en ningún caso es admisible sostener como base de una reclamación contra un árbitro el lucro cesante de una supuesta resolución favorable a sus intereses si hubiera sido otro el árbitro, máxime cuando tras la anulación le quedan expeditas la vía arbitral y la estática, según lo que disponga el convenio arbitral aplicable..

4.3.2. Examinar su competencia y predisposición para ser árbitro

De cara a la determinación de posibles responsabilidades civiles, nuestra opinión es que en este caso no se pueden derivar consecuencias directas relativas a la responsabilidad del árbitro, dado el carácter subjetivo y variable de las valoraciones que debe hacer el futuro árbitro, sino que se habría de esperar a ver si una incorrecta evaluación de su competencia profesional y/o de su disponibilidad de tiempo afectan al desarrollo del procedimiento, pudiendo llegar a constituir una negligencia grave.

Lógicamente, si el árbitro aceptara un arbitraje de derecho con un complicado contenido jurídico que versara sobre una materia en la que no contara con experiencia alguna, y este desconocimiento afectara el curso del procedimiento, llegando a producirse un laudo contrario al orden público que fuera posteriormente anulado, la imprudencia del árbitro sería tal que habría de ser calificada como de negligencia grave.

Y si aceptara un arbitraje, aún a sabiendas de que en ese momento sus circunstancias personales le iban a impedir dedicar el tiempo suficiente para mantener el impulso procesal del procedimiento y para profundizar en el

⁶⁴⁴ En ningún caso entendemos que puedan ser reclamados los costes del siguiente procedimiento arbitral o judicial que la parte reclamante hubiera iniciado para defender sus intereses, inicialmente sometidos a arbitraje, porque para ello en cualquier caso siempre deberá soportar los costes de 1 procedimiento.

conocimiento de la *litis*, y finalmente dictara un laudo extemporáneo, que fuera posteriormente anulado, al haber fijado las partes convencionalmente un plazo preclusivo, su imprudencia habría de ser calificada de negligencia grave.

De este modo, si el árbitro acepta indebidamente el nombramiento y el procedimiento finaliza con un laudo que es favorable a las pretensiones de una parte, y el citado laudo es anulado por contrario al orden público o por extemporáneo, existiría claramente un nexo causal entre la conducta negligente o dolosa del árbitro y el daño producido por la anulación del laudo, que es cuantificable en los costes del arbitraje que finalmente es fallido. Por lo tanto, esa parte podrá reclamar al árbitro en esos términos.

Asimismo, si el procedimiento arbitral terminara antes de la emisión del laudo o del laudo que se emitiera –posteriormente anulado por uno de los dos motivos mencionados- no se infieren derechos económicos cuantificables para la parte reclamante, la única cuantía por la que se podría reclamar al árbitro sería por los costes del procedimiento arbitral.

4.3.3. Contar con un Seguro de Responsabilidad Civil

Dentro de la revisión de la competencia del árbitro antes de su aceptación, tiene la obligación, a tenor de la NLAB, de comprobar que tenga un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente en vigor y si no, rehusar el nombramiento. Desgraciadamente el Legislador aún no ha llevado a cabo el desarrollo reglamentario de este artículo, por lo *de facto* todos los árbitros están incumpliendo en la actualidad una norma imperativa que, por aplicación analógica con las profesiones colegiadas, les cerraría la posibilidad de actuar como árbitros. Sin embargo, como el incumplimiento es imputable a la Administración, por su prolongada demora en el preceptivo desarrollo reglamentario, no tiene efectos prácticos y no se pueden exigir responsabilidad al árbitro por aceptar el nombramiento sin tener un seguro o garantía equivalente.

4.3.4. Examinar posibles conflictos de intereses

El deber de revelación por parte de los árbitros se articula como el principal instrumento legislativo de prevención de conflictos de intereses en el seno de un arbitraje, habida cuenta de la práctica imposibilidad para una parte de conocer todas las posibles relaciones que puedan existir entre su contraparte y un árbitro; y como medio para resolver los supuestos dudosos -en aquellos en que el conflicto es evidente el árbitro debería directamente abstenerse de participar en el procedimiento-, pues al tener conocimiento de las circunstancias son las partes quienes decidirán si lo consideran o no un obstáculo suficiente para la participación del árbitro en el procedimiento⁶⁴⁵.

En una situación en la que la apreciación de si se producen o no dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro depende no solo del

⁶⁴⁵ Vid. Sentencia núm. 221/2008, de 5 de Mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid; Sentencia núm. 44/2015 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y lo Penal, de 26 de Mayo de 2015; y Sentencia núm. 25/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y lo Penal, de 25 de Junio de 2014.

juicio de este, sino también de la consideración subjetiva de las partes, la mejor alternativa es revelar todo lo que directamente crea que debe revelar y además lo que dude si debe revelar, teniendo siempre presente que el hecho de que un árbitro revele determinadas circunstancias no puede entenderse como la admisión de la existencia de un conflicto de intereses, si no justo lo contrario.

En el año 2004 se promulgaron las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, con el fin de fijar las pautas de determinación de la existencia de conflictos de interés. Su aceptación en el ámbito internacional se encuentra fuera de toda duda pero su aplicación plantea aún algunos interrogantes, pues por un lado resulta cuestionable la existencia de una lista de supuestos no renunciables ya que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, si las partes, conociendo la existencia de las situaciones incluidas en la lista, deciden igualmente designar a una persona determinada como árbitro, limitar sus elecciones y su consentimiento debidamente informado no parece justificado; y, por otro lado, como ya antes fue apuntado, debe evitarse el riesgo de aplicar sin más las distintas listas, sin analizar las circunstancias específicas de cada caso, fundamentalmente si se decide no revelar situaciones contenidas en la categoría verde que respecto a un supuesto concreto sí podrían generar dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia de uno de los árbitros.

La primera consecuencia que, sobre el procedimiento arbitral, tiene la no revelación de situaciones potencialmente conflictivas se plantea en relación con la recusación del árbitro en el momento en que dichas situaciones se descubren. Así, en cuanto se plantea la recusación, el procedimiento se paraliza con el fin de resolver aquella. Si además está ya avanzado el procedimiento arbitral, la recusación puede conducir a un considerable desajuste que podría haberse evitado con la oportuna revelación. Además, la falta de revelación puede llegar a cualificar la causa de recusación al potenciar las dudas que puedan surgir en relación con la misma. En términos de responsabilidad del árbitro, esta será exigible en supuestos de mala fe, temeridad o dolo⁶⁴⁶.

La otra vertiente del incumplimiento del deber de revelación, en relación con sus efectos sobre el procedimiento arbitral, es la cuestión de si el mero incumplimiento del deber de revelación es suficiente para obtener la anulación del laudo. Nuestra opinión es que puesto que es un deber instrumental, dirigido a que las partes tengan un conocimiento suficiente de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas fundadas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros, sólo en supuestos en los que las circunstancias no reveladas generen tales dudas es cuando puede cuestionarse la validez del arbitraje. Porque no hay que olvidar que no se trata de determinar si, efectivamente, el árbitro no es imparcial o independiente, si no de analizar hasta qué punto sus relaciones con las partes o sus defensores permiten sembrar en la otra parte la fundada duda sobre tales atributos, es decir, que se valora esa apariencia previa de imparcialidad e independencia, que cuando no se produce es insalvable por medio de una conducta imparcial e independiente del árbitro en el arbitraje.

⁶⁴⁶ Art. 21.1 NLAB.

Cabe además señalar que el árbitro, al revelar la existencia de situaciones potencialmente conflictivas, está salvaguardando no solo el procedimiento, sino también su propio nombramiento dado que, una vez puestas aquellas en conocimiento de las partes, si estas no formulan la recusación en el plazo que corresponda⁶⁴⁷, se entiende que han renunciado tácitamente a las facultades de impugnación que les otorga la NLAB, salvando en consecuencia el posible conflicto de interés, conforme al art. 6 NLAB, ya que al no plantear la recusación esa parte tiene vetado después impugnar el laudo arguyendo este motivo.

Debemos entender como negligencia grave no revelar una circunstancia que objetivamente puede proyectar sombras de duda sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, por creer éste que ello no era necesario o preceptivo. Y como dolo, la ocultación de la citada circunstancia, al pensar que de revelarla sobrevendría su recusación. En este segundo caso, habría incumplido igualmente la obligación de rehusar al nombramiento, que como hemos visto puede generar responsabilidades. Sin embargo, no tiene sentido acumularlas, porque son las dos caras de una misma moneda. La importancia de que nos encontremos con dolo o negligencia grave en la actuación del árbitro se verá en la cuantificación que el Juez de Primera Instancia que resuelva la reclamación contra el árbitro haga de la indemnización, pues podrá decidir atemperar la misma cuando concurra negligencia grave.

De este modo, si el árbitro incumple el deber de revelación y el procedimiento finaliza con un laudo que es favorable a las pretensiones de una parte, y el citado laudo es anulado a causa de la falta de independencia aparente del árbitro, existe claramente un nexo causal entre la conducta negligente o dolosa del árbitro y el daño producido por la anulación del laudo, que es cuantificable en los costes del arbitraje que finalmente es fallido. Por lo tanto, esa parte podrá reclamar al árbitro en esos términos⁶⁴⁸.

Asimismo, si el procedimiento arbitral termina antes de la emisión del laudo o del laudo que se emita –posteriormente anulado por el motivo mencionado- no se infieren derechos económicos cuantificables para la parte reclamante, la única cuantía por la que podría reclamar al árbitro sería por los costes del procedimiento arbitral, ya que en ningún caso es admisible sostener como base de una reclamación contra un árbitro el lucro cesante de una supuesta resolución favorable a sus intereses si hubiera sido otro el árbitro, máxime cuando tras la anulación le quedan expeditas la vía arbitral o la estática.

4.3.5. Examinar la viabilidad del arbitraje a tenor del convenio arbitral

4.3.5.1. *Posible desistimiento del convenio arbitral*

⁶⁴⁷ Quince días salvo que las partes hayan acordado otra cosa, ex art. 18.2 NLAB.

⁶⁴⁸ La otra parte, que es con la que el árbitro se supone tiene relación, al no haber manifestado durante el arbitraje su preocupación ante esa situación ni haber instado la anulación del laudo, ha incumplido lo previsto en el artículo 6 NLS y decaído en sus derechos de reclamación al árbitro por ese motivo.

La exclusión de la jurisdicción debe realizarse a través de la declinatoria, lo que impide al Juez que conozca de la misma entrar en el fondo del asunto⁶⁴⁹. De este modo:

a) Si el demandado decide invocar el convenio arbitral, debe hacerlo al principio del proceso, en el momento en que comparezca o inmediatamente después de comparecido, puesto que si el demandado conserva el derecho a renunciar expresa o tácitamente al arbitraje contestando a la demanda, debe exigírsele que lo haga *a limine*, pues en caso contrario la actividad procesal realizada devendría inútil e ineficaz.

b) Invocado el convenio arbitral, la cuestión debe ser resuelta con carácter previo, pues la eficacia del convenio arbitral no sólo excluye la decisión de la controversia por los Tribunales ordinarios, sino que también excluye la actividad procesal misma. Si una de las metas del arbitraje es obtener una decisión rápida y menos costosa, parece evidente que es preciso evitar la propia actividad procesal, aunque ésta termine con una sentencia absolutoria de la instancia.

c) La única finalidad de la declinatoria es obtener el sobreseimiento del proceso en el que se interpone y quedarse ahí (65 2 LEC). El efecto negativo o excluyente del convenio arbitral sólo asegura que será sobreseído el proceso jurisdiccional iniciado sobre materia sometida a arbitraje, pero no permite —en ese momento— “obligar” al actor a acudir al arbitraje pactado. Incluso obtenido el sobreseimiento del proceso, nada obliga al demandado a acudir al arbitraje. Hacerlo o no queda a su albedrío y, si decide obligar al actor acudir al arbitraje (arts. 38 ss. NLAB) lo hace en completa desconexión del proceso inicialmente incoado.

Así pues, si una de las partes ha iniciado un proceso jurisdiccional y la otra parte no se ha limitado a interponer en plazo y forma la correspondiente declinatoria de sumisión a arbitraje sino que ha realizado cualquier otra actuación procesal, el árbitro debe considerar extinguida la voluntad de las partes de someter la decisión de su *litis* al árbitro, por lo que debe cesar en el procedimiento arbitral. Hacer lo contrario, es decir, continuar con el arbitraje a petición de la parte que no ha interpuesto la declinatoria, existiendo un procedimiento judicial en el que ambas partes estén personadas, podría ser calificado de negligencia grave o incluso de dolo, ya que conducirá indefectiblemente a un laudo viciado, incurso en una de las causas tasadas de anulación, como es la nulidad del convenio arbitral.

⁶⁴⁹ Vid. Sentencia de Tribunal Superior de Justicia Castilla La Mancha Sala de lo Civil y Penal 4/2013 de 10/10/2013; Sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 355/1998 de 18/04/1998; Sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 966/1998 de 27/10/1998; Sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 490/1999 de 01/06/1999; Sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 1042/1999 de 11/12/1999; Sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 724/2001 de 13/07/2001; Sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 245/2002 de 18/03/2002; Sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 64/2003 de 06/02/2003; Sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 688/2003 de 03/07/2003; Sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil 771/2003 de 26/07/2003; Sentencia de Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sección Única 1000/2003 de 30/10/2003

En el caso de que la parte demandada haya iniciado un procedimiento judicial y la parte demandante haya presentado la declinatoria de sumisión a arbitraje, el árbitro puede plantearse los siguientes escenarios:

- Declarar la validez del convenio arbitral y, por ende, de su competencia, y continuar el procedimiento hasta la emisión del laudo, con independencia del fin que tenga la declinatoria.
- Suspender, con el acuerdo de las partes, el procedimiento arbitral, hasta que se resuelva la declinatoria, continuando el procedimiento en el caso de que sea admitida.
- Continuar con el procedimiento arbitral, al haber admitido su competencia, y si antes de la emisión del laudo recae la decisión sobre la declinatoria rechazando la misma, estudiar la fundamentación de la misma y volver a revisar su propia competencia.

En ninguno de los tres escenarios anteriores parece fácil encontrar un supuesto en los que se pueda apreciar dolo o grave negligencia en la actuación del árbitro, salvo el caso en el que el convenio arbitral fuera manifiestamente nulo y se pudiera apreciar de forma incotrovertida tal nulidad, y el árbitro hubiera decidido ignorarlo, declarando su competencia para continuar con el procedimiento arbitral y ello condujera posteriormente a la anulación del laudo, produciéndose daños para las partes que hubieran podido evitarse con la conducta especialmente diligente que se le exige al árbitro. Sin embargo, es importante enfatizar que el hecho de que en la acción de impugnación el Tribunal Superior de Justicia competente estime la anulación por invalidez del convenio arbitral no presupone *per se* la responsabilidad del árbitro, ya que se trata de una materia de contenido jurídico, susceptible de controversia en muchos casos. Ni siquiera se derivarían esos efectos de responsabilidad directa si antes de laudarse se desestimara la declinatoria, puesto que no olvidemos que ese Auto es susceptible de reposición y después de Alzada, lo que demoraría previsiblemente el proceso más allá del ámbito previsto para laudarse, cabiendo la posibilidad de que la Audiencia Provincial modifique la decisión desestimatoria del *juez a quo*.

4.3.5.2. Caducidad del convenio arbitral

El árbitro es libre de decidir si trata la caducidad del convenio como una cuestión previa o por el contrario resuelve la misma, tras finalizar el procedimiento arbitral, en el laudo, si bien se le exige buena fe y la mejor de las diligencias para optar por la alternativa que *prima facie* resulte menos gravosa para las partes litigantes, en el bien entendido de que en este caso lo que el árbitro asume es un mero compromiso de buena voluntad y de razonabilidad en su decisión procedimental, pero en ningún caso una obligación de acertar con la alternativa que finalmente hubiera podido revelarse como la preferible para los intereses de las partes y del propio arbitraje⁶⁵⁰.

⁶⁵⁰ Vid. Sentencia de Tribunal Supremo de 16 de Junio de 1947

Desde la óptica de la responsabilidad de los árbitros, nuestra sugerencia sería resolver siempre las excepciones con carácter previo en aquellos casos en los que *prima facie* el árbitro aprecie un *fumus boni iuris* en la excepción solicitada que pudiere hacer que llegara a ser aceptada, en lugar de esperar a recogerlas en el laudo, porque de apreciarse alguna de las excepciones que supusieran las frustración del arbitraje, resultaría más gravoso por las partes, tanto en tiempo como en costes, que hubiera continuado el procedimiento arbitral y se hubiera emitido el laudo, habiendo pasado por la fase de pruebas y de conclusiones. No obstante, no hacerlo así en ningún caso puede suponerle una responsabilidad al árbitro en el caso de que finalmente aceptara la excepción en su laudo, puesto que la NLAB le autoriza a hacerlo.

Por el contrario, cuando *prima facie* las excepciones se antojan improcedentes, resulta más adecuado que el árbitro espere a resolverlas en el laudo final, como parte del mismo, ya que de esa manera se asegura el árbitro una mayor coordinación y consistencia interna del laudo, con sus argumentaciones alimentando de forma fluida y cohesionada todas las decisiones vertidas en el mismo.

4.3.5.3. Nulidad del convenio arbitral

Los requisitos del objeto y causa del convenio arbitral coinciden en su por qué jurídico, siendo precisa, bajo pena de nulidad, su existencia, su licitud y su determinación⁶⁵¹. En relación con el objeto del convenio, son tres los aspectos

⁶⁵¹ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 174/1995 de 23/11/1995; Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, 75/1996 de 30/04/1996; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 08/07/1930; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14/03/1974; sentencia de Audiencia Provincial, Granada Sección 4 10/2015 de 16/01/2015; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Comunidad de Madrid Sala de lo Civil y Penal 56/2015 de 13/07/2015; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 26/02/1946; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 25/04/1975; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 09/04/1941; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 29/04/1952; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 04/06/1965; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 06/06/1933; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 06/12/1941; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 07/07/1953; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 21/01/1961; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 04/06/1980; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 16/03/1987; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 11/12/1987; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 17/03/1988; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 09/11/1953; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 07/10/1931; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 10/05/1941; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 02/01/1964; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 20/03/1990; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 31/03/1981; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 03/05/1961; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 18/06/1966; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 07/07/1969; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 21/02/1970; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 14/07/1989; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Comunidad Valenciana Sala de lo Civil y Penal 14/2012 de 26/04/2012; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 07/07/1924; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 27/01/1953; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 17/06/1944; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 14/10/1947; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 28/02/1962; sentencia

esenciales que conviene tener en cuenta para determinar la posible inexistencia del objeto: En primer término, es presupuesto del arbitraje la existencia de un negocio principal, que puede ser o no un contrato; en segundo, ha de determinarse cuál es la relación jurídica singular de dicho negocio sobre la que ha de recaer el arbitraje; y, finalmente, cuáles son los puntos concretos que configuran la controversia sometida a los árbitros.

Las cuestiones litigiosas deben surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, por lo que la existencia de un negocio principal sobre el que se funda la *res litigiosa* es un *prius* lógico y si falta, el convenio no sólo es nulo, sino inexistente.

Se debe determinar en el convenio la relación jurídica singular a la que ha de referirse el arbitraje o, en su defecto, indicarse la relación jurídica de donde pueda surgir, so pena de nulidad.

El objeto y la causa del convenio es la controversia, es decir, aquellas cuestiones litigiosas, presentes o futuras, entre partes, que ha de tratarse de una *res dubia* y que puede ser un conflicto intersubjetivo, una controversia de alcance verdaderamente objetivo o incluso un conflicto de actividades. Es posible formalizar el convenio arbitral sobre la base de controversias potenciales, y en el caso de que las partes no concreten las citadas controversias antes del inicio del arbitraje, será responsabilidad de los árbitros hacerlo⁶⁵². Lógicamente, la

de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil de 04/05/1962 ; sentencia de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil de 22/01/1972 ; sentencia de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil de 20/11/1989 ; sentencia de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil de 13/10/1986 ; sentencia de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil de 28/10/1933 ; sentencia de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil de 02/10/1946 ; sentencia de Audiencia Provincial , Asturias Sección 1ª 25/2004 de 20/01/2004 ; sentencia de Audiencia Provincial , Málaga de 12/02/2001 ; sentencia de Audiencia Provincial , Sevilla de 15/03/2001 ; sentencia de Audiencia Provincial , Valencia de 19/04/2000 ; Resolución de Dirección General Registros y Notariado , de 19/02/1998 ; Resolución de Dirección General Registros y Notariado , de 18/04/1998 ; Resolución de Dirección General Registros y Notariado , de 01/10/2001 ; sentencia de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil de 16/11/1933 ; sentencia de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil de 15/10/1956 ; sentencia de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil de 06/03/1987 ; sentencia de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil 1139/2001 de 30/11/2001 ; sentencia de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil de 21/01/1975 ; sentencia de Audiencia Provincial , Barcelona Sección 14ª de 03/10/2003 ; Auto de Audiencia Provincial , Barcelona Sección 14ª 846/2003 de 17/10/2003 ; sentencia de Tribunal Superior de Justicia , Comunidad de Madrid Sala de lo Civil y Penal 32/2014 de 02/06/2014 ; sentencia de Tribunal Superior de Justicia , Comunidad de Madrid Sala de lo Civil y Penal 31/2015 de 14/04/2015 ; sentencia de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil, Sección Única 433/2003 de 09/05/2003 ; Auto de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil de 26/05/1998 ; Auto de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil de 14/07/1998 ; Auto de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil de 29/09/1998 ; Auto de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil de 18/04/2000 ; sentencia de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil 245/2002 de 18/03/2001 ; sentencia de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil 790/2001 de 23/07/2001 ; Auto de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil de 14/10/2003 ; sentencia de Tribunal Supremo , Sala de lo Civil, Sección Única 688/2003 de 07/03/2003.

⁶⁵² En esos casos el laudo no podría impugnarse por el motivo de la nulidad del convenio, sino por el motivo de incongruencia si los árbitros se hubieran excedido en la delimitación de la controversia

controversia no debe haber quedado extinguida mediante sentencia judicial, arbitraje, transacción u otro acto jurídico.

La exigencia objetiva de licitud se concreta, en el caso del convenio arbitral, en lo que se ha dado en llamar arbitrabilidad de la controversia o idoneidad de la misma para ser objeto de un acuerdo de arbitraje, lo que significa que sólo son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. Este defecto es de tal naturaleza que, incluso si el laudo no fuera impugnado, no producirá efectos por tratarse de un vicio insubsanable y además, en nuestra opinión, el laudo podría ser declarado nulo⁶⁵³ de oficio, si, habiendo sido impugnado por las partes, no hubieran invocado este motivo de nulidad.

En conclusión, el laudo será nulo si los árbitros deciden puntos no sometibles a arbitraje. La razón de ser de este motivo es que los árbitros no pueden hacer lo que a las partes les está vedado y, consecuentemente, aquellos derechos que son irrenunciables y aquellas cuestiones que provocarían el ejercicio de una acción constitutiva necesaria deberán ser hechos valer en el proceso judicial correspondiente. No existe una relación cerrada de materias indisponibles, con excepción de menciones específicas a los ámbitos laborales, consumerista y de telecomunicaciones, así como de la asunción de que no podrán ser arbitrables cuestiones sobre las que ha recaído resolución judicial firme y definitiva; materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición y cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.

En principio el convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento⁶⁵⁴ firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Sin embargo, la forma del convenio arbitral es muy flexible⁶⁵⁵, pudiendo aparecer como un acuerdo independiente del contrato, surgido, incluso, de correspondencia intercambiada entre las partes o hasta por la ausencia de negación de una de ellas cuando se alega su existencia por la contraria en un procedimiento judicial. Incluso, ante la ausencia de un acuerdo arbitral firmado por las partes, se habrá de

⁶⁵³ Será nulidad parcial, si se trata de puntos que tengan sustantividad propia y que no aparezcan unidos indisolublemente a otros.

⁶⁵⁴ Puede ser parte de un contrato de adhesión siempre que no vaya en contra de normas específicas que lo prohíben, como es el caso de que una de las partes sea un consumidor, pues en ese caso sólo es posible el arbitraje de consumo.

⁶⁵⁵ Como nos recuerda GARCIA GARRIDO, esta tradición antiformalista se remonta hasta el Ordenamiento de Alcalá. Vid. *Las influencias Romana e hispana en la historia del contrato* publicado en homenaje a José Antonio Escudero. Madrid 2012: "El Ordenamiento de Alcalá, que se incluye con alguna variante en la Nueva y en la Novísima Recopilación, al consagrar la libertad de formas y aceptar la doctrina sobre la causa, termina con todas las interminables polémicas de glosadores y canonistas sobre pactos nudos o vestidos, contratos innominados o nominados, estipulaciones con o sin causa, entre presente y ausentes. Sin embargo, estos conceptos tienen todavía huellas en los autores del siglo XVIII."

atender no sólo a criterios integradores de índole sistemática, acudiendo incluso a otras normas convencionales cuando fuesen aplicables, sino especialmente a criterios de tipo finalista, considerando que el objeto de la norma es verificar la existencia de la voluntad común de las partes dirigida a incluir en el contenido de sus relaciones negociales un convenio arbitral o, en general, encaminada a someter a arbitraje los litigios que se susciten con motivo de la ejecución de un determinado negocio jurídico entre ellos; voluntad común que ha de resultar del conjunto de las comunicaciones mantenidas y de las actuaciones llevadas a cabo por una y otra parte de la relación negocial, pero siempre con la obligada precisión de que, sin embargo, no cabe atribuir a estos fines eficacia al silencio o inactividad de aquélla a la que se le hubiera dirigido una oferta que, directa o indirectamente, contenga un convenio arbitral.

En cuanto a la redacción del convenio arbitral, basta que su sentido resulte claramente expresado, por haberse convenido y aceptado, reflejando consentimientos bilaterales concurrentes para estimar suficiente y vinculante el contenido de la cláusula, ya que no debe confundirse la forma del negocio jurídico con las superadas fórmulas sacramentales.

En conclusión, el convenio arbitral, como todo contrato, debe cumplir los requisitos generales previstos en el C.C. y los específicos de la NLAB, y si no se cumpliera alguno de estos requisitos en relación con las partes, con el objeto, con la forma o con el tiempo, pudiere el laudo anularse en impugnación⁶⁵⁶. De este modo, la responsabilidad del árbitro pudiera llegar a exigirse en los siguientes escenarios:

- a) El árbitro no aprecia vicio en las voluntades en el nacimiento jurídico del convenio arbitral, a pesar de que la parte que dice haberlo sufrido se lo ponga de manifiesto y continua el procedimiento, emitiendo su fallo, que posteriormente es anulado precisamente por nulidad del convenio arbitral, por no existir una voluntad concorde de las partes de sustraerse del juez predeterminado.
- b) El árbitro aprecia, de oficio o porque se lo someta una de las partes, vicio en las voluntades en el nacimiento jurídico del convenio arbitral, y da por finalizado el procedimiento arbitral, dejando a las partes expedita la vía judicial.
- c) El árbitro no aprecia la falta total o absoluta del negocio principal sobre el que se funda la *res litis*, a pesar de que una parte se lo ponga de manifiesto y continua el procedimiento, emitiendo su fallo, que posteriormente es anulado precisamente por nulidad del convenio arbitral, por no existir el citado negocio principal
- d) El árbitro aprecia, de oficio o porque se lo someta una de las partes, la falta total o absoluta del negocio principal sobre el que se funda la *res litis*, y da por finalizado el procedimiento arbitral, dejando a las partes expedita la vía judicial.

⁶⁵⁶ Señala MOHINO MANRIQUE, ANA, Vid. *A propósito de D.19.2.20.2 en relación con D.19.2.22.pr.* Universidad Nacional Educación a Distancia -UNED: "El simple consentimiento de los contratantes, exento de toda forma, permitió, enmarcado en el principio de la buena fe obtener finalidades muy diversas según las necesidades del tráfico jurídico." Sin embargo, el Legislado de la NLAB no ha querido llegar tan lejos.

- e) El árbitro no aprecia la falta de la relación jurídica singular a la que ha de referirse el arbitraje, a pesar de que una parte se lo ponga de manifiesto y continua el procedimiento, emitiendo su fallo, que posteriormente es anulado precisamente por nulidad del convenio arbitral, por no existir la citada relación jurídica singular.
- f) El árbitro aprecia, de oficio o porque se lo someta una de las partes, la falta de la relación jurídica singular a la que ha de referirse el arbitraje, y da por finalizado el procedimiento arbitral, dejando a las partes expedita la vía judicial.
- g) El árbitro no aprecia no aprecia inexistencia de la controversia, a pesar de que una parte se lo ponga de manifiesto y continua el procedimiento, emitiendo su fallo, que posteriormente es anulado precisamente por nulidad del convenio arbitral, por inexistencia de la controversia.
- h) El árbitro aprecia, de oficio o porque se lo someta una de las partes, inexistencia de la controversia, y da por finalizado el procedimiento arbitral, dejando a las partes expedita la vía judicial.
- i) El árbitro procede a determinar una controversia que las partes no habían concretado y una de ellas manifiesta que se ha extralimitado en esa determinación y el árbitro no redefine la controversia, y posteriormente el laudo es anulado por incongruente.
- j) El árbitro no aprecia que el convenio arbitral versa sobre materia indisponible, a pesar de que una parte se lo ponga de manifiesto y continua el procedimiento, emitiendo su fallo, que posteriormente es anulado precisamente por nulidad del convenio arbitral, por conocer de materia indisponible.
- k) El árbitro aprecia, de oficio o porque se lo someta una de las partes, la indisponibilidad de la materia sobre la que versa el convenio arbitral, y da por finalizado el procedimiento arbitral, dejando a las partes expedita la vía judicial.

Como ya hemos comentado anteriormente, para determinar la posible responsabilidad de árbitro a tenor de la precitada relación de hechos factuales, se debe evaluar la intencionalidad; el daño cierto y cuantificable producido; y el nexo causal entre el hecho factual y el daño.

Comenzando con la intencionalidad, en nuestra opinión en todos los casos tendría cabida el dolo, si el árbitro es movido en sus decisiones por la voluntad de causar perjuicio a una de las partes. En cuanto a la negligencia grave, tendría mejor cabida en las letras j) y k), puesto que con contadas excepciones, no resulta un ejercicio jurídico excesivamente complejo determinar qué materia es arbitrable y cual no, por lo que cometer un error en ese ámbito podría llegar a demostrar una negligencia grave⁶⁵⁷. Lógicamente, cuando más compleja sea la relación jurídica a interpretar por el árbitro, más margen para el error tendrá, moviéndose entonces

⁶⁵⁷ Un buen ejemplo sería un convenio arbitral incluido en un contrato de adhesión suscrito entre una empresa y un consumidor. El árbitro que no considerara nulo ese convenio incurriría en negligencia grave por no demostrar la especial diligencia que se le exige en su actuación como árbitro.

en el terreno de la culpa, que recordemos no es suficiente para instar una reclamación por responsabilidad contra el árbitro.

En cuanto al daño producido, podemos agrupar por un lado las letras a), c), e), g), j), en las que se produce la misma circunstancia, es decir, un procedimiento arbitral que llega hasta el final y el laudo que se emite en anulado por el motivo desestimado en su momento por el árbitro; por otro, las letras b), d), f), h) y k), que se caracterizan porque el árbitro haya decidió estimar la nulidad del convenio y poner fin a la vía arbitral; y finalmente la i), que no se corresponde con la nulidad del convenio sino con la incongruencia del laudo con la controversia.

Sin embargo, a efectos de determinar el daño, todas ellas se tratarían de la misma forma, puesto que el mismo debiera centrarse en los costes del arbitraje que hubiera soportado la parte reclamante., que serán mayores en el primer grupo de hechos factuales por haberse completado el arbitraje. Como hemos señalado con anterioridad, en ningún caso se puede considerar como un daño infligido a una parte verse privada de la jurisdicción arbitral y tener que recurrir a la jurisdicción estática para resolver la *litis*, porque es impropio presuponer que se obtendrá una mejor decisión en uno u otro ámbito. En el caso de la incongruencia, la determinación del daño es aun más compleja, puesto que normalmente se producirá una anulación parcial del laudo. Lógicamente, el grado de intencionalidad debería atemperar la cuantificación del daño.

En cuanto al nexo causal entre la conducta del árbitro y el daño causado en evidente y directo, ya que en el primer grupo de opciones, es su conducta la que justifica la anulación del laudo y, por ende el fracaso, del esfuerzo arbitral; y en el segundo es el propio árbitro quien decide cesar y terminar el arbitraje sin la conclusión que le da sentido, el laudo.

Es importante volver a insistir en que la parte que no hubiera puesto de manifiesto durante el procedimiento una posible causa de anulación, no podría instarla en la acción de impugnación y, por ende no podrían reclamar responsabilidades al árbitro por ella. De este modo, en ningún caso prosperaría que la parte que no cuestionó la validez del convenio arbitral, una vez anulado el laudo, en que se le asignaban determinados derechos económicos, reclamara al árbitro una indemnización por la pérdida de los mismos; ni la recuperación de los costes arbitrales soportados.

4.4. Obligaciones posteriores a la aceptación del árbitro

4.4.1. Obligaciones generales

Los árbitros tienen la necesaria autonomía para decidir, a tenor de las circunstancias concurrentes en cada caso, si deben resolver la cuestión de competencia como algo previo al procedimiento arbitral con un laudo parcial o si por el contrario debe resolverlo en el laudo que ponga final al arbitraje, aunque la experiencia arbitral aconseja esta segunda opción, puesto que no debemos olvidar que los diferentes laudos que se emitan en un mismo procedimiento arbitral no pueden corregirse ni contradecirse entre sí, puesto que tienen sustantividad propia como decisiones arbitrales, que pueden ser impugnadas en los términos y con las consecuencias que prevé la NLAB para el caso de un único laudo que pone

fin al arbitraje. Por lo tanto, una resolución interlocutoria o laudo parcial que resuelva la cuestión de competencia corre el riesgo de entrar en incongruencia con el futuro laudo que podemos denominar “final”, en el que es probable que los árbitros hagan referencia e interpreten hechos coincidentes, con el riesgo de conclusiones no exactamente idénticas. Por lo tanto, salvo en el caso de que la decisión sea estimatoria, lo que lógicamente pone fin al arbitraje, resulta lo más aconsejable que el procedimiento arbitral siga su curso, sustanciándose paralelamente el incidente competencial, que será resuelto definitivamente en un único laudo.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad del árbitro únicamente podrá derivarse de una estimación de la cuestión de competencia que resulte manifiestamente temeraria, dolosa o fruto de la mala fe, es decir, dolosa o gravemente negligente; o bien de su desestimación irrazonada, que pueda ser incardinada dentro de una de las tres vertientes de la responsabilidad antes comentadas.

Quien reclame la responsabilidad del árbitro debe probar la realidad y valoración de los daños y perjuicios⁶⁵⁸ que argumenta, que los mismos se han derivado de una actuación del árbitro, así como el grado de intencionalidad de esa actuación. En conclusión, los daños y perjuicios únicamente pueden encontrar su fundamento en los costes a los que la parte se haya visto obligada incurrir en relación directa con las consecuencias de la desestimación de la cuestión de competencia, que fundamentalmente vendrán asociados a las propias costas de un arbitraje que deviene inútil para las partes, ya que al ser anulado el laudo queda abierta la vía jurisdiccional para la resolución en la misma de la *litis* en un principio arbitral. Sólo muy excepcionalmente será posible probar la realidad de los daños y perjuicios que se hayan derivado para las partes como consecuencia de la demora en la solución de la *litis* que ha supuesto agotar todo el procedimiento arbitral, máxime cuando dentro del mismo tienen cabida la solicitud de medidas cautelares.

4.4.2. Obligación de fijar y comunicar a las partes unos honorarios y gastos de arbitraje justos.

Antes de centrarnos en cómo se concreta esta obligación en la NLAB, es interesante, proponiendo una interpretación analógica de los honorarios del abogado y del árbitro, entender la trascendencia de los servicios prestados desde la perspectiva de nuestra tradición romanística. Así, FERNANDEZ DE BUJAN, F.⁶⁵⁹, señala: “Entendiendo que los servicios intelectuales prestados no solo son fruto de la actividad profesional desplegada en el concreto caso que se presta sino de la sabiduría y del conocimiento en la concreta parcela del saber que el profesional tenga -al no ser solamente un práctico sino también un estudioso, se

⁶⁵⁸ En ningún caso cabría la posibilidad de que prosperara la reclamación de responsabilidad contra un árbitro que hubiera estimado una cuestión de incompetencia – y posteriormente el Tribunal Superior de Justicia hubiera anulado su decisión arguyendo que los daños y perjuicios vienen constituidos por no haber podido acceder a la concesión de su *petitum* dentro del un procedimiento arbitral, valorando los mismos en la citada cuantía.

⁶⁵⁹ FERNANDEZ DE BUJAN, FEDERICO: *Justicia y ética de la abogacía* (coordinado por Miguel Grande Yáñez). Dykinson. 2007. Pags 50 y 51

considera que el beneficio obtenido por el cliente no es exactamente medibles o evaluable en dinero. Por ello la retribución, aun la pactada expresamente, se entiende como una contraprestación que no puede ser un reflejo exacto y prestación del servicio realizado.

Además una nueva diferencia distingue al mandato retribuido de un abogado, del servicio prestado por un operario en la realización del servicio material. No cabe hablar de sinalagma en cuanto a una interdependencia estricta de las prestaciones debidas. Así, en la *locatio conductio operarum* si el *locator* realiza la prestación del servicio pactado es, exclusivamente, porque el *conductor* le abona la renta pactada. En el mandato si el abogado realizar la tarea de defensa de su cliente lo hace en el desempeño de un *officium* que a pesar de realizarse pensando la retribución, no se realiza, exclusivamente, por causa del dinero que va a obtener. Por ello, la actividad del abogado, como mandatario, no tiene como obligación correlativa la obligación del cliente, como mandante, de abonar los honorarios convenidos. Así la condición de abogado, como la de médico o la de profesor, eran en el mundo antiguo, algo más que meras y simples profesiones en las que toda meta para profesional se reducía a cobrar la retribución pactada.

El servicio se prestaría así desde la actividad intelectual que, por definición, y difícilmente valuable económicamente y, además se hace por causa de los honorarios, pero no solo por los honorarios, sino también por la prestación misma de un servicio que, al tiempo de beneficiar a quien lo solicita, enriquece y complace a quien lo presta. Se desvincula por ello, Roma, de una hiperprofesionalización de los servicios profesionales liberales, considerando que son demasiado importantes para el bien social, como para reducirlos a un simple esquema de interdependencia de prestaciones de carácter meramente económico.”

Cuando el potencial árbitro recibe una propuesta de nombramiento, a partir de la misma, ya sea un arbitraje *ad hoc* o un arbitraje administrado, debe preparar una propuesta de honorarios para hacérsela llegar a la parte proponente. Asimismo, tiene la posibilidad, antes de incurrir en la hipotética responsabilidad de incumplir el encargo, de solicitar provisiones de fondos a las partes que le garantice el cobro de sus honorarios y gastos y de los gastos de administración del arbitraje, con anterioridad a su aceptación como árbitro, condicionando la misma al pago de la citada provisión que, insistimos, cubre ambos conceptos⁶⁶⁰.

⁶⁶⁰ Vid. sentencia de Audiencia Provincial, Castellón, de 19/09/1996; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, de 21/10/1991; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, de 19/04/1992; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, de 10/11/1992; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, 17/2003 de 11/12/2003; sentencia de Audiencia Provincial, Zaragoza, de 06/09/1991; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 74/2013 de 30/12/2013; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 952/2001 de 18/10/2001; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14/07/1986; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, 251/2011 de 24/05/2011; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, 65/2013 de 30/07/2013; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19/02/1944; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13/04/1962; sentencia de Tribunal

Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.

Si una parte –o ambas- están descontentas con las costas fijadas por el árbitro, en primer lugar debieran haberlo manifestado al inicio del procedimiento arbitral y una vez emitido el laudo, instar la acción de impugnación apoyada en el motivo de unas costas excesivas, lo que se considera un incumplimiento de los principios que rigen el procedimiento arbitral, que en caso de ser apreciado únicamente supondrá la anulación parcial del laudo, es decir, afectaría únicamente a la parte dispositiva del mismo en la que se determina su composición, cuantía y distribución.

Obviamente, de cara a determinar si los honorarios arbitrales pudieren ser injustos, es clave tomar en consideración estas dos premisas:

- g. No existe entre las partes y los miembros del Colegio Arbitral la relación bilateral incardinable dentro del artículo 1.544 del Código Civil, sino que esa relación nace del convenio arbitral que tiene el carácter de contrato de mandato atípico, mixto y multilateral;
- h. Hay que comprobar la posible existencia de actuaciones o documentos que demuestren indubitablemente que exista un pacto o aceptación expresa e inequívoca por las partes de la cantidad a abonar en concepto de honorarios y gastos de los árbitros y que dicho acuerdo haya sido reconocido y respetado por ambas partes a lo largo de todo el procedimiento arbitral.

En conclusión, después de lo expuesto, podemos afirmar que no existen unos honorarios arbitrales que sean justos e injustos *per se*, sino que su bondad deberá siempre tomarse en consideración sobre la base de que hayan sido aceptados o no por las partes. Esa aceptación se produce de forma tácita en el caso del arbitraje administrado, puesto que todas las entidades arbitrales cuentan con una tabla financiera que marca los baremos aplicables a cada arbitraje en atención a la cuantía en controversia; y esa primera aceptación se convierte después en una aceptación específica cuando la institución arbitral calcula al caso concreto la cuantía de los honorarios arbitrales y de los gastos de administración del arbitraje y solicita una provisión de fondos a las partes en litigio. Es importante reseñar que será en este momento cuando el cálculo sea detallado y preciso, puesto que si se ha producido reconvencción de la contraparte, el *quantum litis* se habrá incrementado y por ende también lo habrán hecho los honorarios de los árbitros y

Supremo, Sala de lo Civil, de 01/12/1986; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 02/02/1990; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29/11/1996; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1159/2000 de 15/12/2000; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 355/1998 de 310/1998

los gastos de administración, que se calculan proporcionalmente a la citada cuantía.

Obviamente, en ese momento las partes están aceptando esa cuantía y salvo que expresamente se opongan a la misma de forma fehaciente, aunque presten la provisión de fondos, no podrán posteriormente atacar las costas arbitrales que serán parte del fondo del laudo, en virtud de la restricción que impone el artículo 6 NLAB. No obstante, podemos defender que tendrían las partes una última oportunidad de expresar su descontento con las costas arbitrales a través del recurso de aclaración, solicitando en el mismo que se corrija el cálculo que a su criterio es erróneo. Incluyendo tal solicitud en el citado recurso aclaración, podría ser instado ese motivo por la parte en la acción de impugnación del laudo en lo que se refiere al punto específico y parcial de las costas arbitrales y de ser apreciado, sería la base para reclamar al árbitro el importe de los honorarios cobrados en exceso, tomando como referencia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia⁶⁶¹. Por lo tanto, el hecho factual sería el cálculo de las costas arbitrales y/o de su imputación a las partes, en desacuerdo con lo pactado en el arbitraje; el daño causado, el diferencial entre el importe recogido en el fundamento anulado del laudo relativo a las costas arbitrales y el importe correcto; y el nexo causal entre el hecho factual y el daño es la apreciación de esa nulidad por parte del Tribunal Superior de Justicia. El elemento que falta para completar la exigencia de responsabilidad es la intencionalidad, que en este caso debemos reputar como dolosa⁶⁶² o como de negligencia grave, puesto que como hemos señalado, al menos una vez a lo largo del procedimiento la parte reclamante ha expuesto sus argumentos explicando el error de cálculo cometido por el árbitro –posteriormente reconocido por el Tribunal Superior de Justicia- y éste no lo ha enmendado, dejando la redacción final del laudo en el punto relativo a esa materia contaminado con el error.

En el caso del arbitraje *ad hoc* lógicamente no existe una tabla que permita a priori conocer a las partes los honorarios del árbitro y los posibles gastos de administración, por lo que será preceptivo que el árbitro prepare un presupuesto para las partes, y normalmente condicionará su propia aceptación del nombramiento como árbitro a la aceptación del citado presupuesto. Igualmente lo

⁶⁶¹ Sin embargo, la anulación parcial del laudo en lo referente a la decisión de los árbitros no puede considerarse como un título constitutivo y probablemente ni siquiera declarativo, salvo que el Tribunal Superior de Justicia hubiera bajado al detalle del cálculo de cuáles eran las costas arbitrales correctas a tenor de lo pactado. Por ello, la parte reclamante debiera acudir al Juzgado de Primera instancia para solicitar el resarcimiento.

⁶⁶² Podríamos hablar especialmente de dolo en el caso de que el árbitro decidiera realizar una prueba a la que ambas partes se opusiera, imputando su coste dentro de las costas arbitrales. Un ejemplo pudiera ser un informe de perito independiente nombrado por el árbitro, para que conociera de una materia sobre la que cada parte hubiera aportado un informe de su propio perito. Por mucho que le pudiera resultar más cómodo al árbitro contar con ese tercer informe, si ambas partes se oponen al mismo y no quieren asumir su coste, normalmente elevado, el árbitro no puede imponer su voluntad y obligar a que las partes finalmente lo asuman a través de las costas arbitrales.

habitual es que solicite una provisión de fondos. En cualquier caso, las reflexiones realizadas en el párrafo anterior son plenamente aplicables a éste.

Dado que resulta inimaginable una situación en la que un procedimiento arbitral se desarrolle sin haber fijado los árbitros y las partes el contenido económico de la prestación de los servicios del árbitro, hemos de concluir que, en definitiva, la problemática con respecto a las costas arbitrales no viene motivada por una discusión teórica sobre si los honorarios son altos o bajos o por cómo se distribuyen los mismos entre las partes; sino por las posibles divergencias empíricas en el cálculo de los citados honorarios y demás gastos del procedimiento arbitral⁶⁶³, así como en la imputación de los mismos a las partes, que realice el árbitro y que no se compadezca literalmente con lo previsto por las partes y aceptado por el árbitro.

4.4.3. Obligación de determinar y conducir el procedimiento y cumplir los principios y formalidades⁶⁶⁴

4.4.3.1. Principios esenciales según la NLAB.: Audiencia, contradicción e igualdad

En el procedimiento arbitral deben observarse escrupulosamente los principios esenciales por los que ha de regirse, como son el de rogación, bilateralidad, contradicción, igualdad de partes, congruencia y proscripción de cualquier situación de indefensión, todos los cuales se plasman y quedan recogidos en los tasados motivos de anulación del laudo, cuya interpretación debe ser estricta, siéndole de aplicación la doctrina constitucional sobre interpretación de disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE, evitando formulismos enervantes y obligando a la ponderación del vicio procesal advertido con la sanción al cierre del proceso y del acceso a la justicia que del mismo se pudiera derivar, debiendo en dicha ponderación atenderse a la entidad del defecto y a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, y su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, teniendo siempre presente que, la indefensión proscrita en el artículo 24 CE no nace de la simple infracción de las reglas procesales sino de la privación del derecho a alegar y a demostrar en el procedimiento los propios derechos e

⁶⁶³ Se han debido de fijar los criterios no solamente para los honorarios y los gastos de administración del arbitraje, sino también sobre todo lo relativo a los gastos derivados de las pruebas, ya sean de confesión, testificales, periciales, fijando las normas de quien sufraga los costes y hasta que cuantía, etc.. De hecho, puesto que la norma habitual en el arbitraje es que cada parte sufrague las pruebas que propone, ello tiene el positivo efecto de desanimar tácticas procesales tendentes a entelecer el proceso basadas en la propuesta de múltiples y complejas pruebas, ya que incrementar el coste sensiblemente para la parte proponente.

⁶⁶⁴ Vid. Sentencia de 6 de septiembre de 1991 de la Audiencia Provincial de Zaragoza; Sentencia de 21 de Octubre de 1991 de la Audiencia Provincial de Madrid; Sentencia de 19 de septiembre de 1996 de la Audiencia Provincial de Castellón; Sentencia 17/2003 de 11 de diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid; Sentencia núm. 4/2013 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de 10 de Octubre de 2013;

intereses, o para replicar las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción

Los precitados principios de audiencia y contradicción no significan otra cosa que la posibilidad de la parte de ser oída y formular alegaciones y pruebas en defensa de su derecho (audiencia), y, la garantía o cautela encaminada a que las partes pueden efectuar un auténtico debate, con la posibilidad de formular sus contestaciones o réplicas frente a las posiciones del contrario (contradicción). Y para que pueda apreciarse una posible indefensión contraria al art. 24.1 CE, es necesario que esta sea material y no meramente formal, lo que implica que el pretendido defecto haya supuesto un perjuicio real y efectivo para la parte en sus posibilidades de defensa y que la indefensión padecida no sea imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia del interesado; no procediendo, en ningún caso, la retroacción de las actuaciones cuando el resultado del litigio hubiera permanecido inalterable de no haberse producido la omisión denunciada.

Es importante enfatizar que el incumplimiento de cualquier de los anteriores principios no puede ser entendido como vulneración del orden público a los efectos de la acción de impugnación del laudo, sino que cuentan con motivos de anulación específicos.

El incumplimiento de los citados principios fundamentales del proceso arbitral, por parte de él árbitro, en la mayor parte de los casos, al ser denunciados por la parte en la impugnación del laudo como fundamento de la misma, a tenor de lo previsto en la NAL, conducirán a la anulación del laudo y por ende a la frustración del fin del arbitraje⁶⁶⁵.

Como hemos analizado en detalle en los epígrafes 3.2.3. y 3.2.3.1., existen muchas situaciones procesales en las que el árbitro puede cruzar la línea roja e incumplir alguno o varios de estos principios, por lo que resulta imposible hacer una enumeración exhaustiva de todas esas posibles situaciones. Lo que es verdaderamente importante para el buen árbitro es entender, tal y como hemos tratado de mostrar en esta obra, el verdadero sentido que estos principios tienen con respecto al arbitraje y ponderar todas sus actuaciones sobre la base de los mismos para evitar que ninguna de ellas suponga indefensión, inaudición o falta de contradicción para una de las partes.

También es importante entender que siendo los principios fundamentales del procedimiento arbitral, la obligación de su cumplimiento es absoluta sin que quepa relajarse considerando que un mínimo incumplimiento de los mismos podrá quedar impune al no tener un efecto en el laudo, supuestamente. Ese planteamiento es contrario a la definición del arbitraje, en el que prima la

⁶⁶⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Febrero de 1944; Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Julio de 1986; Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Diciembre de 1987; Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 1990; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, núm. 65/2013, de 30 de Julio de 2013.

autonomía de la voluntad de las partes y como garantía a las mismas se establece un procedimiento con unas características garantistas que no deben ser incumplidas y que de hecho son las que fundamentan una lista tasada de motivos de anulación del laudo, que en realidad se asemeja a una revisión de sentencia.

Una vez descritos cuales son los hechos factuales que pudieren dar origen a la responsabilidad del árbitro, debemos analizar el grado de intencionalidad de la conducta del mismo, puesto que únicamente si concurre dolo o negligencia grave podrán serle exigidas responsabilidades. Como ya hemos comentado, el *onus probandi* recae en la parte reclamante y eso hace que sea muy complicado poder probar conductas movidas por el dolo, salvo que hayan sido enormemente groseras en su ejecución. Puede ayudar en la argumentación el hecho de haber sido recusado el árbitro -por ser tachado de parcial- al que se le acusa de dolo y que éste hubiera rechazado tal recusación, ya que ello introduce una conexión lógica con la conducta dolosa.

En cuanto a la negligencia grave, podemos encontrarla en conductas del árbitro que impliquen una dejación de su especial diligencia, superior a la exigida a un buen padre de familia, que no sea enturbiada por la supuesta complejidad de una decisión jurídica. A simple modo de ejemplo, el árbitro que admita a una de las partes la posibilidad de hacerle llegar un escrito adicional de conclusiones tras haber presentado ambas partes sus respectivos escritos de conclusiones conculca los principios precitados y es una negligencia grave porque cualquiera que asuma la condición y responsabilidad de árbitro está obligado a saber que no deben contar las partes con posibilidades desequilibradas a la hora de expresar sus razonamientos jurídicos y su interpretación de los hechos.

Otro caso, citado a modo de ejemplo, que podría calificarse de negligencia grave, vendría dado por no notificar un informe pericial recibido por el árbitro en el mismo plazo a ambas partes, dejando sin tiempo material a una de ellas para su revisión y comentario en la audiencia pertinente o en la ratificación del perito. Y es que cualquier árbitro tiene la obligación de saber que las notificaciones, en todo el procedimiento arbitral, deben hacerse -o por lo menos intentarse con toda la diligencia precisa- de forma simultánea a ambas partes. De hecho, ni siquiera podría liberarse de su responsabilidad en el arbitraje administrado, en el que sea la entidad arbitral quien se encargue físicamente del registro y notificaciones, ya que la misma actúa como un mero ejecutor, cómo lo haría un secretario del Colegio Arbitral.

Es importante enfatizar que las partes pueden reclamar la responsabilidad a la entidad arbitral a la que hayan encomendado el arbitraje pero no por actos concretos realizados por la misma una vez iniciado el arbitraje que sean acciones instrumentales, tales como las notificaciones, puesto que la base de la reclamación que prescribe la NLAB se basa en un *error in eligendo* de la entidad arbitral con respecto a los árbitros elegidos para el procedimiento, quienes con su actuación han hecho peligrar el buen fin del mismo. Por contra, sí es admisible plantear la posibilidad de que el árbitro que haya sido demandado por la parte, acusado de negligencia grave en las comunicaciones que físicamente han sido realizadas por la entidad arbitral, demandé a su vez a está repitiendo contra ella la

indemnización que le pudiera venir impuesta. Es decir, así como la entidad arbitral puede repetir contra el árbitro por la indemnización a la que pudiera ser condenada por el citado *error in eligiendo*, los árbitros a su vez podrán hacerlo contra la entidad arbitral, exclusivamente en relación a aquellas acciones que correspondan a la esfera meramente operativa de la entidad arbitral, una vez iniciado el arbitraje.

Tras la intencionalidad, debemos ahora centrarnos en la existencia de un daño cierto y cuantificable. Y éste, en todos los casos, será la anulación del laudo que venga motivada por el incumplimiento de alguno de los citados principios esenciales, puesto de manifiesto por la parte reclamante en la acción de impugnación, y que previamente tenía la obligación de manifestar en el procedimiento arbitral a tenor de lo previsto en el artículo 6 NAL, con el fin de que no se le cerrara la puerta de la acción de impugnación. La anulación del laudo trae consigo la frustración del fin del arbitraje y la necesidad para las partes de acudir a un nuevo procedimiento arbitral o a la jurisdicción ordinaria, dependiendo de lo que disponga el convenio arbitral que las partes se hubieran otorgado. Por lo tanto, el importe del daño se corresponde con las costas arbitrales. Es decir, que aunque se hubiera producido el hecho factual, incluso en el mayor grado de intencionalidad, ergo, que fuera doloso, si ello no conduce a la anulación del laudo no puede ser objeto de reclamación, ya que no existe un daño directo causado por el mismo.

El último elemento a considerar en el análisis de la responsabilidad civil del árbitro es el nexo causal entre el daño y el hecho factual. En este caso la identificación del mismo es sencilla, puesto que el hecho factual debe constituir necesariamente el motivo de la acción de impugnación que finalmente suponga la anulación del laudo.

4.4.3.2. Principios técnicos dimanantes de la NLAB

En los epígrafes 3.2.3.1. a 3.2.3.2.8 de esta obra hemos analizado el significado en detalle que cada uno de los diferentes principios tiene en relación con el procedimiento arbitral –incluyendo su resumen en los epígrafes 4.4.3.2.1. a 4.4.3.2.8.- y ahora debemos centrar nuestra atención, a tenor de ese análisis, en determinar su impacto en la responsabilidad que pudiere serle exigida a los árbitros por su incumplimiento.

En nuestra opinión, la correcta interpretación del principio de libertad formal⁶⁶⁶ significa que no se podrán depurar responsabilidades al árbitro en el desarrollo del procedimiento arbitral más allá del cumplimiento estricto de los principios de

⁶⁶⁶ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1961; Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Mayo de 1979; Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Diciembre de 1986; Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Noviembre de 1987; Sentencia 5/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de mayo de 2014

audiencia, contradicción e igualdad, de hecho limitando el alcance en la interpretación de los mismos al tratar de evitar cualquier enervación de los formalismos del proceso, prestando atención a la realidad objetiva de lo sucedido y no a la apariencia de lo sucedido. Por ende, no resulta posible deducir responsabilidades directas de este principio en relación a los árbitros.

Lo mismo se puede decir del principio de secreto de las actuaciones⁶⁶⁷ que viene a limitar el alcance de los principios esenciales aplicables al procedimiento arbitral, señalando que en nada se ven perjudicados los mismos si, por ejemplo, el Colegio Arbitral no levanta acta de sus deliberaciones y votaciones, considerándolas secretas; del principio de incontingencia de la asistencia letrada⁶⁶⁸, al señalar que en nada se ven perjudicados los mismos si una de las partes decidiera asistirse de representación letrada y la otra no, ya que no ello no causa indefensión alguna, así como tampoco puede en ningún caso la parte que haya optado por representación letrada escudarse en posibles errores cometidos por la misma en la ejecución de su mandato profesional⁶⁶⁹; del principio de predominio de la escritura frente a la oralidad, señalando que en nada se ven perjudicados los mismos si el árbitro, dentro de los límites de la voluntad de las partes y del reglamento, de la entidad arbitral, si fuera un arbitraje administrado, optara por un procedimiento en que el que predominara el elemento escrito en todas las interacciones con las partes, testigos y peritos; del principio de no preclusión de las actuaciones⁶⁷⁰, señalando que en nada se ven perjudicados los mismos si se deja en manos de los árbitros la decisión razonada de la procedencia de la ampliación o modificación de las pretensiones iniciales.

En todos los casos anteriores no resulta posible deducir responsabilidades directas de los citados principios en relación a los árbitros.

Con respecto al principio de impulso de oficio del procedimiento⁶⁷¹, decir que en nuestra opinión no se pueden inferir responsabilidades directas del mismo de cara a los árbitros, sino que las mismas vendrán dadas por la posible extemporaneidad del laudo, a cuyo tratamiento nos remitimos. Es decir, consideramos que

⁶⁶⁷ Vid. Sentencia núm. 9/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 6 de febrero de 2014; y Sentencia núm. 53/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 24 de Julio de 2014.

⁶⁶⁸ Vid. Sentencia núm. 8/2014 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, de 19 de febrero de 2014.

⁶⁶⁹ No obstante, es importante señalar que de cara al fluido devenir del procedimiento arbitral resulta muy conveniente que las partes se representen por medio de abogados –preferentemente juristas con conocimiento de la material arbitral-, ya que ello permitirá que se alcancen con mayor facilidad y garantías los resultados deseados para el arbitraje, que no son otros que un laudo que resuelva la controversia, obviando enfrentamientos personales entre las partes que no empeczan, como señala GONZALEZ SORIA, para el futuro desenvolvimiento de sus relaciones mercantiles.

⁶⁷⁰ Vid. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1989.

⁶⁷¹ Vid. Sentencia núm. 55/2014 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, de 14 de Octubre de 2014.

únicamente será relevante el incumplimiento de este principio a efectos de responsabilidad arbitral si el laudo se dictara fuera de plazo, debiendo entonces estarse a las consecuencias que hemos identificado para ese supuesto en el epígrafe 3.2.4.6. de esta obra.

El principio de aportación de parte está íntimamente ligado al artículo 38.3 NAL, que señala que “Los árbitros también ordenarán la terminación de las actuaciones cuando... los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible”, siendo el reverso del principio de impulso de oficio del procedimiento. Así pues, el árbitro debe impulsar el procedimiento, pero ello no significa suplir por completo la actuación debida de las partes en el proceso, por lo que si las mismas llegan a un punto tal de inacción, el árbitro se verá forzado a terminar las actuaciones, aceptando la frustración del arbitraje, sin que de ello se puedan derivarse responsabilidades, ya que tal terminación ha venido obligada por el comportamiento procesal de las partes. Nuestra sugerencia en ese caso es que el árbitro dicte una resolución en la que resuelva la terminación de las actuaciones y de forma razona explique las causas que le han llevado a ello, así como detalle en el mismo el cálculo e imputación de las costas arbitrales efectivamente devengadas.

Por su parte, el principio dispositivo nos lleva a un caso excepcional en relación a la obligación de “laudar bien”, que se produce cuando las partes, en medio del procedimiento arbitral, deciden de mutuo acuerdo desistir del procedimiento arbitral y le solicitan al árbitro que dicte un laudo cuyo contenido sea íntegramente el acuerdo alcanzado por las partes. A tenor de lo previsto en la NLAB, el árbitro podría llegar a negarse, y si bien la norma no explica los motivos para ello, la lógica nos dice que deberán venir fundamentados por el hecho de que el citado acuerdo contravenga normas imperativas o presente desequilibrios entre las partes que sean contrarios a la teoría general de los contratos.

Sin embargo, este es un terreno delicado para el árbitro, ya que si en el arbitraje tenemos muy claro que prima la autonomía de la voluntad de las partes, no debiera pretender constituirse el árbitro en una figura revisora, simulando el papel del Tribunal Superior de Justicia. Es decir, si la misión del árbitro es decidir un litigio y las partes son capaces de ponerse de acuerdo para resolverlo, el árbitro deberá respetar tal decisión y recoger la misma en una resolución que por imperio de la ley es considerada como un laudo arbitral y, por ende, sujeta a la revisión del Tribunal Superior de Justicia y que dependerá del auxilio jurisdiccional para su ejecución.

Lógicamente, podremos suponer que un laudo de esas características no será impugnado en anulación por las partes, ya que son ellas precisamente las que han conformado su contenido, por lo que devendrá firme y definitivo, lo que elimina cualquier posibilidad de reclamación contra el árbitro por anulación del citado laudo. Y si después las partes se encuentran con problemas para solicitar su ejecución ante un Juzgado de Primera Instancia o para inscribir en el correspondiente registro parte de sus disposiciones, tales hechos no podrán ser imputados al árbitro, puesto que son las partes las completas responsables de la estructura y contenido del laudo. No obstante, nuestra sugerencia para el árbitro,

de cara a salvaguardar aún más su responsabilidad, es que en los casos en los que aprecie posibles problemas de futuro en el contenido y forma del acuerdo de desistimiento por resolución de la *litis* que le propongan las partes, comunique a estas de forma fehaciente sus reflexiones y sugerencias de cara a la redacción del citado acuerdo de desistimiento que debe convertirse en el cuerpo del laudo. Asimismo, en cumplimiento de lo previsto en la NLAB, debiera el árbitro introducir obligatoriamente en el citado laudo el detalle del cálculo de las costas arbitrales, sobre cuya distribución también podrían haber pactado las partes, siendo vinculante para el árbitro. El árbitro también debiera ser muy vigilante de que el contenido dispositivo del laudo pudiera afectar negativamente a terceros ajenos al arbitraje, llegando a tener que afrontar una exigencia de responsabilidad extracontractual.

Por contra, entendemos que el árbitro sí podría incurrir en responsabilidad si se negara a emitir el laudo que le solicitan las partes, y para que la misma no le fueran aplicable debería fundamentar de forma muy detallada el porqué de su negativa, que en ningún caso podría estar basada en su interés porque el procedimiento arbitral se completara hasta el final y así poder cobrar la totalidad de los honorarios. Ese sería un caso claro de dolo, en el que el daño cierto cuantificado sería el total de los costes del arbitraje, ya que cuando el laudo se hubiera emitido por el árbitro sin recoger el contenido de las partes, éstas instarían su anulación, que se producirá por nulidad del convenio arbitral por falta de voluntad concorde de las partes y se verían abocadas a un nuevo procedimiento, arbitral o judicial, para poder contar con un título⁶⁷² declarativo de su acuerdo que pueda ser ejecutable.

El nexo causal en este caso es la decisión de él árbitro de no emitir un laudo con el contenido acordado por las partes sino proceder a continuar el procedimiento arbitral hasta emitir un laudo basado en su exclusivo poder decisorio.

4.4.3.2.1. Principio de libertad formal

El procedimiento es libre y de acentuada flexibilidad, pues no tiene que sujetarse a formas legales ni acomodarse a pautas de derecho material en cuanto al fondo, cumplida la exigencia que por imperativos del principio de contradicción, también operante en su ámbito, debiendo ajustarse únicamente a las previsiones específicas de la NAL y, en su caso, del reglamento de la institución arbitral que administre el arbitraje.

4.4.3.2.2. Principio del secreto de las actuaciones

La razón de ser del secreto de las deliberaciones del colegio arbitral descansa en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el proceso y de resguardar

⁶⁷² Curiosamente, como señala D'ORS, ALVARO, Vid *Titulus*. Anuario de Historia del Derecho español número 57 Madrid 1953 Álvaro D'Ors. Pag 23, "Un concepto aparentemente tan romano como el de título en el sentido de fundamento o causa jurídicos, el justo título, resulta así extraño los romanos de la época clásica; sería, como tantas otras recibirás por derecho medieval y moderno, una creación de la época del Bajo Imperio, de esa época que se puede llamar con razón una "pre Edad Media, una evidente continuidad histórica que nos impone una indeclinable solidaridad científica entre romanistas y medievistas."

su derecho de defensa, tanto como en la de preservar la independencia de los propios árbitros, además de constituir una consecuencia inevitable del deber de confidencialidad de las informaciones contenidas en las actuaciones arbitrales, cuya infracción, al regularse entre los principios del procedimiento arbitral, podría dar lugar a la nulidad del Laudo conforme al apartado d) del art. 41.1 LAB.

4.4.3.2.3. Principio de incontingencia de asistencia letrada

No existe precepto alguno, por razón del procedimiento y su naturaleza, que exija o siquiera refiera la intervención de Letrados y Procuradores en tramitación del procedimiento arbitral, precisamente en aras a dotarlo del carácter autónomo e independiente que justifica su existencia. En consecuencia, cada parte es libre de nombrar o no Letrado que le defienda, y lleve a cabo todas y cada una de las actuaciones que la ley atribuye siempre y de forma exclusiva a "las partes", esto es, personas físicas o jurídicas a las que afecta la controversia y forman parte del procedimiento, sin que los árbitros estén obligados a efectuar indicación alguna al respecto, sino, simplemente, tratar a las partes con igualdad y darle a cada una suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

4.4.3.2.4. Principio del impulso de oficio

El árbitro está obligado a penetrar en la dirección del procedimiento, más allá de limitarse a actuar según las proposiciones de las partes. Dentro de este principio de impulso de oficio se incluyen los deberes instrumentales del árbitro, que se integran en el deber general de conducir al procedimiento. Por ejemplo, deberá notificar su aceptación a las partes para promover el inicio del procedimiento; constituir el colegio arbitral; nombrar, en su caso el Secretario, nombrar el Presidente; solicitar el auxilio judicial para la práctica de aquellas pruebas que lo precisaren; repetir las pruebas practicadas si se incorporara válidamente un nuevo árbitro al colegio arbitral salvo que se considerara innecesario; acordar potestativamente oír de nuevo a las partes después de practicar las pruebas, etc..Y, en general, realizar adecuadamente todas las notificaciones precisas dentro del procedimiento arbitral.

4.4.3.2.5. Principio de predominio de la escritura frente al de oralidad

Aunque se recoge cierta libertad formal derivada de la autonomía de las partes, la NLAB prima la escritura sobre la oralidad, como vemos en los artículos 5, 6, 28.1, 30.1, 30.3, 37.3, y 37.4.

4.4.3.2.6. Principio de aportación de parte

La NLAB lo recoge en sus artículos 5, 6, 25 y 30.

4.4.3.2.7. Principio de preclusión de las actuaciones

La preclusión de los plazos queda atemperada si las partes así lo acuerdan y los árbitros consideran que es procedente al no ser excesivamente extemporánea la modificación o ampliación de la demanda o contestación.

4.4.3.2.8. Principio dispositivo

El principio dispositivo inspira la propia institución arbitral y se concreta en que si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes.

4.4.4. Medidas cautelares

En el caso de las solicitadas por las partes al Juzgado competente, la responsabilidad de los árbitros en relación a las medidas cautelares es muy limitada, ya que los mismos no son responsables de solicitarlas o de pedir que sean retiradas. Únicamente habrán de ser conscientes de las mismas y coordinar los efectos de las mismas con los efectos que pretendan que despliegue su laudo. En conclusión, resulta muy difícil imaginar un escenario en el que el árbitro pueda ser encontrado responsable, a los efectos civiles que venimos comentado en esta obra, en relación con las medidas cautelares solicitadas por las partes⁶⁷³.

De hecho, en puridad jurídica, el árbitro debe entender esas medidas cautelares como un “auxilio jurisdiccional”, e integrar las mismas fácticamente en el procedimiento, es decir, como un fundamento de hecho más. Huelga decir que, aunque en ningún caso se ve obligado por una decisión estimatoria de las medidas cautelares por parte del Juez de Instancia, al requerirse un “*fumus boni iuris*” para su concesión, es conveniente que el Arbitro estudie los fundamentos del Auto en el que las mismas se aprueben, con el fin de ayudarle a mejorar su visión global de los hechos de la *res litis*.

Supuesto muy diferente es el de las medidas cautelares solicitadas al árbitro, pues se ve obligado a tomar decisiones con impacto económico en los inicios del procedimiento, cuando lo máximo que puede tener es un posible “*fumus boni iuris*”, que al llegar al momento de laudar puede haberse mutado por completo. Sistematizamos a continuación los factores que afectan a la generación de las responsabilidades que podrían derivarse para el árbitro en relación con esas medidas cautelares:

- e. Decisión errónea en uno u otro sentido, que lleve aparejada la ocurrencia de perjuicios reales y efectivos para quien las solicitaba o se oponía a las mismas. Es decir, la responsabilidad se produce por acordarlas o por no acordarlas, dependiendo del caso concreto.
- f. Para tomar la decisión sobre las medidas cautelares, salvo que las partes hayan pactado algo expresamente al respecto o en el caso de un arbitraje administrado el reglamento de la institución arbitral lo regule, el árbitro debe acudir literalmente a la legislación aplicable al Juez predeterminado en materia

⁶⁷³ Vid. Auto 64/2011 de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 17 de Mayo de 2011; Auto 98/2009 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de Junio.

de medidas cautelares, interpretada a tenor de la jurisprudencia más reciente⁶⁷⁴. Y debe aplicarla y razonar su aplicación.

- g. Fijación de una caución como contrapartida a la concesión de las medidas cautelares, en una cuantía proporcionada y lógica a tenor de la información que obre en poder del árbitro en ese momento procesal, especialmente si hay contradicción específica entre las partes al tratarse como un incidente del procedimiento arbitral.
- h. Deposito de la caución hasta el levantamiento de las medidas cautelares o la terminación del arbitraje, procediendo en ese momento a la devolución de la misma o a su consignación

Nuestras sugerencias serían las siguientes:

- Tratar la solicitud de medidas cautelares como un incidente, que se inicia con un escrito de solicitud, que es contestado por quien se opone a las misma y subsidiariamente pide caución y que se sustancia en una vista. Se resuelve por el árbitro por medio de un laudo interlocutorio.
- El citado Laudo interlocutorio debe estar razonado y motivado y la decisión de conceder o no las medidas cautelares debe hacerse desde la óptica de la legislación que es de aplicación a los Jueces a este respecto. Con ello se evita en gran medida que se pueda tildar de negligente o arbitraria la decisión del árbitro. Esa misma lógica aplica a la determinación de la caución, que debe ser siempre exigida para preservar la igualdad de las partes.
- La caución, en el caso de arbitrajes administrados, debe quedar en poder de la institución arbitral permanente. Si fuera un arbitraje *ad hoc*, el árbitro debiera abrir una cuenta corriente exclusiva para el depósito y en el caso de que la parte que solicitó las medidas cautelares sea la que haya visto reconocidas sus peticiones en el laudo, habrá de proceder a la devolución de la caución inmediatamente después de laudar. En el caso de que el solicitante de las medidas cautelares haya sido la parte vencida y el árbitro sospeche una posible situación de insolvencia de la citada parte, habrá de esperar a recibir una comunicación formal de la misma, exigiendo la restitución de la caución, a lo que deberá proceder en los días siguientes.

Cumpléndose los puntos anteriores, a salvo de una intencionalidad dolosa del árbitro o de una negligencia grave de índole jurídica (p.e., conceder unas medidas cautelares cuyo contenido haya sido repudiado unánimemente por la jurisprudencia o que incluso sea *contra legem*), no se cumpliría el requisito de la intencionalidad en el grado suficiente para exigir responsabilidades al árbitro.

4.4.5. Obligación de dictar, en tiempo oportuno, un laudo procedente, previendo que el mismo no contenga vicios que impidan que se convierta en firme y definitivo.

⁶⁷⁴ Este es un ejemplo más de la importancia y necesidad que defendemos de que el árbitro sea un jurista, incluso en los arbitrajes de equidad, con el fin de garantizar que el arbitraje llegue a buen puerto, sin “contaminaciones formales”.

La trascendencia e importancia de “laudar bien” queda patente en el hecho de que el laudo arbitral tan solo admita una revisión de sus aspectos formales desde la jurisdicción estática y que despliegue los efectos de cosa juzgada. Sin embargo, la corriente jurisprudencial moderna, ya consolidada, avala la máxima del derecho a equivocarse al laudar de los árbitros, siempre que no medie dolo o negligencia grave, con independencia de que se trate de conceptuar la falta de motivación como una infracción del Orden Público. Es decir, el árbitro está obligado a tratar de hacer lo posible para laudar bien, para que sus decisiones sean lo más acertadas posible empleando una diligencia superior a la del buen padre de familia, pero no está libre de caer en el error, máximo porque no existe un “derecho al acierto” ni la “obligación de satisfacer la pretensión de ninguna de las partes del proceso”.⁶⁷⁵

Esta obligación es la misma, ya se trate de un arbitraje en el que tenga que decidir en derecho o en equidad, puesto que en el segundo, si bien puede actuar corrigiendo importantes asimetrías o desigualdades que debidamente justificadas le permiten apartarse de la norma jurídica general, que para un caso específico puede no ser aplicable, no significa que no se respeten las leyes o ser arbitrario sino que se deberá actuar en el marco de los principios reconocidos del Derecho⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ Vid. sentencia de Tribunal Constitucional, 288/1993; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 50/2014 de 14/07/2014; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23/03/1950; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 100/1994 de 15/02/1994; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 833/1997 de 04/10/1997; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 223/2001 de 13/03/2001; sentencia de Audiencia Provincial, Huesca, Sección 1ª, 52/2009 de 31/03/2001; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, 50/2012 de 02/07/2012; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13/10/1966; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16/02/1968; sentencia de Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 32/2002 de 11/02/2002; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, 27/2014 de 20/05/2014; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24/01/1970.

⁶⁷⁶ La necesidad de buscar la justicia por encima de la norma positiva, cuando su aplicación al caso concreto deviniera en una injusticia, nos acerca al concepto de ficción, puesto que GARCIA GARRIDO, en *De nuevo sobre las opuestas ficciones jurisprudenciales*. Iuris vincula estudi in onore di Mario Talamanca IV 2003 página 53 y siguientes, “Decía que la ficción jurídica tiende a la corrección de una realidad concreta enderezada a hacer posible una aplicación de la regla a un caso al que, en principio, no es aplicable. Supuesto que el derecho dimana de un acto de voluntad que actúa el legislador o el magistrado, en virtud de su imperium, o de una actividad lógica, que caracteriza la *interpretatio* jurisprudencial, la ficción debe proceder de un acto imperativo y no de una actividad lógica. En las fuentes romanas, la ficción se presenta, en efecto, como un medio técnico jurídico al que recurre el pretor, para obviar un obstáculo o impedimento que se oponga a la concesión de una acción, o el legislador en la formulación de un precepto o principio de derecho. La jurisprudencia, que actúa en vía lógica e interpretativa, puede crear nuevo derecho mediante extensiones y equiparaciones analógicas, pero no puede imponer la ficción, que es un recurso alógico y de carácter imperativo. Los jurisconsultos romanos, cuya actividad repercutirá en todos los ámbitos de la vida jurídica, inspiraban al pretor y al legislador la introducción o aplicación de determinadas ficciones pero nunca las aplicaban directamente, porque la ficción aparece como atributo de un acto de autoridad al que no era posible llegar en vía *interpretatio*. Por ello, en las elaboraciones

4.4.5.1. Obligación de que el laudo respete la estructura formal exigida

La NLAB garantiza una gran flexibilidad tanto en la forma⁶⁷⁷ como en el contenido del laudo arbitral, que debe expresar, al menos, las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, el lugar en que se dicta, la cuestión sometida a arbitraje, una sucinta relación de las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y la decisión arbitral motivada (en mayor o menor medida, según se trata de una decisión en derecho o en equidad), en la que se incluirá lo relativo a las costas, así como la firma de los árbitros. Cumplidos estos requisitos mínimos, los defectos de la estructura del laudo no darán lugar a su anulación⁶⁷⁸.

En definitiva, en relación con esta obligación, las responsabilidades de los árbitros devendrían de una redacción del laudo que incumpliera los requisitos de estructura mínimos y que justificaran su anulación; así como de la falta de firma del laudo, de no mediar causa justificada para ello. Asimismo, en el caso de que el laudo tuviera que se inscribió en el Registro y su estructura formal impidiera tal Registro, se podría plantear una responsabilidad para el árbitro, siempre que la voluntad de inscripción de la laudo hubiera sido parte del mandato recibido de las partes.

Siendo los citados los hechos factuales, queda primero por apreciar su intencionalidad, que necesariamente debe ser en grado de dolo o negligencia grave. Ciertamente, en el caso de que el árbitro redactara un laudo sin cumplir los requisitos mínimos antes señalados, debemos afirmar que nos encontraríamos al menos en la esfera de la negligencia grave, dado que la sencillez de cumplimiento de los mismos es inexcusable si se emplea una mínima diligencia.

En cuanto a la determinación de los daños que se derivan de esa conducta, los mismos se producirán únicamente cuando el laudo fuera anulado por ese motivo o fuera imposible su registro y, por ende, no pudiera desplegar efectos constitutivos. Es, como hemos visto anteriormente, requisito imprescindible para la reclamación de responsabilidad, que se produzca la anulación del laudo por esa causa; y para que se produzca la anulación, en virtud del artículo 6 NLAB, es preciso que la

jurisprudenciales, la ficción se traduce en una equiparación de supuestos y circunstancias. Concluía que si se quiere dotar al concepto de ficción de unas características precisas, que la distinguen de la analogía y de otros medios de técnica jurídica, es necesario revestirla de estos tres caracteres especiales: A) Corrección de una realidad jurídica concreta; B) Operada por el juez; C) Impuesta por vía de imperio o *potestas*.

Proponía una definición de la ficción jurídica como el procedimiento técnico jurídico de remoción imperativa de un impedimento de hecho o de derecho que se oponga a la aplicación por el juez de un principio jurídico.”

⁶⁷⁷ No es preciso que el laudo posea la estructura formal de una sentencia, aunque sea lo usual en la práctica y lo esperable en un buen arbitro.

⁶⁷⁸ Vid. sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14/07/1971; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13/07/1982; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25/09/1987; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 06/02/1989; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21/03/1990.

parte que impugne el laudo hubiera antes usado el medio procesal a su alcance para corregir los errores formales del laudo, que no es otro en este caso sino el recurso de aclaración del laudo. La cuantificación de los daños habrá de centrarse en el coste de arbitraje, ya que anulación del laudo obliga a esa parte a iniciar un nuevo proceso o a acudir a la jurisdicción estática, según lo dispuesto en el convenio arbitral.

En relación al laudo no firmado por todos los árbitros de un Colegio Arbitral, en este caso la responsabilidad sería exigible únicamente al árbitro disidente, si el mismo no emite un voto particular. Recordemos que el procedimiento arbitral es finalista y encuentra su satisfacción en un laudo firme y definitivo. Por lo tanto, el árbitro que no comparta la decisión de la mayoría, no está obligado a firmar el citado laudo, y aunque formalmente la NLAB le da la posibilidad pero no le obliga a emitir su voto particular, que podrá o no ser incluido en el laudo, tal y como sucede con las sentencias, siempre que fuera remitido en tiempo y forma al Presidente del Colegio Arbitral, tan solo con la emisión del mismo quedará prueba fehaciente de su diligencia como árbitro y de que la decisión de no firmar el laudo no se debe a desidia, negligencia o a cualquier conducta dolosa, sino a su firme convicción de que el contenido del mismo no es el adecuado en justicia.

Asimismo, ese voto discrepante será el que libere de posibles responsabilidades a ese árbitro, en el caso de que el laudo fuera anulado por causas imputables dolosamente o por negligencia grave a los otros árbitros firmantes del laudo.

Es importante volver a recordar que las responsabilidades pueden ser exigidas a los árbitros por cualquiera de las partes, con independencia de que nos encontremos con un Colegio Arbitral en el que cada parte hace un nombramiento y después consensuadamente se elige al Presidente. El hecho de haber sido nombrado por una parte en ningún caso le sitúa al árbitro en la esfera de tener que servir a los intereses de la misma, sino que muy al contrario, por imperativo legal, debe ser totalmente independiente e imparcial, por lo que sólo si a su juicio resulta adecuado expresar su voto discrepante en el laudo deberá proceder a ello. Y como reverso, si la parte que no le nombró, que normalmente soporta los costes arbitrales al 50 por ciento salvo que se haya optado por el criterio del vencimiento, considera que ha incumplido los deberes que le son propios como árbitro y se ha sustraído de la emisión y firma del laudo y no ha realizado el esfuerzo de plasmar el por qué de su decisión en un voto particular razonado, podrá instar una reclamación contra el mismo, fundamentada en una conducta que pudiera ser calificada como de grave negligencia, especialmente si se aprecia una voluntad entorpecedora del iter procesal arbitral, ampliamente denostada por la mejor jurisprudencia.

4.4.5.2. *Obligación de que el laudo respete el quorum exigido*

El hecho de que en una de las deliberaciones del Colegio Arbitral falte uno de los árbitros no presupone necesariamente indefensión de la parte que designó al árbitro ausente, puesto que éste en ningún caso actúa en representación de la parte que le nombró, pero sí que vicia el procedimiento formalmente, ya que en un entorno colegiado las deliberaciones y votaciones deben contar con la totalidad de

los miembros del Colegio Arbitral, so pena de incurrir en una causa de anulación del laudo. Y ello es totalmente independiente de que, contando con el *quorum* necesario, las decisiones se adopten por unanimidad, por mayoría o por el voto de calidad del Presidente⁶⁷⁹.

No respetar el *quorum* en un entorno decisonal colegiado supone una vulneración de los principios del procedimiento arbitral, pero lógicamente de ese hecho factual no se derivan directamente responsabilidades, ya que es preciso evaluar la intencionalidad de los árbitros (en este caso, necesariamente tenemos que hablar de dos de ellos, o del Arbitro Presidente); el daño causado y su cuantificación; y el nexo causal.

En cuanto a la intencionalidad, en este caso nuestra opinión es que tan solo tiene cabida el dolo o la negligencia grave, ya que resulta evidente, especialmente para aquellos a quienes se les exige una diligencia superior a la del buen padre de familia, que todas las deliberaciones y decisiones deben discutirse por la totalidad del Colegio Arbitral, reunidos física o virtualmente, con independencia de que las decisiones resultantes de las deliberaciones se tomen por unanimidad, mayoría o voto de calidad.

En cuanto al daño, es evidente que nada tiene que ver, con respecto a la afrenta a los principios de audiencia, igualdad y contradicción, incumplir el deber de *quorum* en una reunión en la que el Colegio Arbitral decida sobre temas logísticos del arbitraje, que en otra en la que se decida cuales son las pruebas que se van a aceptar o en otra que sea la reunión final de deliberación del laudo. Sin embargo, como venimos insistiendo, tal valoración no está en manos del árbitro o de la parte reclamante, sino exclusivamente del Tribunal Superior de Justicia que conozca de la acción de impugnación instada por la parte reclamante, a quien para ello se le exige haber previamente expuesto, de haberle sido posible, este incumplimiento dentro del ámbito procesal arbitral. Por lo tanto, el daño será siempre la anulación del laudo por esta causa, y la cuantificación del mismo vendrá dada por los costes del arbitraje, ya que la parte habrá de iniciar un nuevo procedimiento, arbitral o judicial, según preceptúe el convenio arbitral.

En cuanto al nexo causal, el mismo es evidente, ya que la anulación del laudo se produce por la actuación de los árbitros –o del árbitro presidente- excluyendo al otro u otros árbitros. El caso del árbitro presidente sería extremo, porque consistiría en ignorar a los otros dos árbitros, negándoles la posibilidad de deliberar y de que incluso pudieren alcanzar ellos una decisión por mayoría diferente de la del Presidente, y así resolver en solitario haciendo uso de su voto de calidad, que le daría una falsa apariencia de buen derecho a su decisión. Aunque disparatado como ejemplo, lógicamente presupondría dolo por parte del Arbitro Presidente, siendo el daño de esta acción los costes del arbitraje, siempre

⁶⁷⁹ Vid. sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, Sección 28, 200/2011 de 10/06/2011; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14/06/1971; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14/04/1976; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19/09/1987.

que el laudo fuera anulado por esta causa, instada por la parte reclamante. El nexo causal entre la actuación del árbitro y el daño es evidente.

4.4.5.3. Obligación de que el laudo no sea contrario al orden público⁶⁸⁰

Una delimitación más concreta de "orden público" para aclarar la zona de incertidumbre que comporta este concepto jurídico indeterminado permite la distinción entre orden público material y orden público procesal. Desde el punto de vista del orden público sustantivo no se pueden someter a arbitraje cuestiones que están fuera de la disposición de las partes, o que los árbitros, al decidir, hubieran vulnerado un derecho fundamental o libertad pública, resultando para el Tribunal Constitucional que sólo atenta al orden público la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Atinente al orden público procesal, se trataría

⁶⁸⁰ Vid. Resolución de Dirección General Registros y Notariado, de 06/04/1917; sentencia de Tribunal Constitucional, 19/1985 de 13/02/1985; Auto de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20/06/2000; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 07/10/2003; sentencia de Audiencia Provincial, Baleares, de 18/07/1995; sentencia de Audiencia Provincial, Barcelona, Sección 14^a, de 03/09/2003; sentencia de Audiencia Provincial, Barcelona, de 18/03/1991; sentencia de Audiencia Provincial, Barcelona, de 18/07/1995; sentencia de Audiencia Provincial, Burgos, 542/2003 de 18/12/2003; sentencia de Audiencia Provincial, La Coruña, de 25/04/1994; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, sección 10, de 10/12/1991; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, de 14/09/1990; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, de 24/04/1991; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, de 26/11/1991; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, de 10/04/1992; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, de 12/06/1995; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, de 17/10/1995; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, de 31/10/1995; sentencia de Audiencia Provincial, Málaga, de 01/09/1993; sentencia de Audiencia Provincial, Málaga, de 25/06/1996; sentencia de Audiencia Provincial, País Vasco, de 20/02/1991; sentencia de Audiencia Provincial, País Vasco, de 22/06/1994; sentencia de Audiencia Provincial, Pontevedra, de 19/11/1996; sentencia de Audiencia Provincial, Santa cruz, sección 1, 507/2003 de 17/11/2003; sentencia de Audiencia Provincial, Santa cruz, Sección 4^a, de 08/09/2003; sentencia de Audiencia Provincial, Zaragoza, de 27/05/1994; auto de Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sección 1^a, 701/1988 de 06/06/1988; sentencia de Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 176/1996 de 11/11/1996; Auto de Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sección 4^a, 116/1992 de 04/05/1992; sentencia de Tribunal Constitucional, , de 31/03/1981; sentencia de Tribunal Constitucional, 22/1982 de 12/05/1982; sentencia de Tribunal Constitucional, 47/1982 de 12/07/1982; sentencia de Tribunal Constitucional, , 26/1983 de 13/04/1983; sentencia de Tribunal Constitucional, 47/1983 de 31/05/1983; sentencia de Tribunal Constitucional, 48/1984 de 04/04/1984; sentencia de Tribunal Constitucional, 67/1984 de 07/06/1984; sentencia de Tribunal Constitucional, 51/1985 de 10/04/1985; sentencia de Tribunal Constitucional, 7/1986 de 21/01/1986; sentencia de Tribunal Constitucional, 48/1986 de 23/04/1986; sentencia de Tribunal Constitucional, 77/1986 de 12/06/1986; sentencia de Tribunal Constitucional, 55/1987 de 13/05/1987; sentencia de Tribunal Constitucional, 96/1987 de 10/06/1987; sentencia de Tribunal Constitucional, , 145/1988 de 12/07/1988; sentencia de Tribunal Constitucional, 169/1988 de 29/09/1988; sentencia de Tribunal Constitucional, 22/1988 de 25/11/1988; sentencia de Tribunal Constitucional, 54/1989 de 23/02/1989; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 05/05/1988; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 02/03/1989; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29/03/1989; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, 13/2015 de 28/01/2015; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 464/2014 de 08/09/2014.

de determinar si se ha producido una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, sin que se haya producido una indefensión real y material constitucionalmente relevante.

Si por orden público material se entiende el conjunto de principios públicos, privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada y desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, sólo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público.

Adicionalmente, por imperativo del Derecho de la Unión Europea, el ámbito propio de la acción de anulación debe comprender lo que se ha dado en llamar orden público económico, en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección⁶⁸¹.

Del análisis realizado del contenido de las garantías del artículo 24 C.E., resulta que la mayor parte de los derechos reconocidos en este precepto son de muy difícil aplicación a la institución arbitral y los que mejor se adecúan al arbitraje deben ser denunciados al amparo de los párrafos 1.b) y 1.d) del artículo 41 NLAB que no sólo recogen el quebrantamiento procedimental sino, además, la vulneración de los principios que se consideran esenciales: audiencia, contradicción e igualdad. Por tanto, a nuestro juicio, son constitutivos del orden público procesal las violaciones del derecho de defensa constitucionalmente relevante, del derecho a un proceso con todas las garantías -en cuanto recoge el derecho a la imparcialidad del árbitro- y del derecho a la presunción de inocencia.

Lógicamente, si la contravención del orden público que ha conllevado la anulación del laudo ha venido motivada por una actuación de mala fe, temeraria o dolosa del árbitro, éste será responsable frente al agraviado que pueda demostrar la realidad y cuantía de los daños y perjuicios irrogados de la actuación contraria a derecho del árbitro, y su nexo causal. Puesto que el resultado de la actuación dolosa o gravemente negligente del árbitro que no hubiera respetado el orden público en su actuación arbitral debe ser la anulación del laudo a causa de la misma, la cuantificación del daño, una vez anulado el laudo, vendrá dada por el importe de las costas arbitrales, ya que la parte reclamante se verá obligada a iniciar un nuevo procedimiento arbitral o a buscar la jurisdicción estática, dependiendo de lo que establezca el convenio arbitral.

En cuanto a la gradación de la intencionalidad, que debe ser probada por la parte reclamante de la responsabilidad del árbitro, debe alcanzar el grado de dolo o de negligencia grave.

⁶⁸¹ El mejor ejemplo es la contratación por consumidores de productos financieros complejos sin que se realizaran test de idoneidad ni se proporcionara la información adecuada por parte de la entidad financiera, que además utilizaba contratos de adhesión.

4.4.5.4. Obligación de que el laudo no sea incongruente⁶⁸²

Las facultades de los árbitros vienen determinadas por el *thema decidendi* establecido por la voluntad de las partes, estando ciertamente aquéllos sometidos al principio de congruencia, sin que puedan traspasar los límites del compromiso resolviendo cuestión no sometida a su decisión; pero eso no implica que estén obligados a interpretarlo tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria de conflictos de forma extrajudicial, sino que la naturaleza y finalidad del arbitraje permita una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada; es decir, el árbitro puede resolver cuestiones que sean consecuencia lógica y obligada de las que se han planteado; conclusiones derivadas de la naturaleza jurídica del compromiso arbitral que se hallan corroboradas por la interpretación que ha de darse al acuerdo contractual delimitador de aquellas cuestiones controvertidas y pendientes objeto de arbitraje, en cuya operación ha de tenerse en cuenta el espíritu y finalidad que haya presidido el negocio infiriéndolos de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados, teniendo importancia muy relevante, la conexión que el acto o negocio guarde con otros que le hayan servido de antecedente

Toda interpretación, y por consiguiente, tanto la de las normas como la de los negocios jurídicos, al ir dirigida a indagar el significado efectivo y el alcance de una

⁶⁸² Vid. sentencia de Audiencia Provincial, Badajoz, Sección 1ª, de 22/01/2001; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, Sección 11ª, de 12/03/2001; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11/04/1932; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13/05/1933; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11/05/1934; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11/05/1954; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26/10/1961; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18/10/1962; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23/05/1967; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15/02/1969; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19/12/1972; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 02/02/1978; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16/02/1982; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25/10/1982; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 04/02/1983; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20/10/1997; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27/12/1956; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 06/04/1942; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17/11/1970; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23/03/1940; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22/10/1973; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Canarias, Sala de lo Civil y Penal, 1/2014 de 29/04/2014; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, 2/2013 de 07/03/2013; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 56/2013 de 07/10/2013; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, 33/2014 de 03/06/2014; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, 33/2015 de 21/07/2015; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, 5/2015 de 13/02/2015; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, 6/2013 de 13/05/2013.

manifestación de voluntad, exige, fundamentalmente, captar el elemento espiritual, la voluntad o intención de los sujetos declarantes contenida en la Ley o en el acto jurídico, sin limitarse al sentido aparente e inmediato que resulte de las palabras; y esta doctrina, acogida sustancialmente a propósito de la interpretación de los contratos, no puede menos de ser aplicable cuando de la comprobación del contenido del convenio arbitral se trata, siendo consecuencia de ello que el resultado de la interpretación, en las convenciones de esta clase, como en cualquier otro negocio jurídico, será, según los casos, restrictivo, extensivo o meramente declarativo, sin que pueda decirse, en términos generales, que el arbitraje merezca siempre una interpretación restrictiva, ya que si bien es verdad que pesa sobre los árbitros el deber inexcusable de no quebrantar la voluntad de las partes consignada en el convenio arbitral la norma a que se someten las partes y traza el círculo en que debe desenvolverse la actividad de los árbitros, no es menos cierto que el convenio no comprende únicamente los objetos en él expresados determinadamente, sino también los que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en el mismo y que el sentido de las cláusulas del compromiso hay que fijarlo, no por la expresión aislada de una, sino por el conjunto de todas ellas y por los antecedentes que puedan explicar la finalidad que se propusieron los otorgantes, de modo tal que, en definitiva, si bien los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlo con demasiada restricción apartándose de la misión amistosa y cordial que se les encomienda.

El requisito de la congruencia es la exigencia derivada de la conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y existe congruencia ahí donde la relación entre estos dos últimos términos, fallo y pretensiones deducidas⁶⁸³, no está sustancialmente alterada, sin que, en definitiva, otorgar menos de lo pedido signifique modificación de la *causa petendi*. Los términos de comparación para determinar la congruencia-incongruencia de una resolución son la propia resolución, que se concibe además en su totalidad y no solo respecto a la parte dispositiva, y las pretensiones interpuestas por las partes, que igualmente van más allá de la súplica para integrarse con la fundamentación e incluso con alegaciones complementarias, actos dispositivos y, tratándose de un laudo, con el convenio arbitral.

Surgirá la incongruencia cuando resuelvan los árbitros, más allá de lo pedido (*ultra petita*), no decidiendo sobre alguno de los puntos objeto de la controversia (*minus petita*) o bien haciéndolo sobre cuestiones no planteadas (*extra petita*). La incongruencia que se contempla en la NLAB es la denominada incongruencia extra petita, vicio del laudo que resuelve sobre cuestiones no sometidas a los árbitros, vinculada con el principio dispositivo como fundamento del deber de los

⁶⁸³ Aun teniendo en cuenta la flexibilidad que preside el proceso arbitral, se impone en todo caso la necesidad de que se determine objetivamente la controversia conforme a las alegaciones de las partes, individualizándose la pretensión por una serie de elementos subjetivos y objetivos, que en términos comparativos permitirán determinar si la decisión adoptada por el árbitro se ajusta o no, de manera congruente, con la demanda y demás pretensiones deducidas en el procedimiento deduciendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate

árbitros de no pronunciarse sobre puntos que no les fueron sometidos, o de pronunciarse de forma distinta a lo pedido. El vicio de incongruencia puede darse bien por no responderse a cuestiones planteadas (incongruencia omisiva)⁶⁸⁴ siempre que el silencio no pueda interpretarse como desestimación tácita y también si se concede más de lo pedido (incongruencia *ultra petita*). La incongruencia mixta también es denunciabile al amparo de lo previsto para la incongruencia como base para la anulación del laudo, en tanto en cuanto este tipo de incongruencia supone una combinación de los dos tipos de incongruencia antes descritos. Es decir, si los árbitros deciden puntos distintos a los que les han sido sometidos, están, de un lado, dejando de resolver puntos sometidos (incongruencia negativa) y resolviendo puntos no sometidos (incongruencia positiva).

No cabe duda de que la incongruencia como motivo de nulidad del laudo⁶⁸⁵ puede ser invocada, pues rigen en el procedimiento arbitral los mismos principios que en los procedimientos comunes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en orden a la salvaguarda de los principios de contradicción procesal y defensa. Es reiterada la doctrina jurisprudencial en torno a la congruencia, de la que se extrae, en esencia, que el deber de congruencia consiste en la necesaria exigencia de conformidad entre el contenido del laudo arbitral y las pretensiones deducidas en los suplicios de los escritos fundamentales rectores del proceso, siempre respetando los hechos alegados y la causa de pedir, resolviendo todos los puntos litigiosos. La congruencia existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, aunque no se requiere desde luego una correlación literal y rígida, sino racional, sustancial y flexible.

La congruencia exigible al laudo se predica de las concretas pretensiones contenidas en los escritos de las partes, y no de las meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las mismas en defensa o apoyo de aquellas. La congruencia de las sentencias no exige una correspondencia absolutamente rígida entre lo pedido y lo acordado sino que también se cumple cuando el fallo, pese a no concordar literalmente con lo pedido, se adecue racionalmente a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamenten, hasta el punto de ser admisibles pronunciamientos complementarios del juzgador no pedidos por las partes pero sí encaminados a facilitar la ejecución del fallo o a evitar nuevos pleitos

La Jurisprudencia afirma que el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación

⁶⁸⁴ La incongruencia omisiva o *ex silentio* es un quebrantamiento de forma que sólo alcanza relevancia constitucional y determina la vulneración del art. 24.1 CE cuando, al dejar imprejuizada una cuestión litigiosa. La letra c) del artículo 41 de la Ley de Arbitraje acoge la incongruencia "extra petita", pero no la incongruencia omisiva o "ex silentio". Esta última, referida al deber de exhaustividad al que también están obligados los árbitros, solo puede fundarse en la letra f) de dicho precepto articulándose a través de la contravención del orden público y por infracción del artículo 24.1 de la Constitución.

⁶⁸⁵ El ejercicio de la acción de anulación sobre la base de un exceso o un defecto de jurisdicción de los árbitros viene condicionado por la existencia de una reclamación previa en sede arbitral.

al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Tal doctrina ha de aplicarse, con mayor razón, a los laudos pues se mantiene por la doctrina que no pueden aplicarse sobre el procedimiento arbitral los mismos principios que rigen para la jurisdicción ordinaria, en especial tras la entrada en vigor de la NLAB, considerando que el principio de flexibilidad que inspira el procedimiento arbitral debe también presidir el examen de la congruencia del laudo.

La congruencia, como motivo de nulidad de laudo arbitral, regulado en el art. 41. 1 c) NLAB, ha de ser examinada teniendo presente el convenio arbitral y las alegaciones realizadas por las partes en el proceso arbitral, debiéndose resolver conforme a la obligada flexibilidad que preside el señalado proceso arbitral; rechazándose si existe el debido ajuste entre lo solicitado y lo decidido. Ello sin perjuicio de que el desajuste -de producirse- pueda también suponer una infracción de los principios de defensa, audiencia y contradicción desde el punto de vista del orden público procesal. Dentro de la debida y adecuada elasticidad que debe presidir el examen de la congruencia del laudo, es de aplicación la llamada "teoría de sustanciación", que propugna que no se produce alteración de la causa de pedir cuando la modificación no incide en la sustancia fáctica de la pretensión -el conjunto de acontecimientos de la vida en que la pretensión se apoya-, sino solo cuando el fundamento determinante de la decisión judicial toma en cuenta hechos distintos de los que conforman el objeto del proceso, entre los cuales no se encuentran todos los de la narración histórica, ni siquiera siempre todos los constitutivos, sino sólo aquellos con relevancia jurídica para individualizar e identificar la pretensión procesal. Y, en cualquier caso, cuando se otorga algo incluso no pedido, pero que es impuesto por la Ley, no se produce incongruencia alguna.

Entrando a analizar las consecuencias de la incongruencia del laudo debemos centrarnos en primer lugar en si se trata de una incongruencia omisiva, *extra petita*, *ultra petita* o mixta.

Como antes hemos señalado, la incongruencia omisiva difícilmente puede encontrar cabida en el marco normativo de la NLAB, especialmente porque como ha señalado la jurisprudencia, aún en el caso de que tuviera relevancia constitucional la cosa imprejuizada, le cabría la posibilidad al árbitro de corregir esa incongruencia en el recurso de aclaración, que obligatoriamente debe presentar la parte que posteriormente desee instar la acción de impugnación, pidiendo las explicaciones precisas para tratar de lograr que la incongruencia omisiva sea corregida por el árbitro. La no presentación del citado recurso de aclaración supone la imposibilidad de instar la citada incongruencia omisiva, al amparo de la vulneración del orden público, como causa de anulación del Laudo.

Por lo tanto, como vemos, hay pocas posibilidades de que se puedan exigir responsabilidades al árbitro por incongruencia omisiva. No obstante, nuestra recomendación para minimizar aún más el riesgo es que el árbitro utilice fórmulas de estilo en la redacción de su laudo y resoluciones interlocutorias que permitan inferir de las mismas que lo no tratado específicamente en ellos se da por rechazado o no estimado.

La incongruencia *extra petita* es la que encuentra una regulación más específica en la NAL, contemplándola como una causa específica de anulación del laudo. Así, es claro que es un hecho factual generador de responsabilidad para el árbitro. Sin embargo, es preciso determinar el grado de intencionalidad, la existencia y cuantificación del daño, y el nexo causal entre el hecho factual y el citado daño.

Indiscutiblemente, en la comisión de la incongruencia *extra petita* puede concurrir dolo o negligencia grave, dependiendo de las circunstancias. Nos encontraremos con dolo cuando el árbitro, de forma maliciosamente intencional, haya decidido fallar sobre materias excluidas de su decisión con el fin de beneficiar a una de las partes o de perjudicar a la otra o ambas cosas. Podremos apreciar negligencia grave cuando podamos afirmar que cualquier persona capaz de ser árbitro, empleando una diligencia superior a la del buen padre de familia, hubiera sido capaz de entender y comprender, sin margen de error, cuál era el contenido de la controversia acordado por las partes y sometido a la decisión del árbitro. Por ello, siendo fácil de determinar el ámbito de la controversia, el hecho de que el árbitro se extralimite en su fallo implica una falta de diligencia y una impericia que pueden ser tildadas de negligencia grave.

Con respecto a la incongruencia *ultra petita* podemos hacer las mismas precisiones que con la incongruencia *extra petita*, con la única matización de que no incurrirá en responsabilidad el árbitro si en su decisión no va más allá de lo solicitado sino porque ello sea una consecuencia necesaria de la decisión resolutoria, necesaria para completarla o ejecutarla; o porque así le venga obligado por una norma imperativa. Por su parte, la incongruencia mixta, al albergar tanto incongruencia *extra petita* como omisiva, habrá de ser analizada separadamente en cada uno de sus componentes, puesto que sus consecuencias también serán diferenciadas al ser apreciado o no cada uno de ellos.

Entrando ahora a valorar cuál es el daño que se produce para la parte que reclama responsabilidades al árbitro en las diferentes opciones de incongruencia, debemos precisar que en el caso de la incongruencia *extra petita* y *ultra petita*, siempre que se pueda separar en el laudo la parte de la decisión que se ha extralimitado del ámbito de la controversia, de la parte ajustada a lo que las partes querían que fuera conocido y resuelto por el árbitro, no habría daño puesto que el laudo no sería anulado por esta causa, procediéndose únicamente a la anulación de la parte incongruente del laudo, en aplicación del principio de conservación del arbitraje.

Si, por contra, la parte dispositiva del laudo que se considera incongruente se encontrara indisolublemente unida al resto de materias que resuelve el mismo, ello devendrá en la anulación total del laudo y se producirán como daño las costas

arbitrales, puesto que las partes se verán abocadas a un nuevo procedimiento arbitral o a acudir a la jurisdicción estática, dependiendo de lo que establezca el convenio arbitral que se otorgaron.

Por último, a la hora de evaluar el nexo causal entre la conducta reprochable del árbitro en cualquiera de las diferentes vertientes de la incongruencia y el daño derivado de la misma, decir que el elemento que permite apreciar su existencia es la anulación del laudo arbitral sobre la base del hecho factual de la incongruencia. Existiendo tal circunstancia, se completan los requisitos necesarios para exigir la responsabilidad civil del árbitro por un laudo incongruente.

4.4.5.5. Obligación de que el laudo no sea extemporáneo

El laudo dictado fuera de plazo⁶⁸⁶ es válido, no adolece de vicio alguno, pues se equipara a la irregularidad a la que se produce con la sentencia dictada fuera de plazo, que no resulta afectada en su validez y eficacia. La única consecuencia de la infracción del plazo se reduce a la eventual responsabilidad del árbitro, siempre que adicionalmente concurren los requisitos de intencionalidad, daño efectivo cuantificable y nexo causal.

No obstante, las partes pueden decidir fijar como requisito el establecimiento de un plazo preclusivo para dictar la resolución, transcurrido el cual el laudo que se dictara sería extemporáneo y por ende inválido, anulable por el motivo de incumplimiento de principios del procedimiento, ya que el art. 41. 1 LAB no recoge un motivo específico para la extemporaneidad, ya que la misma será la excepción.

En este caso el hecho factual es la emisión del laudo después de la fecha máxima fijada para ello, una circunstancia que salvo excepciones muy contadas es sencillo de determinar, por lo que el reconocimiento de si ha existido o no esta conducta reprochable del árbitro es fácil. No obstante, de la ocurrencia de la misma no se derivan de forma directa y automática responsabilidades exigibles al árbitro, sino que como siempre han de concurrir los factores de intencionalidad, existencia y cuantificación del daño, y existencia del nexo causal entre el hecho factual y el daño.

Comencemos nuestro análisis por la intencionalidad, afirmando que la misma en los laudos extemporáneos puede ser reconocida fácilmente a tenor del comportamiento que las partes hayan tenido en el procedimiento arbitral. De este modo, si nos encontramos con que una de ellas, que normalmente será la que reclame al árbitro, durante todo el procedimiento arbitral ha desarrollado una política de obstrucción y de enlentecimiento del proceso, entonces una gran parte de la culpa de que el árbitro haya laudado fuera de plazo recaerá en la citada parte, lo que hace imposible considerar imputable al árbitro por negligencia grave, al haber una compartición de la culpa.

⁶⁸⁶ Vid. sentencia de Audiencia Provincial, Barcelona, de 31/10/1997; sentencia de Audiencia Provincial, Cantabria, de 08/04/2005; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, de 23/12/2008; sentencia de Audiencia Provincial, Segovia, de 29/12/2008; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, 7/2013 de 01/03/2013; sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, de 29/07/2005.

Resulta también muy clarificador, a la hora de determinar si el retraso a la hora de emitir el laudo puede ser calificado como negligencia grave, analizar la complejidad de la *litis*, con especial atención al volumen probatorio solicitado por las partes, tanto en lo que se refiere a pruebas de confesión, testificales y periciales, que implican mucho tiempo tanto en su logística de preparación, como en su desarrollo y posterior análisis de las mismas. Recordemos que aunque el árbitro tiene la potestad de decidir qué pruebas acepta o no, siempre está bordeando la línea roja de la indefensión al rechazar una prueba propuesta por una parte si finalmente de la misma pudieran derivarse datos e información nueva con efecto relevante en el sentido de la decisión arbitral.

Por lo tanto, nuestra sugerencia en aquellos casos en los que la *litis* sea compleja y haya mucho volumen probatorio, es que el árbitro haga uso de la prerrogativa que le concede la NAL de ampliar dos meses el plazo para laudar, y si mediara pacto de las partes en contra de esa posibilidad, que solicite a las partes una ampliación del plazo para laudar, con el fin de poder garantizar que el procedimiento arbitral y el resultado del mismo, es decir, el laudo, tengan las mayores garantías de calidad. Si las partes rechazaran la citada posibilidad, el árbitro tendría después más argumentos a la hora de defender que no incurrió en negligencia grave al no ser capaz de emitir el laudo en el plazo fijado para ello por las partes.

También tiene una influencia directa en la velocidad del procedimiento arbitral el hecho de que en lugar de haber un árbitro único se trate de un Colegio Arbitral, puesto que ello implica que todas las decisiones, excepto las instrumentales de simplemente ordenación procesal, sean colegiadas y haya mediado una deliberación previa. Por lo tanto, se introducen necesariamente dentro del procedimiento arbitral una serie de deliberaciones que obligan a la coordinación de las agendas de los árbitros, por lo que aparte del tiempo adicional que su desarrollo supone, prolongan el procedimiento en los días necesarios para conseguir coordinar una fecha adecuada para todos los árbitros en que celebrarse, puesto que recordemos que una falta de quórum podría llevar a la anulación del laudo por incumplimiento de principios rectores del arbitraje.

Los supuestos en los que concurre dolo o negligencia grave en el comportamiento del árbitro suelen ser fácilmente reconocibles, ya que el árbitro en lugar de propiciar el impulso del arbitraje ralentiza el mismo y va incumpliendo los plazos fijados para las diferentes etapas procedimentales, dificultando el desarrollo del *iter* arbitral. Se suele asociar el dolo en este tipo de comportamientos a escenarios en los que una de las partes se ha opuesto al arbitraje y ha tratado sin éxito de que se frustrara, y decide impropriamente jugar la baza de elegir a un árbitro dentro de la terna que compone el colegio arbitral que se preste a esta reprobable conducta, con la esperanza de conseguir argumentos que puedan llevar a provocar la anulación del laudo. Este tipo de comportamientos hacen muy complicado el desarrollo del arbitraje para el Presidente del Colegio Arbitral, quién debe sufrir deliberaciones interminables que normalmente acaban siempre con decisiones tomadas por mayoría o incluso por el voto de calidad del Presidente. Sin embargo, lógicamente, en el caso de que finalmente el laudo extemporáneo

fuera anulado por haber pactado las partes un plazo preclusivo para el mismo, las responsabilidades que se podrían depurar del Colegio Arbitral no serían comunes para todos los miembros del mismo, sino que debieran centrarse en el árbitro que con su comportamiento hubiera propiciado el retraso. Y es que debemos recordar que esas responsabilidades le pueden ser exigidas incluso por la parte que no propuso su nombramiento, ya que no existe ninguna correlación entre el árbitro y la parte que le propusiera, siendo la expresión “árbitro de parte” un terrible error conceptual, puesto que ningún árbitro sirve a ninguna de las partes sino exclusivamente a la búsqueda de la justicia, como señala GONZALEZ SORIA.

En cuanto a la realidad del daño y la cuantificación del mismo derivado de un laudo extemporáneo, debemos diferenciar claramente dos situaciones totalmente distintas: La primera, cuando el laudo haya sido anulado por haberse dado las partes un plazo preclusivo para su emisión, lo que provoca que desde el día siguiente a la caducidad del mismo el árbitro pierda el poder del que ha sido investido por las partes para laudar; y la segunda, que las partes se hayan ajustado a lo previsto por defecto en la NLAB, que contempla específicamente, sobre la base del principio de conservación del arbitraje, que el laudo extemporáneo será siempre válido, con independencia de que el retraso en laudar implique la depuración de responsabilidades para el árbitro.

Por lo tanto, en el primer caso el daño es evidente, puesto que consiste en la anulación del laudo, lo que obliga a las partes a iniciar un nuevo procedimiento arbitral o acudir a la jurisdicción estática, dependiendo de lo que hubieran previsto en el convenio arbitral regulador del arbitraje fallido. En el segundo caso, dado que el laudo no pierde sus efectos, el daño debe evaluarse en atención al impacto económico negativo que haya podido tener para las partes la demora en contar con el citado laudo como base para la ejecución de lo en él resuelto. Lógicamente, esto entraña una mayor dificultad probatoria para el reclamante, pues se habrán de dar casos muy excepcionales en los que una demora razonable en el plazo para laudar, que nosotros entendemos en los dos meses que la propia NAL sugiere que se permitan de ampliación por parte de los árbitros de forma directa, haya producido de forma cierta y cuantificada un daño emergente o un lucro cesante para la parte reclamante.

Pasemos ahora a analizar el último elemento de la responsabilidad del árbitro, que es el nexo causal con el daño producido. En el caso del laudo anulado por extemporáneo, el nexo causal es fácil de determinar si se trata de un árbitro único, y su actuación a lo largo del procedimiento arbitral ha hecho imposible que se cumpliera el plazo previsto por las partes para la emisión del laudo. En el caso de un Colegio Arbitral es más complicado, porque se deben singularizar los comportamientos de cada uno de los miembros del Colegio Arbitral y atribuirles en la medida que sea adecuado su parte de responsabilidad en el retraso. Recordemos que la responsabilidad exige una imputabilidad personal en el ámbito de la NAL, sin que quepa equiparar al Colegio Arbitral con la institución arbitral, lo que significa que la reclamación debe presentarse contra cada uno de los miembros del Colegio Arbitral de forma individualizada, sin que exista la posibilidad jurídica de reclamar al Colegio Arbitral –carente de personalidad

jurídica- y que después los diferentes miembros traten de repercutirse entre sí la posible indemnización a la que tuvieran que hacer frente. Lo que sí que cabría es plantear un litisconsorcio pasivo de los árbitros al igual que conceptualmente también tendría sentido un litisconsorcio activo de las partes, si estas coinciden en que la actuación del árbitro o de los árbitros les ha producido un perjuicio indemnizable en virtud de la NLAB.

Cuando el daño producido venga motivado por la demora en contar con el laudo, el nexo causal debe poner en relación el contar con el laudo en una fecha posterior a la máxima fijada para ello, como consecuencia de la conducta del árbitro, y el citado daño.

La última reflexión que debemos hacer en relación a este tema pone en relación los artículos 6 y el 19 de la NAL, en el sentido de si hemos de entender como requisito previo para que se puedan exigir responsabilidades al árbitro en un laudo extemporáneo que previamente se haya instado su remoción al entender la parte reclamante que no está ejerciendo sus funciones en un plazo razonable, lo que previsiblemente le llevaría a laudar fuera de plazo. Es decir, la duda estriba en si debemos considerar el remedio procesal adecuado para una conducta arbitral incumplidora de sus funciones la solicitud de remoción, ya sea ante el Juez de Primera Instancia en arbitrajes con árbitro único; o ante el Colegio Arbitral, en arbitrajes con multiplicidad siempre impar de árbitros. Y nuestra respuesta debe ser claramente afirmativa, en coherencia con el espíritu del Legislador al incluir el artículo 6 NAL y buscar la preservación del arbitraje y blindarlo de usos espurios de los trucos procesales. Una de las consecuencias derivadas de una decisión del Colegio Arbitral en la que rechace la remoción y después se constate que existía la actitud incumplidora de sus responsabilidades del árbitro, que persistió coadyuvando a la extemporaneidad del laudo, es que entonces la tacha de responsabilidad por ese hecho factual les alcanzará igualmente a los otros árbitros en grado subsidiario.

4.5. Obligaciones del árbitro posteriores a la emisión del laudo

4.5.1. Protocolización del laudo

No siendo obligatoria salvo acuerdo expresa de las partes *sensu contrario*, desde el punto de vista de la responsabilidad del árbitro, en cuanto a fehaciencia de fecha y contenido del laudo, la protocolización es una garantía para el árbitro diligente, puesto que le permitirá dar fe de los anteriores extremos en el ámbito de una potencial reclamación. Por lo tanto, debiera recomendar a las partes que acordaran la protocolización, a su cargo; y, en caso de que no prospera tal sugerencia, sería recomendable que procediera por sí mismo a la citada protocolización, de forma que en el protocolo del Notario quedara una copia original del laudo indisolublemente unida al acta de protocolización, ya que tan importante como dar fe de la fecha y de los árbitros firmantes es poder advenir el contenido del laudo, es decir, contar con una versión autenticada.

4.5.2. Notificación del laudo

El valor a defender es que ambas partes conozcan el laudo a tiempo para poder instar, en su caso, el recurso de aclaración y la acción de impugnación, con

independencia de que no se produjera una notificación formal del laudo⁶⁸⁷. Circunstancia distinta, aunque sumamente extraña en la práctica, sería que por error del árbitro o de la Institución arbitral una de las partes recibiera el laudo después de la otra. Sin embargo, en realidad ello no tiene consecuencias prácticas negativas para la parte que sufre la dilación ya que como dispone el artículo 41.4 NLAB, la acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.

Por lo tanto, nos encontraríamos con las siguientes situaciones posibles:

1.- Que la parte que ha recibido sin dilación la notificación del laudo presente un recurso de aclaración, en virtud del artículo 39 NLAB. Puesto que la NLAB exige una vista de ambas partes y que haya posibilidad de contradicción, eso significa que el árbitro habrá de comunicar entonces la petición de aclaración y por lo tanto solventar el problema de notificación, computándose desde ese momento el plazo para la aclaración para la parte que ha sufrido la dilación. Si el árbitro no comunicara la solicitud de aclaración estaría vulnerando principios procesales básicos y la citada aclaración estaría viciada de nulidad, exigible en la acción de impugnación.

2.- Que la parte que ha recibido sin dilación la notificación del laudo presente una acción de impugnación dentro de plazo y en este caso es el Tribunal Superior de Justicia, al comunicar tal extremo a la parte que ha sufrido la dilación, quien le comunica el laudo y le deja la puerta abierta para que impugne el laudo, considerándose como fecha de notificación la citada comunicación del Tribunal.

3.- Que la parte que ha recibido sin dilación la notificación de laudo no solicite aclaración ni impugna el laudo en los dos meses siguientes. Cuando reciba la notificación la parte que ha sufrido la dilación, para ella esa será su fecha de cómputo de los plazos para la aclaración y para la acción de impugnación, debiendo el árbitro plegarse a ello y resolver la aclaración en caso de que le fuera solicitada. Es decir, en este peculiar caso cada parte tendrán un día a quo sensiblemente diferente, para el cómputo de los citados plazos, que plantearía más inconvenientes si el de la parte que hubiera sufrido la dilación fuera dos meses posterior a la fecha de firma del laudo y de supuesta notificación del mismo.

En cuanto a la responsabilidad que tendrían los árbitros en estos escenarios, decir que para que la misma tuviera cabida habrían de producirse las siguientes circunstancias concurrentes:

- d. Que mediara dolo o negligencia grave en la dilación de la notificación.
- e. Que se derivaran daños ciertos y medibles para la parte que ha sufrido la dilación, producidos por la imposibilidad de presentar el recurso de aclaración por considerar el árbitro que el plazo ya había precluido.

⁶⁸⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 514/1996 (Sala de lo Civil) de 12 de Junio.

- f. Que se derivaran daños ciertos y medibles para la parte que ha sufrido la dilación, producidos por la imposibilidad de presentar la acción de impugnación en el caso de que el Tribunal Superior de Justicia estimara que había transcurrido el plazo para instar la impugnación.

Las circunstancias a) y b) son muy improbables, puesto que difícilmente el árbitro va a negar el recurso de aclaración, ya que ello contaminaría el cumplimiento de los principios procesales viciando de nulidad al laudo; y difícilmente el Tribunal Superior de Justicia competente va a rechazar la acción de impugnación si se acredita adecuadamente la fecha real de notificación. Por otro lado, tal y como han expuesto numerosas sentencias del Tribunal Supremo, citadas en esta propia obra, no se puede considerar como un daño directo emergente la imposibilidad de acceder a una instancia de revisión, en el caso del arbitraje muy limitada, porque ello estaría presuponiendo que la parte reclamante tenía la certeza de cual iba a ser el desenlace de la impugnación, lo que repugna al buen derecho.

4.5.3. Inscripción del laudo

Es responsabilidad del árbitro hacer una redacción del laudo que posibilite que del mismo se deriven las inscripciones que sean precisas. La posible denegación de las inscripciones por dolo o negligencia grave del árbitro sería, a nuestro juicio, una causa de exigencia de responsabilidad, siempre que de ese fracaso registral se derivaran consecuencias ciertas y cuantificables para la parte reclamante.

Como sugerencia, aunque en muchos casos no sea obligatorio, en los arbitrajes *ad hoc*, es decir, en los que no haya una institución arbitral permanente que custodie y dé fe de todos los laudos emitidos por sus árbitros bajo su amparo, animaríamos encarecidamente a los árbitros a protocolizar notarialmente siempre su laudo, junto con su aclaración, de haberse producido, con el fin de disponer siempre de un documento auténtico del laudo, con constancia de fecha de emisión y contenidos y evitar posibles discusiones o recriminaciones en el proceso de inscripción, que es responsabilidad de las partes, no del árbitro.

Otra sugerencia sería que el árbitro designado o el Colegio Arbitral, pendiente el procedimiento y antes de pronunciar el laudo, solicite informe al Registrador, - no vinculante ni para los árbitros ni para aquél-, que puede ser muy útil para determinar el alcance de los asientos registrales, las condiciones de inscribibilidad del futuro laudo, etc...

4.5.4. Resolución del Recurso de Aclaración

El mismo opera como requisito imprescindible para alegar como causa de anulación la incongruencia y la vulneración del orden público⁶⁸⁸ y, por ende, cierra

⁶⁸⁸ Si la parte no acudió al medio que prevé la legislación para obtener la subsanación del defecto que actualmente alega como determinante de vulneración del orden público, su pretensión debe ser desestimada, dado que es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional que establece que quien alega haber padecido indefensión ha de haber agotado las posibilidades que el ordenamiento le ofrece para corregir la infracción que alega le ocasiona indefensión, ya que en la producción indefensión no debe haber intervenido en forma alguna la parte que la debiendo tenerse en cuenta

la puerta indirectamente a exigir responsabilidades a los árbitros basadas en hechos factuales que condujeran a los anteriores resultados⁶⁸⁹.

Nuestra sugerencia es que siempre será aconsejable la máxima sobriedad en el árbitro al resolver los recursos de corrección o aclaración. Es perturbador, salvo que sea clara su procedencia, proceder alegremente y aclarar lo que ya está claramente pronunciado en el laudo, o introducir matices no establecidos antes en el laudo. Los laudos, como las sentencias, no pueden ni siquiera por esta vía, modificarse. Debe tratarse claramente de un evidente y cierto error de cálculo, de copia, tipográfico o similar, o de una obscuridad que ciertamente sea tal.

En cuanto a las responsabilidades del árbitro en relación al recurso de aclaración o complemento, son idénticas a las que asume en relación al laudo, a las que nos remitimos, con el matiz de que se trata de una pieza abreviada dentro del procedimiento general y de que en la redacción de la contestación el árbitro debe mantener la congruencia tanto con las peticiones aclaratorias de las parte como con el texto dispositivo del laudo.

4.5.5. Colaboración con la Administración de Justicia

Aun cuando terminen las actuaciones arbitrales, los árbitros deben conservar la documentación del procedimiento. Cuando el arbitraje es institucional, la institución de arbitraje administrado asume esta función, pero cuando se trata de un arbitraje *ad hoc*, han de ser los propios árbitros quienes lo hagan. De lo anterior no pueden derivarse responsabilidades para el árbitro puesto que aún siendo incapaz de poner a disposición de las partes sus documentos -o del Tribunal Superior de Justicia, el expediente arbitral- por haber incumplido el deber de custodia del mismo, es difícil imaginar una situación en la que ninguna de las partes hubiera guardado su copia del expediente –recordemos que en virtud de los principios fundamentales que rigen el procedimiento arbitral, ambas partes tienen los mismos documentos-. Y en el caso de que no lo hubieran hecho, tal circunstancia también sería una negligencia por su parte, coadyuvante imprescindible para el resultado indeseado de no poder aportar el expediente al Tribunal Superior de Justicia para conocer de la acción de impugnación, por lo que como hemos explicado en esta obra, la responsabilidad del árbitro quedaría anulada por la responsabilidad de la parte que le reclama⁶⁹⁰.

que la incongruencia, de existir, lo que determina es indefensión por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española .

⁶⁸⁹ Vid. sentencia de Audiencia Provincial, Madrid, Sección 12ª, 486/2008 de 10/06/2008; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11/11/1990; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 09/10/1943; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16/05/1962; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13/06/1967; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28/03/1970; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 01/04/1981; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17/07/1989.

⁶⁹⁰ Vid. Auto de Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sección 2ª, 326/1993 de 28/10/1993; sentencia de Tribunal Superior de Justicia, Comunidad de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, 28/2012 de 10/07/2012; sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12/06/1996.

Se pudiera argüir que al tener que exigirle las partes al árbitro su responsabilidad a tenor del artículo 21 NLAB en un juicio ordinario civil, en el juzgado del lugar donde se dictó el laudo, ese sería el procedimiento en el que el árbitro tendría la posibilidad de ser escuchado, sin necesidad de ser parte en la acción de anulación de laudo. Sin embargo, puesto que la sentencia que decide sobre el laudo es firme y por tanto cosa juzgada, su límite de defensa es mínimo, ya que la anulación del laudo -la base para exigirle su responsabilidades- es un hecho no controvertible sobre el que no puede opinar ni defenderse, quedando reducido exclusivamente el litigio a determinar si hubo mala fe, temeridad o dolo en la actuación tachada del árbitro y cuáles han sido los daños y perjuicios efectivamente infligidos al demandante. Por lo tanto, nosotros defendemos la posibilidad del árbitro como parte adherida⁶⁹¹, nunca como actor, en la acción de impugnación del laudo, y la posibilidad de que sea actor en una demanda de amparo si tal condición de parte adherida se le niega al mediar una exigencia de responsabilidad por las partes. Lógicamente, el ostentar legitimación sobre la base de la defensa de un derecho o interés legítimo comporta la necesidad, para poder acceder al proceso, de que las partes (recurrente, recurrida en grado principal o coadyuvante) sean directamente citadas y emplazadas a la sustanciación del mismo, siempre y cuando sean conocidas o identificables, lo que en el caso del árbitro es obvio porque de hecho tiene la obligación de remitir el expediente arbitral al Tribunal Superior de Justicia competente.

Por ello, sugerimos al Legislador que contemple tal posibilidad o, subsidiariamente, que incluya una fase previa de sustanciación en la acción de impugnación del laudo, en atención a su carácter devolutivo. Con ello, al igual que en todos los recursos devolutivos judiciales, el árbitro que lo deseara podría dar su opinión fundamentada sobre si concurren o no los motivos formales (puesto que de ello se trata, no sobre el fondo de la decisión arbitral) para proceder a anular el laudo, como si del juez *a quo* se tratara, salvando con ello la indefensión fáctica que actualmente se viene produciendo. Correspondería únicamente al órgano *ad quem*, el Tribunal Superior de Justicia, resolver la cuestión a la vista del informe del árbitro, de las alegaciones de las partes y de los documentos aportados.

⁶⁹¹ Las formas de intervención del tercero en el proceso son múltiples, dependiendo de la iniciativa en cuanto a la intervención y de la posición del tercero en cuanto a las repercusiones que se derivarán para él del proceso pendiente. Atendiendo al segundo criterio, la intervención se distingue en principal o adhesiva. A su vez la intervención adhesiva se subdivide en intervención litisconsorcial (si su legitimación le permitía instar el proceso automáticamente) o intervención adhesiva simple. Se define por la doctrina la intervención adhesiva simple como "la introducción en un proceso pendiente de un tercero que alega un interés propio en evitar un perjuicio jurídico que se le seguiría de los efectos reflejos de la sentencia que se dicte en dicho proceso (...). El tercero inicialmente es ajeno al litigio. Ahora bien, de la resolución que recaiga en éste pueden seguirse a él perjuicios jurídicos reflejos o indirectos, bien por razones de prejudicialidad, o por alguna conexión existente con las relaciones jurídicas entre la parte y el interviniente".

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR NAVARRO, MARIANO: Derecho Internacional Privado, vol. I, tomo II, Parte segunda. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979

ALVAREZ, URCISINO: Curso de derecho romano, Tomo I, Editorial Porrúa, 1955.

ALSINA, HUGO: Serie clásicos de procedimientos civiles, T. II, Editorial jurídica universitaria, México, 2002.

ALCÁNTARA GONZÁLEZ, JOSE MARÍA: Arbitraje marítimo. El juicio arbitral marítimo contado por un árbitro. RVDPA, 3, 1993

ALONSO, JOSE MARIA. Comentarios a la Ley 60/2003, Editorial Aranzadi

ALBALADEJO, MANUEL: Otros extremos de la nueva Ley de Arbitraje. Actualidad Civil, núm. 8, semana 19, 25 de Febrero de 1990

ALBALADEJO, MANUEL: El sedicente arbitraje de personas jurídicas. Actualidad Civil, núm. 7, semana 12, 18 de Febrero de 1990

ALBALADEJO, MANUEL: La forma en el contrato de arbitraje y el llamado arbitraje informal. Actualidad Civil, núm. 4, semana 22, 28 de enero de 1990

ALBALADEJO, MANUEL: El artículo 8 de la nueva Ley de Arbitraje. Actualidad Civil, núm. 5 de 1990, págs. 69 y ss

ALBALADEJO, MANUEL: La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de derecho que infringe las normas debidas aplicar. Revista de derecho privado, Año nº 74, Mes 3 1990, págs. 171-186

ALBALADEJO, MANUEL: El Arbitraje Testamentario. Actualidad Civil. Nº 6, semana 5, 11 de febrero de 1990

ALMAGRO NOSETE, JOSE: Jurisdicción y arbitraje., Butlletí n. 2 del Tribunal Arbitral de Barcelona de la Asociación Catalana para el Arbitraje.

ALMAGRO NOSETE, JOSE: La Responsabilidad de los Árbitros. Transcripción de la conferencia celebrada el 11/11/1996 en la Jornada sobre el Régimen Jurídico de los Árbitros

ALVAREZ RODRÍGUEZ, A: Formación, contenido y efectos del laudo arbitral en la Ley española de Arbitraje. R.C.E.A., 1988-89

ARAGONESES ALONSO, PEDRO: Sentencias congruentes, Aguilar, Madrid, 1957.

- ARGUELLO, LUIS: Manual de derecho romano. Editorial Astrea, 2000
- BARONA VILAR, S: (coord.) Comentarios a la Ley de Arbitraje, Thomson Civitas, 2.ª ed., 2011;
- BARONA VILAR, S: Adopción judicial de medidas cautelares (art. 8 LAB). Comentarios a la Ley de Arbitraje, 2ª ed., edit. Civitas, 2011
- BATY, THOMAS: The difference between arbiter in the roman sense and modern arbitrators. University of Pennsylvania, Law Review and American Law Register, vol. 65, núm. 8, 1917
- BATTLE VÁZQUEZ, MANUEL: Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, dirigidos por ALBALADEJO García, tomo I, Edersa, Madrid, 1978
- BETANCOURT SERNA, FERNANDO: Derecho Romano Clásico. 3a Edición (aumentada y revisada), Colección Manuales Universitarios N° 33, Universidad de Sevilla, España, 2007.
- BENABENTOS, OMAR: Teoría General del Proceso, 1ª ed., Editorial Juris, Argentina, 2005
- BLAS ORBÁN, JOSE MIGUEL: Particularidades del convenio arbitral en el comercio marítimo. Tapia, año X, núm. 55, diciembre 1990
- BUHIGUES OLIVER, GABRIEL: La solución amistosa de los conflictos en Derecho romano: el arbiter ex compromisso. Montecorvo, 1990
- CABALLÉ MARTORELL, ANNA MARIA: Derecho de sucesiones y proceso civil romano, Editorial UOC
- CADARSO PALAU, JUAN: Comentario a la nueva Ley de Arbitraje, Ley 60/2003, de 23/12, 2.ª ed. Thomson Aranzadi. 2011 (coord. por Julio González Soria)
- CAMPO VILLEGAS, ELIAS: Ineficacia del Laudo fuera de plazo. Su protocolización notarial e inscripción registral. Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona. -- N° 3, p. 75-90
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSE: Derecho civil español, común y foral, tomo I, vol. 1.0, Reus, reimpresión de la duodécima edición, revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, Madrid, 1988
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSE: La formulación Judicial del Derecho y el árbitro de equidad, en RGLJ, 1953
- CARRERAS LLANSANA, JORGE: Contribución al estudio del arbitraje. Estudios de Derecho Procesal

CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTIN: Derecho Procesal Civil Internacional (Ordenamiento español), Edersa, Madrid, 1981

CORDÓN MORENO, FAUSTINO JAVIER: El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional, Aranzadi, 1995;

CREMADES, BERNARDO MARIA: La acción contra el árbitro que no dictó sentencia» Estudios Iglesias, 3, 1988

CUCARELLA GALIANA, LUIS ANDRES: El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de Arbitraje). Bolonia 2004

CHILLÓN MEDINA, JOSE MARIA y MERINO MERCHÁN, JOSE FERNANDO. Sistema de Derecho Civil, Tecnos, 6. & ed., tomo II, Madrid, 1989

DAMIÁN MORENO, JUAN: (dir.), La reforma de la Ley de Arbitraje, 2011, Wolters Kluwer, 2011.

DA CUNHA LOPEZ, MARIA: Manual de derecho romano, 1ª ed., Editorial Derecho, México, 2006

DE LA PLAZA, MANUEL: Derecho Procesal Civil, Volumen II, 3ª Edición, Editorial revista de derecho privado, Madrid España, 1955.

DE LA LLANA VICENTE, MARINO: El Recurso de Anulación contra Laudo Arbitral. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LIII, núm. 1.859, 1999

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO.: "El arbitraje y la nueva Lex Mercatoria" Anuario de Derecho Civil, Tomo XXXII, Fascículo IV Octubre-Diciembre 1979

DE LA OLIVA SANTOS, ANDRES: Sobre la congruencia de la sentencia civil, en La Ley, 1982, tomo 2

DE LA OLIVA SANTOS, ANDRES: Jueces imparciales, fiscales «investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal, PPU, Barcelona, 1988

DE LA OLIVA SANTOS, ANDRES: Curso de derecho procesal civil i. parte general. Centro de Estudios Ramón Areces. (CERA). 2013

DI PIETRO, ALFREDO: Manual de derecho romano, 4ª ed., Ediciones Buenos Aires, 2008

DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, LUIS: El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje. Anuario de Derecho Civil, año 1954

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, LUIS MARIA: Derecho Procesal Civil: Proceso concursal. Arbitraje, Editorial Ramón Areces, 2004

- D'ORS, ALVARO: El arbitraje jurídico. Parerga Histórica, Eunsa, Pamplona. 1997
- D'ORS, ALVARO: Titulus. Anuario de historia del derecho español. Nº 23, 1953, págs. 495-514.
- D'ORS, ALVARO: Varia romana. Anuario de historia del derecho español. Nº 14, 1943, págs. 620-622
- D'ORS, ALVARO: Derecho romano y humanismo. Humanitas: in honorem Antonio Fontán, 1992, págs. 399-405
- ESCOBAR FORNOS, IVAN: Introducción al proceso. 2ª ed., Editorial Hispamer, Nicaragua, 1998
- ERRAZURIZ EGUIGUREN, MAXIMILIANO: Manual de derecho romano, T. II, Editorial jurídica de Chile
- FERNANDEZ DE BUJAN. ANTONIO: Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano. Iustel, Madrid, 2006
- FERNANDEZ DE BUJAN, ANTONIO: Contribución al estudio histórico jurídico del arbitraje. Religión y Cultura LI (2005)
- FERNANDEZ DE BUJAN, ANTONIO.: Bases romanísticas del arbitraje actual. Análisis de las concordancias entre el Derecho justiniano y la legislación vigente en materia de arbitraje. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 743, Mayo 2014
- FERNANDEZ DE BUJAN, ANTONIO: La Ley de Jurisdicción Voluntaria, en el umbral de su aprobación. Actualidad jurídica Aranzadi, Nº 908, 2015, pág. 4
- FERNANDEZ DE BUJAN, ANTONIO: El arbitraje en Atenas. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. Nº. 46, 2014, págs. 36-41
- FERNANDEZ DE BUJAN, ANTONIO: Del arbitraje romano configurado " a semejanza de los juicios ": compromiso quod iudicium imitatur. RDUNED. Revista de derecho UNED. Nº. 11, 2012, págs. 269-278
- FERNANDEZ DE BUJAN, ANTONIO: Del arbitraje Romano configurado "a semejanza de los juicios" al arbitraje actual como "equivalente jurisdiccional". Revista General de Derecho Romano. Nº. 19, 2012
- FERNANDEZ DE BUJAN, ANTONIO: Contribución al estudio histórico jurídico del arbitraje. Anuario de justicia alternativa, Nº. 6, 2005, págs. 119-145
- FERNANDEZ DE BUJAN, FEDERICO: Mediador, Siete trazos para un perfil. La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas

FERNANDEZ DE BUJAN, FEDERICO: Sistema Contractual Romano, 3ªed. correg. y aum., Madrid 2007

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO: Aportación del Derecho Romano al proceso de elaboración del derecho de la Unión Europea, en SDHI (1998)

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO: Retorno a Roma en la elaboración del futuro Código Europeo de Contratos. BFD 15 (2000)

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO: Fundamentos clásicos de la Democracia y la Administración. Ediciones Académicas. UNED. 2010

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO: Justicia y ética de la abogacía (coordinado por Miguel Grande Yáñez). Editorial Dykinson 2007. Pags 50 y 51

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO: Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal (coordinado por Luis Bueno Ochoa). Editorial Dykinson. Madrid. 2011

FERNANDEZ-BALLESTEROS, MIGUEL ANGEL: Comentario a la nueva Ley de Arbitraje, Ley 60/2003, de 23/12, 2.ª ed. Thomson Aranzadi. 2011 (coord. por Julio González Soria)

FERNANDEZ DEL POZO, LUIS: Publicidad Mercantil Registral del Procedimiento Arbitral. Revista crítica de derecho inmobiliario, ISSN 0210-0444, Año nº 68, Nº 612, 1992

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSE CARLOS y SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO: Curso de Derecho Internacional Privado, Civitas, Madrid, 1991, pág. 482.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSE CARLOS: La nueva Ley de Arbitraje. Consejo General del Poder Judicial, 2007

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO: El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea. Esfinge, 1965

GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: Diccionario de Jurisprudencia Romana, 3ª ed., Editorial Dykinson S. L., Madrid, 2002

GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: Precedentes romanos del tráfico de influencias. Lección inaugural del curso 92-93. UNED

GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: Derecho Privado Romano (casos, acciones, instituciones). 20ª Edición Abreviada). Ediciones Académicas. 2015

GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: De nuevo sobre las opuestas ficciones jurisprudenciales. Iuris Vincula. estudi in onore di Mario Talamanca IV. 2003. páginas 53 y siguientes.

GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: Los efectos del contrato en relación con terceros: la experiencia Ibérica. Publicado en Gli Effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica. Roma. 1999

GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: Las influencias Romana e hispana en la historia del contrato publicado en homenaje a José Antonio Escudero. Madrid. 2012.

GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: La globalización del derecho de los contratos. Tradición y globalización (coordinado por Moncayo Rodríguez) México. 2007. páginas 39 a 59

GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: La autonomía de la jurisprudencia romana frente el pensamiento filosófico griego estudios homenaje al profesor Juan Iglesias Madrid 1988 páginas 1021 a 1039.

GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: I Principi Generali della Tradizione Giuridica nella Unione Europea en Scienza Giuridica interpretazione e sviluppo del diritto europeo. Jovene Editore. Roma 2011.

GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: El Comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano. Editorial Dykinson. Madrid. 2001

GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: Fundamentos clásicos de la Democracia y la Administración. Ediciones Académicas. UNED. 2010

GARCIA GARRIDO, MANUEL JESUS: El derecho romano y la historiografía jurídica del siglo XIX. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED 14. Madrid. 1999. página 74 y siguientes.

GARCÍA RUBIO, MARIA PAZ: El convenio arbitral en la nueva Ley de Arbitraje", Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. V, 1988-1989

GARBERI LLOBREGAT, JOSE: El recurso de anulación en la Ley de Arbitraje: (consecuencias prácticas de la interpretación restrictiva de sus normas reguladoras). Aranzadi civil: revista quincenal, Nº 3, 1997

GETE-ALONSO Y CALERA, MARIA DEL CARMEN: La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de arbitraje: (acotaciones sobre la configuración del contrato). La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 2, 1990,

GIMENO SENDRA, VICENTE: Derecho Procesal Civil. Colex, 2007

GONZÁLEZ SORIA, JULIO: (coord.), Comentario a la nueva Ley de Arbitraje, Ley 60/2003, de 23/12, 2.ª ed. Thomson Aranzadi. 2011

GONZÁLEZ SORIA, JULIO: La reclamación por daños y perjuicios en el arbitraje. *Advocatus*, Nº. 28, 2013

GONZÁLEZ SORIA, JULIO: Contra los recursos infundados. *Spain arbitration Review: revista del Club Español del Arbitraje*, Nº. 1, 2008

GONZÁLEZ SORIA, JULIO: La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo arbitral. Cámara de Comercio e Industria de Madrid (1988)

GONZÁLEZ SORIA, JULIO: El requisito de la forma escrita del acuerdo arbitral. *Tratado de Derecho Arbitral* Instituto Peruano de Arbitraje

GONZÁLEZ SORIA, JULIO: La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales en el derecho español. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derain. Instituto Peruano de Arbitraje. 2013

GONZÁLEZ SORIA, JULIO: Reflexiones básicas sobre el arbitraje. SAR. Madrid. 2015

GUSTAVO, HUGO: Historia del Derecho Romano. Traducción de la 7a Edición, Madrid 1850.

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: Algunos problemas que suscita la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. *La Ley*, 1989, tomo II

GUASP, JAIME: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil. Aguilar, 1945

HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL: El Recurso de Anulación contra los laudos arbitrales (Estudio Jurisprudencial). Edersa, 1991

HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL: Comentario a la nueva Ley de Arbitraje, Ley 60/2003, de 23/12, 2.ª ed. Thomson Aranzadi. 2011 (coord. por Julio González Soria)

IGLESIAS SANTOS, JUAN.: Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Ariel Barcelona 1987

LEVY BRUHL, H: Recherches sur les actions de la loi. Editorial Sirey, París, 1960.

LÓPEZ ANTÓN, FELIX: Ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros (La aplicación del Convenio de Nueva York). *La Ley*, 1985, núm. 2

LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARIA: Derecho de arbitraje interno e internacional. Biblioteca universitaria de Editorial Tecnos. Tecnos 1989

LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARIA: Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San

Sebastián, 2004

LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARIA: La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales y sentencias extranjeras en España, según la doctrina del Tribunal Constitucional Español. Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1987, núm. 4

MAINAR, RAFAEL BERNAD: Curso de derecho privado romano”, 2a Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.

MARTIN OSTOS, JOSE DE LOS SANTOS: El recurso de anulación contra el laudo arbitral. Estudios de derecho procesal : en honor de Víctor Fairén Guillén, 1990

MARESCA CABOT, JUAN CARLOS: Algunas reflexiones sobre la posibilidad de que los árbitros y las corporaciones y asociaciones que administran el arbitraje sean parte en el recurso de anulación. Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona. -- Nº 8

MATEO Y VILLA, IÑIGO: Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la reforma de la Ley 11/2011 de 20 de Mayo de Arbitraje. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 2014

MALLANDRICH MIRET, N: Medidas cautelares y arbitraje, edit. Atelier, Barcelona, 2010

MERINO MERCHAN, JOSE FERNANDO y CHILLÓN MEDINA, JOSE MARIA:, Tratado de Derecho Arbitral, 3.ª. Thomson Civitas, 2006

MERINO MERCHAN, JOSE FERNANDO: Configuración del Arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011. Revista 52 , Academia Matritense del Notariado, 17 Diciembre 2013

MERINO MERCHAN, JOSE FERNANDO: Estatuto y Responsabilidad del Árbitro. Ley 60/2003. Editorial Thomson Aranzadi

MIRANDA VAZQUEZ, CARLOS: Arbitraje, medidas cautelares, caución y una paradoja Justicia: Revista de derecho procesal - Núm. 1/2014, Enero 2014

MOHINO MANRIQUE, ANA. Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor. Dykinson 2006.

MOHINO MANRIQUE, ANA: A propósito de D.19.2.20.2 en relación con D.19.2.22. Universidad Nacional Educación a Distancia – UNED.

MONTERO AROCA, JUAN: Comentario breve a la Ley de Arbitraje, AA.VV., Civitas, 1990;

MONTERO AROCA, JUAN y otros: El nuevo proceso civil Ley (1/2000). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

MONTERO AROCA, JUAN y otros: Derecho jurisdiccional II Proceso Civil, 18º ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

MONTERO AROCA, JUAN y otros: Tratado de proceso de ejecución civil. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

MORENO CATENA, VÍCTOR y otros: Derecho Procesal Civil, Parte General, 3ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

MONTES REYES, AMALIA: Aplicación del arbitraje de derecho privado a las cuestiones de propiedad horizontal. Revista de Derecho Procesal, 1972

MUÑOZ GONZÁLEZ, LUIS: Protección judicial de la propiedad horizontal, Montecorvo, S. A., Madrid, 1988

MUÑOZ SABATE, LLUIS: Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de Derecho. RJELL, 1990, Núm. 2477

NAVARRO PÉREZ, JOSE LUIS: Ley de Arbitraje. Comares, Granada, 1990

O'CALLAGHAN, XAVIER: El contrato de compromiso según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. Actualidad Civil, Nº 1, semana 2 8 de enero de 1989

OGÁYAR AYLLON, TOMAS: El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral. Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1977

OLIVENCIA, MANUEL: Arbitraje, una justicia alternativa. Una visión histórica desde la nueva Ley. Universidad de Córdoba, 2006

OLIVENCIA, MANUEL: El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de la reforma de la Ley 60/2003. Revista Jurídica de Catalunya, vol. 111, núm. 4, 2012

ORTIZ NAVACERRADA, SANTIAGO: La Ley 36/1998 de 5 de diciembre, de arbitraje. Aspectos procesales. Actualidad Civil, Nº 2, semana 9, 15 de enero de 1989

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G: La responsabilidad civil por alzamiento de las medidas cautelares tras sentencia absolutoria. Reflexiones al filo de algunos pronunciamientos jurisprudenciales recientes, en «Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la prof. M. Victoria Berzosa Francos», Picó i Junoy, J. (dir.), edit. Bosch, Barcelona, 2013

ORTELLS RAMOS, MANUEL: Cuestión 89. Devolución de la caución en medidas cautelares, en «Ley de Enjuiciamiento Civil: Respuestas a 100 cuestiones polémicas» (Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades

Españolas), Jiménez Conde, F. (coord.), edit. Sepin, Madrid, 2002

ORTELLS RAMOS, MANUEL: Las medidas cautelares. La Ley, Madrid, 2000

PALACIO, LINO ENRIQUE: Derecho Procesal Civil” Tomo VII, 4ª Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina, 1994.

PALLARES, EDUARDO: La vía del apremio y otros estudios procesales, Editorial Botas, México, 1946

PANTALEÓN PRIETO, ANGEL FERNANDO: Notas sobre la nueva Ley de arbitraje", en The arbitration, M. Rotondi Inchieste di diritto comparato, Milán 1990

PINTO RUIZ, JOSE: Derechos y Deberes de los Árbitros. Transcripción de la conferencia celebrada el 11/11/1996 en la Jornada sobre el Régimen Jurídico de los Árbitros

PRIETO-CASTRO, LEONARDO: Tratado de Derecho Procesal Civil (Proceso declarativo. Proceso de ejecución); 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 1985, dos tomos.

PRIETO-CASTRO, LEONARDO: Trabajos y orientaciones de Derecho procesal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964

RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: Derecho Procesal Civil tomo II, 4ª Edición. Bosch, 1990

RAMOS MENDEZ, FRANCISCO: La anotación preventiva de demanda. Bosch, 1980.

ROCCO, UGO: Teoría General del Proceso Civil. Editorial Porrúa, México, 1959.

SABATER TOMAS, ANTONIO y SABATER BAYLE, ELSA: La nulidad parcial del laudo en la ley de arbitraje. Aranzadi civil: revista quincenal, Nº 2, 2001

SANTOS VIJANDE, JESUS MARIA: Consideraciones en torno a la nueva ley de arbitraje: la alternativa arbitraje de derecho o de equidad, los plazos preclusivos de alegaciones, la inactividad de las partes y la documentación de las actuaciones en el procedimiento arbitral. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 4, 1989

SANTOS VIJANDE, JESUS MARIA: El número impar y la imparcialidad como límites a la autonomía de la voluntad en la designación de árbitros. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, Nº. 2, 2010

SERRANO ALONSO, EDUARDO: El Arbitraje en la Ley de 5 de Diciembre de 1988. Actualidad Civil, Nº 8, semana 20, 26 de Febrero de 1989

SERRA DOMINGUEZ, MANUEL: Naturaleza jurídica del arbitraje. Estudios de Derecho Procesal, 1969

SINCLAIR, MICHAEL B. Hercules, Omniscience, Omnipotence, and the Right Answer Thesis. New York Law School Law Review, Numerous 3-4, New York, 2002-2003

The Code for Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes. Effective March 1, 2004

The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 22 de mayo de 2004

The IBA Conflicts Guidelines - Who's Using Them and How? Judith Gill. Vol. 1 Dispute Resolution Inter-national, 58 (2007).

TOMÉ PAULE, JOSE: Régimen procesal de la Propiedad Horizontal. Revista de Derecho Procesal, 1965

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN: Panorama del Derecho Civil, Barcelona, Bosch, 1973

VAZQUEZ SOTELO, JOSE LUIS: Arbitraje y proceso judicial. Universidad Nacional Autónoma de México, 1988

VERDERA, EVELIO: La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 6 de junio de 2005;

VELLOSO, ADOLFO: Sistema Procesal, garantía de la libertad. Tomo II. 1ª Ed., Editorial Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009

VICENTE y CARAVANTES, JOSE: Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento con sus correspondientes formularios, Madrid, 1858

ZAPPALA, FRANCESCO.: Universalismo histórico del arbitraje, Universitas Bogotá N° 121 julio-diciembre de 2010

APENDICE 1

RELACION RAZONADA DE DECISIONES JURISPRUDENCIALES ANALIZADAS EN LA PRESENTE OBRA

***** No se relacionan todas las que ha sido citadas sino únicamente las que han sido analizadas y han servido de base a las argumentaciones***

Tribunal	Local	Sala	numero	tipo	fecha	epígrafe	epígrafe	epígrafe
Audiencia Provincial	Asturias	Sección 1ª	25/2004	sentencia	20/01/2004	3.1.4.3.1.2.1.2.		
Audiencia Provincial	Badajoz	Sección 1ª		sentencia	22/01/2001	3.2.4.6.		
Audiencia Provincial	Badajoz	Sección 2ª		sentencia	11/11/1997	2.6.2		
Audiencia Provincial	Baleares			sentencia	18/07/1995	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Baleares			sentencia	15/12/1995	2.6.2		
Audiencia Provincial	Barcelona	Sección 14ª		sentencia	03/09/2003	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Barcelona	Sección 14ª		sentencia	03/10/2003	3.1.4.3.1.3.	3.2.4.5.1.2.	
Audiencia Provincial	Barcelona	Sección 14ª	846/2003	Auto	17/10/2003	3.1.4.3.1.3.	2.6.2	3.1.4.3.1.3.
Audiencia Provincial	Barcelona	Sección 14ª		sentencia	14/11/2003	1.1,		
Audiencia Provincial	Barcelona	Sección 15	151/2010	auto	28/09/2010	2.6.2		
Audiencia Provincial	Barcelona	Sección 15	25/2013	sentencia	24/01/2013	2.3		
Audiencia Provincial	Barcelona			sentencia	18/03/1991	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Barcelona			sentencia	10/03/1992	2.6.2.		
Audiencia Provincial	Barcelona			sentencia	18/07/1995	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Barcelona			sentencia	31/10/1997	3.2.4.7.		
Audiencia Provincial	Burgos		542/2003	sentencia	18/12/2003	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Cádiz	sección 2	64/2011	auto	17/05/2011	3.2.3.3.1.		
Audiencia Provincial	Cantabria			sentencia	08/04/2005	3.2.4.7.		
Audiencia Provincial	Castellón			sentencia	19/09/1996	3.2.2.		
Audiencia Provincial	Córdoba			sentencia	27/04/2000	2.6.2		

Audiencia Provincial	Granada	Sección 4	10/2015	sentencia	16/01/2015	3.1.4.3.1.		
Audiencia Provincial	Guipúzcoa			sentencia	08/05/2002	2.6.2		
Audiencia Provincial	Huesca	Sección 1ª	52/2009	sentencia	31/03/2001	3.2.4.2.		
Audiencia Provincial	La Coruña			sentencia	25/04/1994	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	León	Sección 3		sentencia	15/11/2003	2.6.2		
Audiencia Provincial	Madrid	sección 10		sentencia	10/12/1991	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Madrid	Sección 10	307/2014	sentencia	30/09/2014	2.5		
Audiencia Provincial	Madrid	Sección 10ª		sentencia	15/02/2003	2.6.2		
Audiencia Provincial	Madrid	Sección 11ª		sentencia	12/03/2001	3.2.4.6.		
Audiencia Provincial	Madrid	Sección 12	486/2014	sentencia	16/10/2014	2.6.2		
Audiencia Provincial	Madrid	Sección 12ª	486/2008	sentencia	10/06/2008	3.3.2.		
Audiencia Provincial	Madrid	Sección 13	159/2015	sentencia	08/05/2015	2.6.2		
Audiencia Provincial	Madrid	Sección 21	94/2011	sentencia	15/02/2011	2.6.2		
Audiencia Provincial	Madrid	Sección 28	200/2011	sentencia	10/06/2011	3.2.4.4.		
Audiencia Provincial	Madrid	Sección 21	409/2014	sentencia	23/09/2014	2.6.2		
Audiencia Provincial	Madrid			sentencia	14/09/1990	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Madrid			sentencia	24/04/1991	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Madrid			sentencia	21/10/1991	3.2.2.		
Audiencia Provincial	Madrid			sentencia	26/11/1991	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Madrid			sentencia	10/04/1992	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Madrid			sentencia	19/04/1992	3.2.2.		

Audiencia Provincial	Madrid			sentencia	10/11/1992	3.2.2.		
Audiencia Provincial	Madrid			sentencia	24/05/1995	2.6.2		
Audiencia Provincial	Madrid			sentencia	12/06/1995	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Madrid			sentencia	17/10/1995	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Madrid			sentencia	31/10/1995	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Madrid			sentencia	24/02/2001	2.6.2		
Audiencia Provincial	Madrid		17/2003	sentencia	11/12/2003	3.2.2.		
Audiencia Provincial	Madrid			sentencia	29/07/2005	3.2.4.7.		
Audiencia Provincial	Madrid		221/2008	sentencia	05/05/2008	3.1.3		
Audiencia Provincial	Madrid			sentencia	23/12/2008	3.2.4.7.		
Audiencia Provincial	Madrid		98/2009	sentencia	08/06/2009	3.2.3.3.1.		
Audiencia Provincial	Madrid		251/2011	sentencia	24/05/2011	3.2.2.1.		
Audiencia Provincial	Madrid		506/2011	sentencia		3.1.3		
Audiencia Provincial	Málaga	Sección 6ª		sentencia	18/01/2001	2.6.2		
Audiencia Provincial	Málaga			sentencia	01/09/1993	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Málaga			sentencia	25/06/1996	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Málaga			sentencia	12/02/2001	3.1.4.3.1.2.1.2.		
Audiencia Provincial	País Vasco			sentencia	20/02/1991	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	País Vasco			sentencia	22/06/1994	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Pontevedra			sentencia	19/11/1996	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Salamanca			sentencia	16/12/2002	2.6.2		

Audiencia Provincial	Santa cruz	sección 1	507/2003	sentencia	17/11/2003	3.2.4.5.1.2.	3.2.4.6.	
Audiencia Provincial	Santa cruz	Sección 4ª		sentencia	08/09/2003	3.2.4.5.1.2.		
Audiencia Provincial	Segovia			sentencia	29/12/2008	3.2.4.7.		
Audiencia Provincial	Sevilla			sentencia	15/03/2001	3.1.4.3.1.2.1.2.		
Audiencia Provincial	Valencia			sentencia	24/03/1994	2.6.2.		
Audiencia Provincial	Valencia			sentencia	22/06/1994	2.6.2.	3.2.4.3.	
Audiencia Provincial	Valencia			sentencia	19/04/2000	3.1.4.3.1.2.1.2.		
Audiencia Provincial	Vizcaya	Sección 5		sentencia	06/03/2002	2.6.2		
Audiencia Provincial	Zaragoza			sentencia	06/09/1991	3.2.2.	3.2.4.5.1.2.	
Audiencia Provincial	Zaragoza			sentencia	27/05/1994	3.2.4.5.1.2.		
Dirección General Registros y Notariado				Resolución	06/04/1917	3.2.4.5.1.		
Dirección General Registros y Notariado				Resolución	19/02/1998	3.1.4.3.1.2.1.2.		
Dirección General Registros y Notariado				Resolución	18/04/1998	3.1.4.3.1.2.1.2.		
Dirección General Registros y Notariado				Resolución	01/10/2001	3.1.4.3.1.2.1.2.		
Tribunal Constitucional		Pleno	62/1991	sentencia	22/03/1991	1.1		
Tribunal Constitucional		Pleno	174/1995	sentencia	23/11/1995	3.1.4.3		
Tribunal Constitucional		Sala Primera	75/1996	sentencia	30/04/1996	3.1.4.3		
Tribunal Constitucional		Sala Primera	9/2005	sentencia	17/01/2005	2.6.2.		
Tribunal Constitucional		Sala Primera , Sección 2ª	326/1993	Auto	28/10	R 3.3.1.		

Tribunal Constitucional		Sala Primera, Sección 1ª	701/1988	auto	06/06/1988	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional		Sala Primera, Sección 1ª	259/1993	Auto	20/07/1993	1.1		
Tribunal Constitucional		Sala Segunda	176/1996	sentencia	11/11/1996	3.2.4.5.1.2.	3.2.4.2.1.	
Tribunal Constitucional		Sala Segunda	32/2002	sentencia	11/02/2002	3.2.4.2.1.		
Tribunal Constitucional		Sala Segunda, Sección 4ª	116/1992	Auto	04/05/1992	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional				sentencia	31/03/1981	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional			22/1982	sentencia	12/05/1982	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional			47/1982	sentencia	12/07/1982	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional			26/1983	sentencia	13/04/1983	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional			47/1983	sentencia	31/05/1983	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional			48/1984	sentencia	04/04/1984	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional			67/1984	sentencia	07/06/1984	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional			19/1985	sentencia	13/02/1985	3.2.4.5.1.		
Tribunal Constitucional			51/1985	sentencia	10/04/1985	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional			7/1986	sentencia	21/01/1986	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional			48/1986	sentencia	23/04/1986	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional			77/1986	sentencia	12/06/1986	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional			55/1987	sentencia	13/05/1987	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional			96/1987	sentencia	10/06/1987	3.2.4.5.1.2.	3.2.4.1.	
Tribunal Constitucional			145/1988	sentencia	12/07/1988	3.2.4.5.1.2.		

Tribunal Constitucional			169/1988	sentencia	29/09/1988	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional			22/1988	sentencia	25/11/1988	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional			54/1989	sentencia	23/02/1989	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Constitucional			43/1988	sentencia		1.1		
Tribunal Constitucional			233/1988	sentencia				
Tribunal Constitucional			244/1991	sentencia		2.2	3.2.4.1.	
Tribunal Constitucional			288/1993	sentencia		3.2.4.1.		
Tribunal Constitucional			151/1997	sentencia		2.2		
Tribunal Constitucional			203/2003	sentencia		2.2		
Tribunal Superior de Justicia	Andalucía	Sala de lo Civil y Penal	7/2013	sentencia	01/03/2013	3.2.4.7.		
Tribunal Superior de Justicia	Andalucía	Sala de lo Civil y Penal	5/2014	sentencia	15/05/2014	3.2.3.2.1.	3.2.4.2.2.	
Tribunal Superior de Justicia	Aragón	Sala de lo Civil y Penal	25/2014	sentencia	25/06/2014	3.1.3	3.2.4.2.	
Tribunal Superior de Justicia	Canarias	Sala de lo Civil y Penal	1/2014	sentencia	29/04/2014	3.2.4.6.1.4.		
Tribunal Superior de Justicia	Castilla La Mancha	Sala de lo Civil y Penal	4/2013	sentencia	10/10/2013	3.1.4.1.		
Tribunal Superior de Justicia	Castilla y León	Sala de lo Civil y Penal	2/2013	sentencia	07/03/2013	3.2.4.6.1.4.		
Tribunal Superior de Justicia	Cataluña	Sala de lo Civil y Penal	56/2013	sentencia	07/10/2013	3.2.4.6.1.4.		
Tribunal Superior de Justicia	Cataluña	Sala de lo Civil y Penal	74/2013	sentencia	30/12/2013	3.2.2.		
Tribunal Superior de Justicia	Cataluña	Sala de lo Civil y Penal	9/2014	sentencia	06/02/2014	3.2.3.2.2.		
Tribunal Superior de Justicia	Cataluña	Sala de lo Civil y Penal	50/2014	sentencia	14/07/2014	3.2.4.1.	3.2.4.6.1.4.	3.2.4.7.
Tribunal Superior de Justicia	Cataluña	Sala de lo Civil y Penal	53/2014	sentencia	24/07/2014	3.2.3.2.2.		

Tribunal Superior de Justicia	Comunidad de Madrid	Sala de lo Civil y Penal	50/2012	sentencia	02/07/2012	3.2.4.2.	3.2.4.6.1.4.	
Tribunal Superior de Justicia	Comunidad de Madrid	Sala de lo Civil y Penal	28/2012	sentencia	10/07/2012	3.3.3.1.2.		
Tribunal Superior de Justicia	Comunidad de Madrid	Sala de lo Civil y Penal	65/2013	sentencia	30/07/2013	3.2.2.1.	3.2.2.	3.2.4.2.
Tribunal Superior de Justicia	Comunidad de Madrid	Sala de lo Civil y Penal	8/2014	sentencia	19/02/2014	3.2.3.2.3.		
Tribunal Superior de Justicia	Comunidad de Madrid	Sala de lo Civil y Penal	27/2014	sentencia	20/05/2014	3.2.4.2.1.		
Tribunal Superior de Justicia	Comunidad de Madrid	Sala de lo Civil y Penal	32/2014	sentencia	02/06/2014	3.1.4.3.1.3.		
Tribunal Superior de Justicia	Comunidad de Madrid	Sala de lo Civil y Penal	33/2014	sentencia	03/06/2014	3.2.4.6.1.4.		
Tribunal Superior de Justicia	Comunidad de Madrid	Sala de lo Civil y Penal	55/2014	sentencia	14/10/2014	3.2.3.2.4.		
Tribunal Superior de Justicia	Comunidad de Madrid	Sala de lo Civil y Penal	13/2015	sentencia	28/01/2015	3.2.4.5.1.3.		
Tribunal Superior de Justicia	Comunidad de Madrid	Sala de lo Civil y Penal	31/2015	sentencia	14/04/2015	3.1.4.3.1.3.	3.2.4.5.1.2.	
Tribunal Superior de Justicia	Comunidad de Madrid	Sala de lo Civil y Penal	44/2015	sentencia	26/05/2015	3.1.3		
Tribunal Superior de Justicia	Comunidad de Madrid	Sala de lo Civil y Penal	56/2015	sentencia	13/07/2015	3.1.4.3.1.		
Tribunal Superior de Justicia	Comunidad de Madrid	Sala de lo Civil y Penal	33/2015	sentencia	21/07/2015	3.2.4.6.1.4.		
Tribunal Superior de Justicia	Comunidad de Madrid	Sala de lo Civil y Penal	63/2014	sentencia	fecha 2014	1.2		
Tribunal Superior de Justicia	Comunidad Valenciana	Sala de lo Civil y Penal	14/2012	sentencia	26/04/2012	3.1.4.3.1.2.		
Tribunal Superior de Justicia	Comunidad Valenciana	Sala de lo Civil y Penal	5/2015	sentencia	13/02/2015	3.2.4.6.1.4.		
Tribunal Superior de Justicia	País Vasco	Sala de lo Civil y Penal	6/2013	sentencia	13/05/2013	3.2.4.6.1.4.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil, Sección Única	433/2003	sentencia	09/05/2003	3.1.4.3.1.3.	3.1.4.3.1.3.	
Tribunal Supremo		Sala 1ª de lo Civil	429/2009	sentencia	22/06/2009	2.6.2	4.2.6.2.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	07/07/1924	3.1.4.3.1.2.		

Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	08/07/1930	3.1.4.3		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	07/10/1931	3.1.4.3.1.1.3.2.1		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	11/04/1932	3.2.4.6.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	13/05/1933	3.2.4.6.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	06/06/1933	3.1.4.3.1.1.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	28/10/1933	3.1.4.3.1.2.1.1.4		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	16/11/1933	3.1.4.3.1.2.1.2.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	11/05/1934	3.2.4.6.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	23/03/1940	3.2.4.6.1.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	09/04/1941	3.1.4.3.1.1.	3.2.4.4.	3.2.4.7.
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	10/05/1941	3.1.4.3.1.1.3.2.1	3.2.4.4.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	06/12/1941	3.1.4.3.1.1.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	06/04/1942	3.2.4.6.1.2.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	09/10/1943	3.3.2.3.3.3.1.4.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	19/02/1944	3.2.2.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	17/06/1944	3.1.4.3.1.2.1.1.1	3.2.4.6.1.1.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	26/02/1946	3.1.4.3.1.	3.1.4.3.1.2.5.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	02/10/1946	3.1.4.3.1.2.1.1.4		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	14/10/1947	3.1.4.3.1.2.1.1.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	09/12/1949	2.3	3.2.4.2.1.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	23/03/1950	3.2.4.1.		

Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	29/04/1952	3.1.4.3.1.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	21/01/1953		3.1.4.3.1.2.1.2.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	27/01/1953	3.1.4.3.1.2.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	29/04/1953			
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	28/05/1953			
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	07/07/1953	3.1.4.3.1.1.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	14/10/1953			
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	09/11/1953	3.1.4.3.1.1.3.1		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	11/05/1954	3.2.4.6.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	26/02/1956			
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	15/10/1956	3.1.4.3.1.2.1.2.	3.1.4.3.1.2.3.	3.2.3.2.1.
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	27/12/1956	3.2.4.6.1.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	21/01/1961	3.1.4.3.1.1.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	03/05/1961	3.1.4.3.1.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	26/10/1961	3.2.4.6.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	28/02/1962	3.1.4.3.1.2.1.1.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	13/04/1962	3.2.2.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	04/05/1962	3.1.4.3.1.2.1.1.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	16/05/1962	3.3.2.3.3.3.1.4.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	18/10/1962	3.2.4.6.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	28/10/1963		3.1.4.3.1.2.1.2.	

Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	02/01/1964	3.1.4.3.1.1.3.2.1	3.1.4.3.1.1.3.1	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	04/06/1965	3.1.4.3.1.1.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	04/06/1965			
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	18/06/1966	3.1.4.3.1.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	13/10/1966	3.2.4.2.	3.2.4.3.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	23/05/1967	3.2.4.6.	3.3.2.3.3.3.1.4.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	13/06/1967	3.3.2.3.3.3.1.4.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	16/02/1968	3.2.4.2.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	15/02/1969	3.2.4.6.	3.2.4.6.1.2.1	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	07/07/1969	3.1.4.3.1.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	24/01/1970	3.2.4.2.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	21/02/1970	3.1.4.3.1.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	28/03/1970	3.3.2.3.3.3.1.4.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	17/11/1970	3.2.4.6.1.2.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	14/06/1971	3.2.4.4.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	14/07/1971	3.2.4.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	22/01/1972	3.1.4.3.1.2.1.1.2	3.1.4.3.1.2.1.1.4.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	19/12/1972	3.2.4.6.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	22/10/1973	3.2.4.6.1.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	14/03/1974	3.1.4.3		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	21/01/1975	3.1.4.3.1.2.2.		

Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	25/04/1975	3.1.4.3.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	14/04/1976	3.2.4.4.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	02/02/1978	3.2.4.6.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	25/05/1979	3.2.3.2.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	04/06/1980	3.1.4.3.1.1.3.	3.2.4.6.1.3.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	19/06/1980	2.3		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	31/03/1981	3.1.4.3.1.1.3.2.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	01/04/1981	3.3.2.3.3.1.4.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	07/05/1981	2.3		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	30/12/1981	2.3		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	16/02/1982	3.2.4.6.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	18/03/1982	2.3		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	13/07/1982	3.2.4.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	25/10/1982	3.2.4.6.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	04/02/1983	3.2.4.6.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	08/10/1984	2.6.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	29/11/1985	2.6.2	3.2.4.3.	3.2.4.4.
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	14/07/1986	3.2.2.1	3.2.4.6.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	19/09/1986	2.3		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	13/10/1986	3.1.4.3.1.2.1.1.3		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	24/10/1986	2.6.2	3.2.3.2.1.	

Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	01/12/1986	3.2.2.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	06/03/1987	3.1.4.3.1.2.1.2.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	10/03/1987	2.3		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	16/03/1987	3.1.4.3.1.1.3.	3.2.4.6.	3.3.2.3.3.3.1.4.
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	12/06/1987	2.6.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	19/09/1987	3.2.4.4.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	25/09/1987	3.2.4.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	13/11/1987	3.2.3.2.1.	3.2.2.1.	3.2.3.2.1.
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	11/12/1987	3.1.4.3.1.1.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	05/02/1988	2.5		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	11/03/1988	2.3		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	17/03/1988	3.1.4.3.1.1.3.	3.2.4.6.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	05/05/1988	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	23/09/1988	2.3		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	06/02/1989	3.2.4.3.	3.2.4.5.1.2.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	08/02/1989	3.2.3.2.7.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	02/03/1989	3.2.4.5.1.2.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	03/03/1989	1.1		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	29/03/1989	3.2.4.5.1.2.	3.1.4.3.1.2.1.1.2.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	14/07/1989	3.1.4.3.1.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	17/07/1989	3.3.2.3.3.3.1.4.		

Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	20/11/1989	3.1.4.3.1.2.1.1.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	02/02/1990	3.2.2.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	20/03/1990	3.1.4.3.1.1.3.2.1		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	21/03/1990	3.2.4.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	11/11/1990	3.3.2.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	07/05/1991	2.6.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	22/10/1991	2.6.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	13/04/1992	2.6.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	100/1994	sentencia	15/02/1994	3.2.4.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	29/03/1994	2.6.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	22/06/1995	2.6.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	12/06/1996	3.3.3.1.2.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	29/11/1996	3.2.2.1.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	25/09/1997	2.6.2		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	833/1997	sentencia	04/10/1997	3.2.4.1.	3.1.4.3.1.3.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	20/10/1997	3.2.4.6.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	17/02/1998	2.6.2	3.1.4.3.1.2.1.2.	3.1.4.3.1.3.
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	355/1998	sentencia	18/04/1998	3.1.4.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		Auto	26/05/1998	3.1.4.3.1.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		Auto	14/07/1998	3.1.4.3.1.3.	3.2.4.5.1.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		Auto	29/09/1998	3.1.4.3.1.3.		

Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	966/1998	sentencia	27/10/1998	3.1.4.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	490/1999	sentencia	26/04/1999	2.6.2	3.1.4.3.1.3.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	490/1999	sentencia	01/06/1999	3.1.4.1.	3.1.4.3.1.3.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	1042/1999	sentencia	11/12/1999	3.1.4.1.	3.2.4.5.1.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		Auto	18/04/2000	3.1.4.3.1.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		Auto	20/06/2000	3.2.4.5.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	1159/2000	sentencia	15/12/2000	3.2.2.1.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	223/2001	sentencia	13/03/2001	3.2.4.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	245/2002	sentencia	18/03/2001	3.1.4.3.1.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	724/2001	sentencia	13/07/2001	3.1.4.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	790/2001	sentencia	23/07/2001	3.1.4.3.1.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	952/2001	sentencia	18/10/2001	3.2.2.	3.1.4.3.1.3.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	1139/2001	sentencia	30/11/2001	3.1.4.3.1.2.1.2.	3.1.4.3.1.3.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	245/2002	sentencia	18/03/2002	3.1.4.1.	3.1.4.3.1.3.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	64/2003	sentencia	06/02/2003	3.1.4.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	688/2003	sentencia	03/07/2003	3.1.4.1.	3.1.4.3.1.3.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	771/2003	sentencia	26/07/2003	3.1.4.1.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	07/10/2003	3.2.4.5.1.	3.2.4.5.1.	
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		Auto	14/10/2003	3.1.4.3.1.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	464/2014	sentencia	08/09/2014	3.2.4.5.1.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil	355/1998	sentencia	310/1998	3.2.2.1.1.		

Tribunal Supremo		Sala de lo Civil		sentencia	7/7/1053			
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil, Sección Única	688/2003	sentencia	07/03/2003	3.1.4.3.1.3.		
Tribunal Supremo		Sala de lo Civil, Sección Única	1000/2003	sentencia	30/10/2003	3.1.4.1.		

APENDICE 2

**TEXTOS COORDINADOS DE LAS LEYES DE ARBITRAJE DE 1988
Y DE 2003, CON LAS MODIFICACIONES DE 2011**

TÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. Ámbito de aplicación.

1. La presente Ley 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.
2. Las normas contenidas en los apartados 3, 4 y 6 del artículo 8⁶⁹², en el artículo 9⁶⁹³, excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23 y en los Títulos VIII y IX de esta Ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España.
3. La presente Ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes.
4. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley los arbitrajes laborales.

Visión general del artículo 1

El artículo 1 determina el ámbito de aplicación de la Ley sobre la base de los siguientes criterios. En primer lugar, se dejan a salvo, como no podía ser de otro modo, las disposiciones contenidas en convenios internacionales de los que España sea parte.

En segundo lugar, en lo que respecta a la contraposición entre arbitraje ordinario y arbitrajes especiales, esta Ley pretende ser una Ley general, aplicable, por tanto, íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial; pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo en lo que sus especialidades se opongan a lo previsto en esta Ley o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad.

⁶⁹² **Artículo 8. Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje.** 3. Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 4. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, el previsto en el artículo 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. 6. Para el exequátur de laudos extranjeros será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros

⁶⁹³ **Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral.** 1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. 3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. 4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior. 5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra. 6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si 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.

En tercer lugar, en lo que respecta a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, esta Ley opta claramente por una regulación unitaria de ambos. 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. Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. 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 CNUDMI/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. La presente 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.

En cuarto lugar, la delimitación del ámbito de aplicación de la Ley es territorial. No obstante, hay determinados preceptos, relativos a ciertos casos de intervención judicial, que deben aplicarse también a aquellos arbitrajes que se desarrollen o se hayan desarrollado en el extranjero. El criterio, en todo caso, es también territorial, puesto que se trata de normas procesales que han de ser aplicadas por nuestros tribunales.

Enmiendas al artículo 1

La ENMIENDA NUM. 2 del GPMX propuso añadir al final del párrafo un texto del siguiente tenor: «... y de consumo.», para mejorar la redacción. En el mismo sentido, la ENMIENDA NUM. 39 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) proponía la siguiente redacción: «1.La presente Ley se aplicará a los arbitrajes cuya sede se halle dentro /.../.» «4.Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley los arbitrajes laborales y los de consumo.». Como también lo hacía la ENMIENDA NUM. 55 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), que proponía idéntica redacción.

La justificación para ello se encuentra en que “El modelo propuesto es extremadamente liberal en la medida en que se deja todo a la voluntad de las partes --pensando siempre en que se trata de comerciantes-- por lo que es necesario excluir del ámbito de aplicación de esta Ley los arbitrajes de consumo, en la que se regula un procedimiento específico que no puede regirse por la absoluta libertad de partes dado que el consumidor está en clara situación de desequilibrio”. En este sentido, se afirma que “Los principios y criterios que deban informar la regulación de las materias que afectan a los consumidores y usuarios está alejada de los principios que informan esta Ley que trata igual a las partes en la controversia cuando es evidente que cuando una de las partes es un consumidor suele haber siempre un desequilibrio.”

Las ENMIENDAS NUM. 71 y 72 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) propuso la siguiente redacción, con la justificación de mejorar la redacción: «1.La presente Ley se aplicará a los arbitrajes si el lugar de estos es el 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.»; (Nuevo párrafo segundo del apartado 1.) «Ello no obstante, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, podrán establecer particularidades derivadas de su derecho sustantivo o de las

especialidades propias de su organización dentro del marco del régimen jurídico del sistema general de arbitraje que establece esta ley.»

La justificación para esa redacción del segundo párrafo era que “Algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Catalunya (artículo 9.3 del Estatuto de Autonomía de Catalunya), tienen competencia exclusiva en materia de normas procesales y de procedimiento administrativo que se deriven de las peculiaridades de su propio derecho sustantivo o de las especialidades de su organización. El arbitraje, como ha declarado de forma reiterada el Tribunal Constitucional, entre otras, la sentencia 15/1989 (FJ 9.b) y 62/1994 (FJ 5), es materia propia de la legislación procesal civil, por lo que es necesario que se reconozca de forma explícita de las Administraciones con un derecho civil propio, como es el caso de Catalunya, para regular las peculiaridades derivadas del propio derecho sustantivo o de las especialidades de su organización.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 1.1., el 3.1

1. El arbitraje para ser válido debe ajustarse a las prescripciones de esta Ley.

Para el 1.3, el 61, 62 y 63

Art61

La validez del convenio arbitral y sus efectos se rigen por la Ley expresamente designada por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia; en su defecto, por la ley aplicable a la relación de la que derive la controversia; en defecto de ésta, por la ley del lugar en el que deba dictarse el laudo y, si éste no estuviese determinado, por la ley del lugar de celebración del convenio arbitral.

Art62

En el arbitraje de Derecho, los árbitros resolverán conforme a la ley designada expresamente por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia; en su defecto, conforme a la ley aplicable a la relación de la que derive la controversia y, en último término, de acuerdo con la más apropiada a las circunstancias de la misma.

Art63

En lo demás se estará a lo dispuesto en el Título Preliminar del Código Civil respecto del convenio, procedimiento y laudo.

Para el 1.3, la Disposición adicional primera

D.A. Primera

1. La presente Ley será de aplicación a los arbitrajes a que se refieren la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios; el artículo 34, 2, de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de ordenación del seguro privado; la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, y el artículo 143 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en todo lo no previsto en las mismas y en las disposiciones que las desarrollan. No obstante, no será precisa la protocolización notarial del laudo, que dictará por los órganos arbitrales previstos en dichas normas.

Para el 1.4, el 2.2

Art2

2. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley los arbitrajes laborales.

Artículo 2. Materias objeto de arbitraje.

1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho.
2. 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

Visión general del artículo 2

El artículo 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta Ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales.

Respecto de las materias objeto de arbitraje se introduce también la regla, para el arbitraje internacional, de que los Estados y entes dependientes de ellos no puedan hacer valer las prerrogativas de su ordenamiento jurídico. Se pretende con ello que, a estos efectos, el Estado sea tratado exactamente igual que un particular.

Enmiendas al artículo 2

Los Senadores de IU (Mixto) propusieron añadir un nuevo apartado 2 (pasando el apartado 2 a 3) con un texto del siguiente tenor: «2.No podrán ser objeto de arbitraje: a)Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo aspectos derivados de su ejecución. b) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.» La justificación para ello fue que “Resulta necesario completar el texto haciendo mención expresa a aquellas cuestiones, si bien disponibles por las partes pero sobre las que ha recaído sentencia firme, bien en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación de quien no puede hacerlo por sí mismo”.

En esta misma línea la ENMIENDA NUM. 29 Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) proponía añadir un nuevo párrafo con la siguiente redacción: «No podrán ser objeto de arbitraje: a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición c) Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.»

Como argumento para ello señalaban que “Tal y como explicita el informe de la Fiscalía General del Estado y una gran parte de la doctrina, es más acorde con el principio de seguridad jurídica

citar y delimitar en el proyecto las materias que no pueden reconducirse a una solución arbitral, y entre ellas las que el artículo 2 de la vigente Ley 36/1998 establece.”

La ENMIENDA NUM. 40 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) y la ENMIENDA NUM. 56 del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) coinciden plenamente con la anterior, con la diferencia de que propone adicionalmente añadir el siguiente párrafo: “3. También será válido el arbitraje constituido por disposiciones testamentarias para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.»

Como justificación en relación a la delimitación de la materia arbitrable señalan que “Todavía hoy imperan demasiadas interrogantes en este ámbito. Sobre todo en lo que a la relación «arbitrabilidad de la materia versus fueros de competencia judicial internacional exclusivos» se refiere. Así por ejemplo, a la luz de la delimitación genérica que hace este artículo del Proyecto, ¿serían susceptibles de ser sometidas a arbitraje las materias previstas en los fueros de competencia judicial internacional exclusivos que regula el Reglamento 44/2001/CE? O dicho de otro modo, ¿podrían dos personas con residencia habitual en España someter a arbitraje una controversia surgida en torno a un contrato de arrendamiento de un bien inmueble sito en el extranjero, cuando, precisamente, el citado Reglamento comunitario prevé la competencia exclusiva de los tribunales del Estado donde dicho bien está sito? Y, ¿qué ocurriría si ese mismo inmueble estuviere sito en nuestro país? Sea cual fuera la interpretación correcta, lo cierto es que la redacción propuesta en el apartado 1 conlleva un alto grado de inseguridad jurídica, inseguridad que en ningún caso debe mantenerse respecto de las materias que quedan excluidas de la posibilidad de ser sometidas a arbitraje.” Y, en relación con el párrafo relativo al arbitraje testamentario, señalan que “es este contexto donde, en nuestra opinión, tiene cabida el actual artículo 10 del Proyecto --«arbitraje testamentario»--, pues en la redacción actual está inserto en un Título --intitulado «Del convenio arbitral y sus efectos»-- que no le corresponde.”

Por su parte, la ENMIENDA NUM. 73 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) proponía la siguiente redacción: «1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, incluidas las controversias que tengan un contenido o naturaleza patrimonial, conforme a Derecho.». La justificación de esta redacción, en la que se incluye expresamente “incluidas las controversias que tengan un contenido o naturaleza patrimonial”, se encuentra en que “El contenido del artículo 2.1 del proyecto reitera el del artículo 1 de la Ley de 1988 actualmente vigente, el cual limita el arbitraje a las materias de libre disposición conforme a Derecho.

A su juicio, “Esta definición del ámbito material de aplicación del arbitraje ha dado lugar en la práctica a numerosas dudas sobre la aplicación de esta forma de resolución de los conflictos en materia de derecho de sociedades, de la competencia, de la propiedad intelectual e industrial, ya que alguna doctrina considera que estas materias están reguladas por derecho imperativo sin que las partes tenga libre disposición, por lo cual no es posible resolver la conflictividad por vía del arbitraje.

El derecho económico o de carácter patrimonial contiene cada vez más normas de carácter imperativo, por lo que el ámbito de aplicación que se propone en el proyecto supone que prácticamente la totalidad de las controversias de carácter patrimonial no puedan someterse al arbitraje. En la misma línea que el Derecho comparado (Alemania; Austria), es conveniente abrir la vía arbitral como solución a las controversias de carácter económico o patrimonial. Además para salvaguardar el peligro que los árbitros apliquen mal el derecho imperativo, se puede prever de

forma expresa como un motivo de anulación del laudo la infracción de las normas de derecho imperativo.”

Subsidiariamente el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) planteó la ENMIENDA NUM. 74, que proponía la siguiente redacción:

«1.Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. No podrán ser objeto de arbitraje: a) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición. b) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos. c) Los arbitrajes laborales.»

Esta enmienda sigue la línea de las anteriores, además de ajustarse al informe de la Fiscalía General del Estado, incorporando como novedad la mención a los arbitraje laborales.

Artículo equivalente en la Ley 36/88

Para el 2.1, el 1 y el 2.1

Art1

Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho.

Art2

1. No podrán ser objeto de arbitraje:

- a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.
- b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.
- c) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.

Artículo 3. Arbitraje internacional.

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes;
- b) que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimane la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios;
- c) que la relación jurídica de la que dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.

Visión general del artículo 3

El artículo 3 regula la determinación del carácter internacional del arbitraje, que resulta relevante para la aplicación de aquellos artículos que contienen reglas especiales para los arbitrajes internacionales que se desarrollen en nuestro territorio. Así, se establece por primera vez en nuestro ordenamiento en qué casos un arbitraje es internacional; lo que debe facilitar la interpretación y aplicación de esta Ley en el contexto del tráfico jurídico internacional. Además, debe tenerse en cuenta que existen convenios internacionales cuya aplicación exige una definición previa del arbitraje internacional. La determinación del carácter internacional del arbitraje sigue sustancialmente los criterios de la Ley Modelo. A éstos resulta conveniente añadir otro: que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a los intereses del comercio internacional. Se trata de un criterio ampliamente desarrollado en otros ordenamientos, con el que se pretende dar cabida a supuestos en que, aunque no concurren los elementos anteriormente establecidos por la Ley, resulte indudable su carácter internacional a la luz de las circunstancias del caso. Por otra parte, la Ley evita la confusión que la pluralidad de domicilios de una persona, admitida en otros ordenamientos, podría causar a la hora de determinar si un arbitraje es internacional o no.

Enmiendas al artículo 3

No se presentaron

Artículo equivalente en la Ley 36/88

Esta regulación se realiza ex novo

Artículo 4. Reglas de interpretación.

Cuando una disposición de la presente Ley:

- a) deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión, excepto en el caso previsto en el artículo 34⁶⁹⁴;
- b) se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido;

⁶⁹⁴ **Artículo 34. Normas aplicables al fondo de la controversia.** 1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas. 3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables.

c) se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvencción, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción, excepto en los casos previstos en el literal a) del artículo 31⁶⁹⁵ y en el literal a) del apartado 2 del artículo 38⁶⁹⁶.

Visión general del artículo 4

El artículo 4 contiene una serie de reglas de interpretación, entre las que tienen especial relevancia las que dotan de contenido a las normas legales dispositivas de esta Ley mediante la remisión, por voluntad de las partes, a la de una institución arbitral o al contenido de un reglamento arbitral. Así, la presente Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral, que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral. En este sentido, la expresión institución arbitral hace referencia a cualquier entidad, centro u organización de las características previstas que tenga un reglamento de arbitraje y, conforme a él, se dedique a la administración de arbitrajes. Pero se precisa que las partes pueden someterse a un concreto reglamento sin encomendar la administración del arbitraje a una institución, en cuyo caso el reglamento arbitral también integra la voluntad de las partes.

Enmiendas al artículo 4

No se presentaron

Artículo equivalente en la Ley 36/88

Para 4.a), el 9.2 y el 10.1

Art9

2. Las partes podrán deferir a un tercero, ya sea persona física o jurídica, la designación de los árbitros.

Art10

1. Las partes podrán también encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, de acuerdo con su reglamento, a:

⁶⁹⁵ **Artículo 31. Falta de comparecencia de las partes.** Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros, a) el demandante no presente su demanda en plazo, los árbitros darán por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión;

⁶⁹⁶ **Artículo 38. Terminación de las actuaciones.** 2. Los árbitros también ordenarán la terminación de las actuaciones cuando: a) el demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y los árbitros le reconozcan un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio;

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

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

Para el 4.b) y el 4.c)

Se regulan ex novo

Artículo 5. Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos.

Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial, se aplicarán las disposiciones siguientes:

a) Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax, u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.

b) Los plazos establecidos en la presente Ley se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere festivo en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Cuando dentro de un plazo haya de presentarse un escrito, el plazo se entenderá cumplido si el escrito se remite dentro de aquél, aunque la recepción se produzca con posterioridad. Los plazos establecidos por días se computarán por días naturales.

Visión general del artículo 5

El artículo 5 establece las reglas sobre notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos, que se aplican tanto a las actuaciones tendentes a poner en marcha el arbitraje como al conjunto de su tramitación. Se regulan la forma, el lugar y el tiempo de las notificaciones y comunicaciones. Respecto del cómputo de los plazos por días, se dispone que se trata de días naturales. Esta regla no es aplicable en el seno de los procedimientos judiciales de apoyo o control del arbitraje, en que rigen las normas procesales, pero sí a los plazos establecidos, en su caso, para la iniciación de dichos procedimientos, como, por ejemplo, el ejercicio de la acción de anulación del laudo.

Enmiendas al artículo 5

La ENMIENDA NÚM. 59, cuyo PRIMER FIRMANTE fue el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, tras su aceptación supuso que se incorporara un inciso a la letra a) del artículo 5 con la siguiente redacción: "Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax, u otro medio de telecomunicación que deje constancia de su recepción y haya sido designado por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras

una indagación... (igual)". La justificación para ello fue que "Se trata de actualizar el régimen de notificaciones del procedimiento arbitral e incorporar fórmulas que permitan agilizar su tramitación."

En el mismo sentido, fue aceptada la ENMIENDA NÚM. 102 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, que proponía la adición de un párrafo al final del apartado a) con el contenido siguiente: "También se considerará válida la notificación o comunicación realizada por medios electrónicos, telemáticos o infotelemáticos o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron." La inclusión de estas precisas se realiza "en coherencia con las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías que sorprendentemente ignora el Proyecto de Ley, un Proyecto que se dice moderno."

Las ENMIENDAS NUM. 75, 76 y 77 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) propusieron la siguiente redacción: «a) Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario...» (resto igual) «...se considerará recibida el día en que haya sido entregada o **intentada por segunda vez** su entrega de manera infructuosa, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.» «b) Los plazos establecidos en la presente Ley se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación o, en su caso, desde el día siguiente al del intento de entrega de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere festivo en el lugar de recepción o del intento de entrega de la notificación o comunicación, se prorrogará hasta el primer...» (resto igual). «c) (nueva letra). Al formularse por cada parte su primer escrito en el procedimiento designarán un domicilio para recibir notificaciones. Este domicilio sólo podrá modificarse a instancia de la parte interesada manifestada fehacientemente.». Igualmente, propusieron la siguiente precisión con respecto a los plazos por días: «Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación...» (resto igual) «... los plazos establecidos por días se computarán por días naturales.»

La justificación para ello es que "El proyecto asimila la notificación intentada una sola vez a la entregada en determinados supuestos. Esto no ocurre ni tan siquiera en el ámbito del procedimiento administrativo, que exige un segundo intento en día y hora diferentes. Debe tenerse en cuenta que los poderes públicos, cuando tramitan procedimientos de cualquier tipo, disponen de la posibilidad de publicar edictos conteniendo notificaciones, lo cual sin ser muy fiable sí resulta formalmente garantista. Dado que esto tampoco se contempla en el borrador, sí parece razonable prever al menos un doble intento infructuoso de notificación efectiva." Continua señalando que "en coherencia con la previsión del apartado a) de este mismo precepto, de acuerdo con la cual se considerará recibida la notificación y comunicación el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, es necesario tener en cuenta el día del intento de entrega con a «die a quo» para computar los plazos."

En conclusión, afirma que "A efectos prácticos y a fin de evitar problemas que podrían presentarse, se propone la enmienda en la línea actual de la Ley de Enjuiciamiento Civil."

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 5.a), el 15.1, el 22.1, el 24.3, el 25.2 y el 33.2

Art15

1. La designación se comunicará fehacientemente a cada uno de los árbitros para su aceptación.

Art22

1. El procedimiento arbitral comienza cuando los árbitros hayan notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje.

Art24

3. Las partes podrán designar un domicilio para recibir notificaciones. En su defecto, se entenderá como domicilio el del propio interesado o, en su caso, el de su representante.

Art25

2. No obstante, los árbitros fijarán a las partes plazos preclusivos para formular las alegaciones.

Art33

2. El laudo se protocolizará notarialmente y será notificado de modo fehaciente a las partes.

Para el 5.b), el 15.2, el 15.3, el 30.1, el 36.1 y el 36.2

Art15

2. Si los árbitros no hubiesen aceptado por escrito ante quien los designó en el plazo de quince días naturales a contar desde el siguiente a su notificación, se entenderá que no aceptan el nombramiento.

3. En la misma forma y con los mismos efectos se procederá en los casos en que la designación se hiciera por medio de una Corporación o Asociación o en el caso del artículo 9, 2.

Art30

1. Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán dictar su laudo en el plazo de seis meses, contados desde la fecha en que hubieren aceptado la resolución de la controversia o desde el día en que fuera sustituido el último de los componentes del Colegio arbitral. Este plazo sólo podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes, notificado a los árbitros antes de la expiración del plazo inicial.

Art36

1. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación del laudo cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros que corrijan cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o similar o que aclaren algún concepto oscuro u omisión del laudo.

2. Los árbitros resolverán dentro de los diez días siguientes, protocolizarán su decisión notarialmente y harán que se notifique fehacientemente a las partes. Si en el plazo señalado no hubiesen resuelto se entenderá que deniegan la petición.

Artículo 6. Renuncia tácita a las facultades de impugnación.

Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de la presente Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley

Visión general del artículo 6

El artículo 6 contiene una disposición sobre renuncia tácita a las facultades de impugnación, directamente inspirada -como tantas otras- en la Ley Modelo, que obliga a las partes en el arbitraje a la denuncia tempestiva e inmediata de las violaciones de normas dispositivas, esto es, aplicables en defecto de voluntad de las partes.

Enmiendas al artículo 6

La ENMIENDA NUM. 4 De de (GPMX) propuso suprimir el artículo 6 pues entiende que “La redacción del artículo 6 contradice el artículo 6.2 del Código Civil. La renuncia debe ser expresa, clara y terminante. En todo caso debería excluirse de la redacción los trámites judiciales en los que el procedimiento es de derecho necesario y no cabe apreciar renunciaciones tácitas.

Artículo equivalente en la Ley 36/88

Para el 6, el 23

Art23

1. La oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros. inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deber formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales.

Artículo 7. Intervención judicial.

En los asuntos que se rijan por la presente Ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga.

Visión general del artículo 7

El artículo 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.

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Se regula ex novo.

Artículo 8. Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje.

1. Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección.
2. Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.
3. Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban

producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. Para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
5. Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado.
6. Para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos.

Para la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente el Juzgado de Primera Instancia con arreglo a los mismos criterios.

Artículo 8, apartados 1, 4, 5 y 6 modificados por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 21 de Mayo de 2011.

Visión general del artículo 8

El artículo 8 contiene, directamente o por remisión, las normas de competencia objetiva y territorial para el conocimiento de todos los procedimientos de apoyo y control del arbitraje, incluso de aquellos que no se encuentran regulados en esta Ley, sino en la de Enjuiciamiento Civil. Para el exequátur de laudos extranjeros se atribuye competencia a las Audiencias Provinciales, en vez de -como hasta ahora- a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con la finalidad de descargar a ésta y ganar celeridad

Enmiendas al artículo 8

La ENMIENDA NUM. 5 de GPMX propuso añadir un nuevo párrafo con un texto del siguiente tenor: «La asistencia judicial en la práctica de pruebas se regirá por lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El juez podrá establecer el pago de costas y su cuantía por la asistencia judicial prestada al arbitraje mediante resolución motivada.» Como justificación para ello se señala que “Parece lógico que los Tribunales no estén subordinados al árbitro en la realización de trámites judiciales, sino que deben ser los jueces sometidos a la LEC quienes dirijan estas actuaciones en todo caso. Finalmente se debe establecer el pago de costas (o tasa) puesto que no tiene sentido que el arbitraje sea de pago para las partes y sin embargo puedan acudir a los Juzgados para realizar los trámites judiciales específicos sin coste alguno.”

Por su parte, las ENMIENDAS NUM. 41 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) NUM. 57 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) propusieron la adición al final del apartado 2 de lo siguiente: «y será de aplicación a la práctica de las mismas las normas reguladoras de la materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil», con la justificación de “Fijar la normativa aplicable en esta materia que no se determina con claridad ni en este precepto, ni en el artículo 33.”

La ENMIENDA NUM. 78 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de *Convergència i Unió* (GPCIU) propuso la siguiente redacción: «5.Será competente para conocer de la acción de anulación del laudo el **Tribunal Superior de Justicia** del lugar donde aquél se haya dictado.». Para justificarla, señala que el “El criterio competencial que se recoge en este artículo del proyecto es el mismo que el actualmente establece el artículo 46 de la Ley vigente. Los 14 años de aplicación de este criterio competencial han demostrado que la existencia de 50 órganos con competencias determina que no haya criterios uniformes sobre las causas de anulación de los laudos arbitrales. En este sentido, cabe resaltar que no sólo se producen discrepancias entre las diferentes Audiencias sino incluso entre las secciones de una misma Audiencia. En aras a una mayor homogeneidad de criterios, se propone que los órganos competentes para conocer de la acción de anulación de laudo sean los Tribunales Superiores de Justicia.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para 8.1, el 38.1 y el 39.1

Art38

1. Si las partes no se pusieren de acuerdo con la designación de los árbitros, se procederá a instancia de cualquiera de los interesados a la formalización judicial del arbitraje conforme a las reglas establecidas en los artículos siguientes.

Art39

1. Será competente para conocer de la formalización judicial del arbitraje el Juez de Primera Instancia del lugar donde deba dictarse el laudo; en su defecto, a elección del actor, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados.

Para el 8.2, el 27

Art27

Los árbitros podrán solicitar el auxilio del Juez de Primera Instancia del lugar donde se desarrolle el arbitraje, en la forma prevenida en el artículo 43, para practicar las pruebas que no puedan efectuar por sí mismos.

Para el 8.3, el 50

Art50

1. Recurrido el laudo, la parte a quien interese podrá solicitar del Juez de Primera Instancia que fuere competente para la ejecución las medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquél una vez que alcanzare firmeza.

2. El Juez podrá señalar los afianzamientos que considere oportunos en el auto que dicte autorizando la adopción de las medidas, que no será susceptible de recurso.

3. La petición se formulará por escrito, acompañando copia del laudo y el Juez resolverá en el plazo de tres días, previa comparecencia de las partes.

4. Las medidas cautelares se mantendrán hasta la resolución del recurso de anulación.

Para el 8.4, el 53

Art53

El laudo es eficaz desde la notificación a las partes. Transcurrido el plazo señalado en el artículo 46, 2, sin que el laudo haya sido cumplido, podrá obtenerse su ejecución forzosa, ante el Juez de

Primera Instancia del lugar en donde se haya dictado, por los trámites establecidos para la ejecución de sentencias firmes con las especialidades de los artículos siguientes.

Para el 8.5, el 46.1

Art46

1. El conocimiento del recurso de anulación corresponderá a la Audiencia Provincial del lugar donde se hubiere dictado el laudo.

Para el 8.6, el 57

Art57

La ejecución de los laudos arbitrales extranjeros se solicitará ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por cualquiera de las partes.

TÍTULO II

Del convenio arbitral y sus efectos

Visión general

El Título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta Ley. En líneas generales, la Ley trata de perfeccionar la legislación anterior, precisando algunos puntos que se habían revelado problemáticos.

Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral.

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si 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.

Visión general del artículo 9

Han de destacarse algunas novedades introducidas respecto de los requisitos de forma del convenio arbitral. La Ley refuerza el criterio antiformalista. Así, aunque se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito y se contemplan las diversas modalidades de constancia escrita, se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior. Se da así cabida y se reconoce la validez al uso de nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías. Se consagra también la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Asimismo, la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma. En lo que respecta a la ley aplicable al convenio arbitral, se opta por una solución inspirada en un principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. De este modo, basta que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos señalados en el apartado 6 del artículo 9: las normas elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español.

Enmiendas al artículo 9

La ENMIENDA NUM. 30 del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) propuso la adición de un nuevo párrafo con la siguiente redacción: «Además en el arbitraje internacional para que el convenio sea valido deberá celebrarse o confirmarse de alguna de las siguientes formas: a) En alguna de las formas previstas en los apartados 3 y 4 del presente artículo. b) En una forma que se ajuste a los hábitos o usos establecidos entre las partes. c) En el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieran conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.» Como justificación para ello señala “La redacción que se propone sigue los criterios previstos por el Convenio de Bruselas de 22 de diciembre de 2000, vigente en la Unión Europa, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, por lo que de esta forma se unifican criterios ya vigentes.”

La ENMIENDA NUM. 42 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) así como ENMIENDA NUM. 58 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) y la ENMIENDA NUM. 79 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU), seguían esa misma línea y propusieron la inclusión del siguiente párrafo: «6.En el comercio internacional, será válido el convenio arbitral celebrado en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.» Señalan como justificación que “La verdadera razón de ser de este precepto es la de consagrar los criterios de validez del convenio arbitral tradicionalmente aceptados en los usos mercantiles. En nuestra opinión, para dar cabida a los usos mercantiles como criterio para evaluar la validez del convenio arbitral, bastaría con decirlo expresamente en la norma. Esto es, regulando desde una perspectiva material; renunciando a la técnica conflictual. Un ejemplo en este sentido nos lo brinda el artículo 23.1 c) del Reglamento 44. Su incorporación nos permite tener en cuenta la relevante jurisprudencia del TJCE en la materia, circunstancia que, a su vez, aporta en un alto grado de uniformidad y seguridad jurídica. A mayor abundamiento, debe recordarse que en el Derecho comparado la regulación del convenio arbitral se hace mediante una norma imperativa no disponible para las partes.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 9.1, el 5.1

Art5

1. El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión.

Para el 9.2, el 5.2

2. Si el convenio arbitral se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión. la validez de este pacto y su interpretación se acomodarán a lo prevenido por las disposiciones en vigor respecto de estas modalidades de contratación.

Para el 9.3, 9.4 y 9.5, el 6.1 y 6.2

Art6

1. El convenio arbitral deberá formalizarse por escrito y podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo.

2. Se entenderá que el acuerdo se ha formalizado por escrito no sólo cuando esté consignado en un único documento suscrito por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

Para el 9.6, el 61

Art61

La validez del convenio arbitral y sus efectos se rigen por la Ley expresamente designada por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia; en su defecto, por la ley aplicable a la relación de la que derive la controversia; en defecto de ésta, por la ley del lugar en el que deba dictarse el laudo y, si éste no estuviese determinado, por la ley del lugar de celebración del convenio arbitral.

Artículo 10. Arbitraje testamentario.

También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.

Enmiendas al artículo 10

La ENMIENDA NUM. 44 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) y la ENMIENDA NUM. 59 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) propuso la supresión de este artículo “en coherencia con la enmienda al artículo 2 que introduce un nuevo apartado 3.”, ya que en el mismo se recogía el arbitraje testamentario.

Visión general del artículo 10

Para el 10, el 7

Art7

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

Artículo 11. Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal.

1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda.

2. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.
3. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.

ARTÍCULO 11 BIS

Arbitraje estatutario

1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.
2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.
3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.

ARTÍCULO 11 TER

Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles

1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El Boletín Oficial del Registro Mercantil publicará un extracto.
2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

Artículo 11, apartado 1 modificado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 21 de Mayo de 2011. Artículo 11 bis y ter introducidos por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 21 de Mayo de 2011.

Visión general del artículo 11

La Ley mantiene los llamados efectos positivo y negativo del convenio arbitral. Respecto de este último, se mantiene la regla de que debe ser hecho valer por las partes y específicamente por el demandado a través de la declinatoria. Además, se precisa que la pendencia de un proceso judicial en el que se haya interpuesto declinatoria no impide que el procedimiento arbitral se inicie o prosiga; de modo que la incoación de un proceso judicial no puede ser sin más utilizada con la finalidad de bloquear o dificultar el arbitraje. Y se aclara que la solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone en modo alguno renuncia tácita al arbitraje; aunque tampoco hace actuar sin más el efecto negativo del convenio arbitral. Con ello se despeja cualquier duda que pudiere subsistir acerca de la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado. Esta posibilidad es indudable a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero es importante que se recoja también en la legislación de arbitraje. Además, da cobertura a una eventual solicitud de medidas cautelares ante un tribunal extranjero respecto de un arbitraje regido por la ley española.

Enmiendas al artículo 11

La ENMIENDA NUM. 6 de GPMX así como la ENMIENDA NUM. 31 Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) y la ENMIENDA NUM. 80 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) propuso añadir un nuevo párrafo con un texto del siguiente tenor: «En el caso de que el arbitraje esté previsto para una pluralidad de partes la renuncia de una de ellas a la aplicación del convenio arbitral no afectará a las partes restantes.» , lo que hubiera permitido “incluir la renuncia en el caso de relaciones multipartes, de forma que para el caso de que una de ellas renuncie a la aplicación del convenio arbitral no afecte a las partes restantes.”, pues «En el caso de que el arbitraje esté previsto dentro de una relación multipartes, la renuncia de una de ellas a la aplicación del convenio arbitral no afectará a las demás partes.», ya que “se incorpora una regla común que independiza las decisiones de las distintas partes que se cohonestan en un proceso arbitral, mejorando la técnica jurídica del texto”, dando respuesta a la “Necesidad de prever el supuesto.”

Por su parte, la ENMIENDA NUM. 81 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) pretendió modificar el apartado 2 del artículo 11, con el fin de “Flexibilizar la radicalidad del precepto y acomodarlo al artículo 64 de la LEC”, proponiendo la siguiente redacción: «2.La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales, salvo por decisión del Tribunal arbitral. La suspensión del procedimiento arbitral producida por la alegación previa de la declinatoria no obstará a que el Tribunal arbitral ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancias de parte legítima, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba, así como de medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para los promotores, salvo que las partes presentasen caución bastante para responder de los daños y perjuicios que deriven de la tramitación de una declinatoria desprovista de fundamento.»

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 11.1, el 11.11

Art11

1. El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque inmediatamente a la oportuna excepción.

Para el 11.2

Se regula ex novo

Para el 11.3, el 11.2

Art11

2. Las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción.

TÍTULO III

De los árbitros

El Título III se dedica a la regulación de la figura del árbitro o árbitros. La Ley prefiere las expresiones árbitro o árbitros a la de tribunal arbitral, que puede causar confusión con los tribunales judiciales. Además, en la mayor parte de los preceptos la referencia a los árbitros incluye tanto los supuestos en que hay un colegio arbitral como aquellos en los que el árbitro es único.

Artículo 12. Número de árbitros.

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro.

Visión general del artículo 12

La Ley opta por establecer que a falta de acuerdo de las partes se designará un solo árbitro. Es ésta una opción guiada por razones de economía.

Enmiendas al artículo 12

No se presentaron

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 12, el 13

Art13

El número de árbitros, que será siempre impar, y las reglas para el nombramiento del Presidente del Colegio Arbitral, en el caso de ser varios, se fijarán por las partes de común acuerdo. A falta de acuerdo los árbitros serán tres y el Presidente del Colegio Arbitral será elegido por mayoría por los propios árbitros. Si éstos no llegaren a un acuerdo ejercerá como Presidente el árbitro de mayor edad. Cuando la administración del arbitraje se haya encomendado a una Corporación o Asociación la designación de Presidente se hará de acuerdo con su reglamento.

Artículo 13. Capacidad para ser árbitro.

Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

Visión general del artículo 13

En cuanto a la capacidad para ser árbitro, se opta por el criterio de la mayor libertad de las partes, como es hoy la regla general en los países más avanzados en materia de arbitraje: nada impone la Ley, salvo que se trate de personas naturales con capacidad de obrar plena.

Enmiendas al artículo 13

La ENMIENDA NUM. 7 de GPMX propuso sustituir el texto del artículo 13 por uno del siguiente: “Pueden ser árbitros las personas físicas que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, y ostenten la condición de abogados en ejercicio con al menos cinco años de experiencia profesional.», exponiendo que esa redacción “evita interpretaciones sobre el concepto de persona natural, siendo más apropiado restringir la capacidad para ser árbitro a las personas físicas que cumplan determinados requisitos tales como que sea abogado en ejercicio con al menos 5 años de experiencia.”

La ENMIENDA NUM. 43 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) y la ENMIENDA NUM. 60 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) pretendió incorporar nuevo apartado 2 con el contenido siguiente: «1. /.../ para que actúe como árbitro. No podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un Juez, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.2 y 3. Tampoco podrán ser designados árbitros en el supuesto del artículo 14.1 quienes hubieren incumplido su encargo dentro del plazo establecido o su prórroga o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales.

2. Cuando la controversia haya de decidirse con arreglo a Derecho, los árbitros habrán de ser abogados con, al menos, cinco años de ejercicio ininterrumpido de la profesión o con una especialización en la materia a la que el arbitraje se refiera acreditada por el Colegio de Abogados al que pertenezca o por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.» De este modo, se pretendía “Precisar más la materia referida a las causas por las que una persona no puede ser designado árbitro, conforme a lo que es la tradición jurídica en nuestro derecho que no se corresponde precisamente con el contenido del artículo 17. De otra parte, es esencial que la Ley determine expresamente que sólo los profesionales del Derecho pueden decidir con arreglo a Derecho y, además, que dentro de las distintas profesionales jurídicas, la capacidad para ser árbitro se limite a quienes ejercen la abogacía, con un mínimo de experiencia.”

Se llama la atención a que “El silencio de la Ley sobre este particular puede tener efectos muy negativos porque posibilitaría que otros profesionales jurídicos distintos de los abogados pudieran ser nombrados árbitros. Esta posibilidad, ciertamente, estaría vedada para los Jueces y Magistrados, pero no por razón de la propia Ley de Arbitraje, sino por la legislación específicamente aplicable al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Pero no estaría vedada a aquellos otros profesionales jurídicos que ejercitan funciones públicas, como es el caso de los Notarios y de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Se trata de dos Cuerpos extraordinariamente prestigiosos, pero, precisamente por esta razón, es necesario adoptar aquellas medidas oportunas para impedir, por ejemplo, que el Notario autorizante de las

escrituras sugiera a las partes y obtenga de ellas la aquiescencia para introducir una cláusula por cuya virtud las controversias que se planteen en la interpretación o en la ejecución de lo pactado sean resueltas por el propio Notario. Este tipo de cláusulas podrían ir en demérito de la independencia que corresponde a los prestadores de la fe pública, y de ahí la oportunidad de que la Ley contenga una norma que limite a los abogados la capacidad para ser árbitros en los arbitrajes de Derecho. Al mismo tiempo, resulta igualmente oportuno exigir algún grado de experiencia profesional. De entre las distintas técnicas a las que puede recurrir la legislación, se propone exigir un mínimo ejercicio de esa profesión de abogado o la especialización, siempre que la misma resulte acreditada.”

Artículos relacionados en la Ley 36/88

Para el 13, el 12.1 y el 14

Art12

1. Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen, desde su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles

Art14

El nombramiento de los árbitros en el supuesto del artículo 10, 1, se efectuará conforme a los reglamentos de la Corporación o Asociación, siempre que se respeten los requisitos exigidos en la presente Ley y sin que puedan ser designados árbitros quienes hubieren incumplido su encargo dentro del plazo establecido o su prórroga o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales.

Artículo 14. Arbitraje institucional.

1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:

- a. Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.
- b. Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.

3. Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia.

Artículo 14, apartado 1, letra a) modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 21 de Mayo de 2011. Artículo 14, apartado 3 añadido por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 21 de Mayo de 2011.

Visión general del artículo 14

Serán las partes directamente o las instituciones arbitrales las que con total libertad y sin restricciones -no adecuadas a la realidad del arbitraje- designen a los árbitros. Sólo para los casos en que resulte necesario suplir la voluntad de las partes, la Ley prevé y regula las situaciones que pueden presentarse en la designación de los árbitros, para evitar la paralización del arbitraje.

Enmiendas al artículo 14

La ENMIENDA NUM. 8 de GPMX así como la ENMIENDA NUM. 83 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) propuso añadir un nuevo párrafo con un texto del siguiente tenor: «Los Reglamentos arbitrales de las instituciones, y sus modificaciones, se protocolizarán notarialmente.», con el fin de “Dotar de mayor seguridad jurídica los reglamentos y sus modificaciones.” En la misma línea se pronunciaba la ENMIENDA NUM. 32 Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)

Y la ENMIENDA NUM. 9 de GPMX propuso añadir un nuevo apartado 3 al artículo 14: «3.Las instituciones arbitrales deberán establecer y organizar un turno de abogados que reúnan los requisitos para ser árbitro exigidos en el artículo anterior.», que a su juicio hubiera supuesto la “Mejora el funcionamiento de las instituciones arbitrales” y habría permitido “garantizar la transparencia en las designaciones.”

Por su parte, la ENMIENDA NUM. 82 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) planteó la siguiente redacción: “1.Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a: a) Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia y los **órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas**. b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean sus funciones arbitrales.» Como justificación para ello apuntó que hubiera servido para “Mantener la coherencia con la existencia de órganos de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de defensa de la competencia, de conformidad con el marco establecido en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.”

Artículos relacionados en la Ley 36/88

Para el 14.1.a), el 10.1.a)

Art10

1. Las partes podrán también encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, de acuerdo con su reglamento, a:

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

Para el 14.1.b), el 10.1.b)

Art10.1

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

Para el 14.2, el 10.3 y el 14

Art10

3. La Corporación o Asociación quedará obligada, desde su aceptación, a la administración del arbitraje.

Art14

El nombramiento de los árbitros en el supuesto del artículo 10, 1, se efectuará conforme a los reglamentos de la Corporación o Asociación, siempre que se respeten los requisitos exigidos en la presente Ley y sin que puedan ser designados árbitros quienes hubieren incumplido su encargo dentro del plazo establecido o su prórroga o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales.

Artículo 15. Nombramiento de los árbitros.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal.

Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista.

2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

- a. En el arbitraje con un solo árbitro, éste será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.
- b. En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación.

En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

- c. En el arbitraje con más de tres árbitros, todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

3. Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello.
4. Las pretensiones que se ejerciten en relación con lo previsto en los apartados anteriores se sustanciarán por los cauces del juicio verbal.
5. El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.
6. Si procede la designación de árbitros por el tribunal, éste confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal

tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo.

7. Contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas en este artículo al tribunal competente no cabrá recurso alguno.

Artículo 15, apartados 1 y 7 modificados por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 21 de Mayo de 2011.

Visión general del artículo 15

En estos casos es necesaria la actuación judicial, si bien se pretende, de un lado, que el procedimiento judicial pueda ser rápido y, de otro, dar criterios al Juez de Primera Instancia para realizar la designación. Muestras de lo primero son la remisión al juicio verbal y la no recurribilidad separada de las resoluciones interlocutorias que el Juzgado dicte en este procedimiento, así como de la que proceda a la designación. Muestra de lo segundo es la regla acerca de la conveniencia de que en los arbitrajes internacionales el árbitro único o el tercer árbitro sea de nacionalidad diferente a la de las partes. Debe destacarse, además, que el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia. Por ello, el juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio.

Enmiendas al artículo 15

La ENMIENDA NUM. 10 de GPMX propuso sustituir «treinta días» por «... siete días...» por entender que “Parece excesivo el plazo de 30 días para que una de las partes nombre el árbitro.”

La ENMIENDA NUM. 11 de GPMX propuso sustituir el apartado c) por uno nuevo con el siguiente texto: «c)A petición de cualquiera de las partes, en el caso del arbitraje con más de tres árbitros, todos deberán ser nombrados por el Tribunal competente, quien deberá, asimismo, designar al Presidente.», por defender que “En coherencia con el resto de apartados parece lógico que sea el propio Tribunal quien designe también al Presidente.”

La ENMIENDA NUM. 84 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) planteó modificar el apartado 1 del artículo 15, dándole la siguiente redacción: «1.Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas: (...) d) Cuando el número de árbitros sea igual o superior a tres, el que actúe de Presidente acumulará la función de Secretario con la misión de custodiar la documentación, dar constancia fehaciente de recepción y envío de documentos y, en general, de las actuaciones en el procedimiento sin perjuicio de otras funciones que los árbitros puedan encomendarle. El

nombramiento deberá notificarse a las partes y en su caso al Tribunal que hubiese nombrado a los árbitros.» Esta redacción se justifica “dado el carácter jurisdiccional del arbitraje”, que hace necesario “prever un mecanismo práctico y adecuado de funcionamiento y seguridad.”

La ENMIENDA NUM. 85 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) propone la siguiente redacción: «4.El árbitro únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral, o bien cuando se precisen, de manera notoria, otros motivos que impidan la viabilidad del arbitraje y que estén sujetos a control judicial.», con el fin de “Ensancha las facultades del Tribunal con el objeto de evitar actuaciones inútiles.”

Artículos relacionados en la Ley 36/88

Para el 15.1, el 12.2

Art12

2. Cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a Derecho, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio.

Para el 15.2, el 9.1 y el 9.3

Art9

1. El contenido del convenio arbitral podrá extenderse a la designación de los árbitros y a la determinación de las reglas de procedimiento. Si las partes no hubieren pactado sobre estos extremos podrán completar, en cualquier momento, mediante acuerdos complementarios, el contenido del convenio arbitral.

3. Será nulo el convenio arbitral que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros.

Para el 15.2.a), el 39.2

Art39

2. El actor se dirigirá por escrito al Juzgado, indicando las circunstancias concretas de la falta de acuerdo. Acompañará al escrito los documentos acreditativos del convenio arbitral.

Para el 15.2.b), el 38.2

Art. 38

2. No obstante, no procederá la formalización judicial del arbitraje si los árbitros hubieren sido designados directamente por las partes y todos o alguno de ellos no aceptasen o se imposibiliten para emitir el laudo o si la corporación o asociación a la que se encomendó la administración del arbitraje no aceptase el encargo. En estos casos, salvo que las partes lleguen a un acuerdo, quedará expedita la vía judicial para la resolución de la controversia.

Para el 15.2.c)

Se regula ex novo

Para el 15.3, el 38.1

Art38

1. Si las partes no se pusieren de acuerdo con la designación de los árbitros, se procederá a instancia de cualquiera de los interesados a la formalización judicial del arbitraje conforme a las reglas establecidas en los artículos siguientes

Para el 15.4, el 39.3

Art39

3. El Juez procederá conforme a las formalidades previstas para el juicio verbal.

Para el 15.5, el 42.1

Art42

1. El Juez únicamente podrá rechazar la formalización judicial del arbitraje cuando considere por los documentos aportados que no consta de manera inequívoca la voluntad de las partes.

Para el 15.6, el 41.2, el 41.3, el 41.4 y el 41.5

Art41

2. Si no hay convenio sobre la designación de los árbitros o modo de designarlos y las partes que se ponen de acuerdo, procederá el Juez a la designación de los árbitros mediante sorteo de entre los nombres incluidos en la lista de abogados en ejercicio que solicitará del Colegio Profesional de la circunscripción judicial correspondiente o del Consejo General de la Abogacía. El Ministerio de Justicia podrá regular, como requisitos para la inscripción en la lista, la práctica en los respectivos Colegios de Abogados de pruebas que acrediten la preparación, experiencia y capacidad de los solicitantes.

3. La lista estará formada por abogados con más de cinco años de ejercicio profesional que voluntariamente se hayan ofrecido, que no estén en el caso del artículo 14 y sin nota desfavorable en su expediente personal.

4. El sorteo se hará, en proporción de tres titulares y dos suplentes, por cada plaza de árbitro. En caso de renuncia, abstención, recusación aceptada o incapacitación sobrevenida, sustituirá al titular el primer suplente y a éste el segundo.

5. Si mediante las reglas indicadas no fuere posible proceder al nombramiento de los árbitros, el Juez designará libremente a abogados en ejercicio, si se tratare de arbitraje de Derecho; cuando los árbitros deban decidir en equidad, el Juez solicitará de los Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y otras Corporaciones, o a su órgano representante de carácter general, la remisión de las listas de profesionales colegiados para la libre designación de los que estime convenientes, oyendo la propuesta de las partes o bien de entre los que éstos propongan de común acuerdo.

Para el 15.7, el 42.2 y el 42.3

Art42

2. El auto accediendo a la formalización judicial del arbitraje, que no prejuzgará la validez del convenio arbitral, no es susceptible de recurso alguno.

3. El auto denegatorio de la formalización será apelable. Contra la resolución de la Audiencia Provincial no cabrá recurso alguno y los puntos que hayan sido objeto de debate no podrán motivar en su día la declaración de nulidad a que se refiere el título VII de esta Ley.

Artículo 16. Aceptación de los árbitros.

Salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa, cada árbitro, dentro del plazo de quince días a contar desde el siguiente a la comunicación del nombramiento, deberá comunicar su aceptación a quien lo designó. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.

Enmiendas al artículo 16

No se presentaron

Artículos relacionados en la Ley 36/88

Para el 16, el 15.2 y el 15.3

Art15

2. Si los árbitros no hubiesen aceptado por escrito ante quien los designó en el plazo de quince días naturales a contar desde el siguiente a su notificación, se entenderá que no aceptan el nombramiento.

3. En la misma forma y con los mismos efectos se procederá en los casos en que la designación se hiciera por medio de una Corporación o Asociación o en el caso del artículo 9, 2.

Artículo 17. Motivos de abstención y recusación.

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.

2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida.

En cualquier momento del arbitraje, cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.

4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas.

Artículo 17, apartado 4 añadido por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 21 de Mayo de 2011.

Visión general del artículo 17

Se establece el deber de todos los árbitros, al margen de quién los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje. Garantía de ello es su deber de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad o independencia. Se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de

jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general.

Enmiendas al artículo 17

La ENMIENDA NUM. 12 de GPMX propuso sustituir el apartado 1 por uno nuevo con el siguiente texto: «1.La abstención y, en su caso, la recusación de los árbitros sólo procederán cuando concurra alguna de las causas señaladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial para la abstención y recusación de Jueces y Magistrados. Todo árbitro designado debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial.» Como justificación, se señala que “Es necesario incluir una remisión específica a las causas señaladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial para la abstención y recusación de Jueces y Magistrados, al margen de mantener la redacción más genérica que alude a la imparcialidad e independencia.” Y, En coherencia con la anterior enmienda, la ENMIENDA NUM. 13 del mismo grupo propuso sustituir el apartado 2 por uno nuevo con el siguiente texto: «2.La persona propuesta para ser árbitro deberá comunicar a las partes la abstención en el momento en que se encuentre incurso en algunas de las causas cuando incurra en alguna de las causas señaladas en el apartado 1 de este artículo.»

Finalmente, la ENMIENDA NUM. De GPMX propuso sustituir el apartado 3 por uno nuevo: «3.Un árbitro solo podrá ser recusado por las partes en cualquier momento del procedimiento arbitral desde el momento en que éstas tuvieren conocimiento de la concurrencia de alguna de las causas señaladas en el apartado 1 de este artículo. En cualquier momento de la celebración del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a cualquiera de los árbitros la aclaración sobre las circunstancias que pudieran derivar en causas de recusación.» Con ello entendía que se conseguía “Mejorar la redacción en coherencia con las anteriores enmiendas y establecer una mayor garantía de independencia e imparcialidad de los árbitros”.

Artículos relacionados en la Ley 36/88

Para el 17.1, el 12.3, el 12.4 y el 17.1

Art12

3. No podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un Juez, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17, 2.

4. Tampoco podrán actuar como árbitros los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo, ni quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel.

Art17

1. Los árbitros podrán ser recusados por las mismas causas que los jueces, con las especialidades de los párrafos siguientes.

Para el 17.2, el 17.3

Art17

3. Las personas designadas árbitros están obligadas a poner de manifiesto las circunstancias que puedan determinar su recusación tan pronto como las conozcan.

Para el 17.3, el 17.2

Art17

2. Los árbitros sólo son recusables por causas que hayan sobrevenido después de su designación. También podrán serlo por causas anteriores cuando no hubieren sido nombrados directamente por las partes o cuando aquéllas fueren conocidas con posterioridad.

Artículo 18. Procedimiento de recusación.

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.
2. A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta.
3. Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo.

Visión general del artículo 18

Respecto del procedimiento de recusación, la premisa es una vez más la libertad de las partes, ya sea por acuerdo directo o por remisión a un reglamento arbitral. En su defecto, se establece que sean el árbitro o los árbitros quienes decidan sobre la recusación, sin perjuicio de poder hacer valer los motivos de recusación como causa de anulación del laudo. 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.

Enmiendas al artículo 18

La ENMIENDA NUM. 15 de GPMX propuso sustituir el apartado 2 por uno nuevo con el siguiente texto: «2.A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de los hechos que pudieran motivar cualquiera de las causas de recusación previstas en el artículo 17.1 de la presente Ley. A menos que el árbitro renuncie a su cargo o la otra parte acepte la recusación, deberá resolver sobre la misma el Juez o la Institución arbitral designada por las partes.», y todo ello, “En coherencia con las anteriores enmiendas acerca de las causas de recusación y abstención. Respecto al nuevo párrafo que se introduce al redactado de este artículo, se considera necesario que la recusación planteada se resuelva por una instancia independiente que bien pueden ser los Juzgados o las instituciones arbitrales.”

En una línea similar la ENMIENDA NUM. 33 Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) propuso la siguiente redacción: «2.A falta de acuerdo la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al Tribunal competente para el nombramiento de los árbitros y mediante los cauces del juicio verbal decidir sobre la recusación.

Su justificación se basa en que “Tal y como está la redacción actual del artículo 18.2 del Proyecto, serán los propios árbitros, incluido el recusado, quienes decidan sobre la recusación, en el caso de que sean tres los árbitros, y en el caso de un único árbitro parece que será el mismo el que decida, también, sobre su recusación. Estamos, por tanto, ante un supuesto en el que el propio árbitro recusado se erige en juez y parte. Mediante la enmienda que presentamos optamos por una solución más apropiada al dirigir ante el Tribunal competente en la designación de árbitros, tal y como lo establece y prevé el artículo 15 del Proyecto, la decisión del incidente de recusación.”

La ENMIENDA NUM. 86 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU), por su parte, propuso la siguiente redacción: «1.Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros. 2.A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, acompañando un principio de prueba sobre los mismos. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, el árbitro recusado emitirá un informe sobre la causa o causas de recusación. 3. Será competente para resolver el incidente de recusación el Juez de Primera Instancia del lugar donde tenga lugar el arbitraje. El árbitro recusado remitirá al Juez competente su informe sobre la recusación formulada, los motivos de recusación alegados y el principio de prueba presentado. 4. La recusación no suspenderá el curso del arbitraje el cual seguirá sustanciándose hasta el momento inmediatamente anterior a dictarse el laudo, en cuyo estado se suspenderá hasta que se resuelva el incidente de recusación. 5. Contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno, sin perjuicio de hacer valer la recusación, al impugnar, en su caso, el laudo que decida el arbitraje.» La justificación se basa en que “En primer lugar, la enmienda se propone prever de forma más detallada cual será el procedimiento de recusación a seguir en el caso en que las partes no lo hayan acordado libremente. Concretamente, entro otros trámites, se propone que el árbitro emita informe sobre los motivos de recusación alegados por las partes. Por otro lado, es contrario al principio de independencia que ha de presidir cualquier decisión sobre una controversia, en este caso el presunto motivo de recusación, que el órgano competente para resolver sea la persona sobre la que versa la propia controversia (la recusación), en este caso el árbitro. En la enmienda se propone que el órgano competente para resolver la recusación sea el Juez de Primera Instancia del lugar donde se desarrolle el arbitraje. Finalmente, se propone recoger de forma expresa si es recurrible o no la resolución que resuelva la recusación”

Artículos relacionados en la Ley 36/88

Para el 18.1, el 21.2

Art21

2. El desarrollo del procedimiento arbitral se regirá por la voluntad de las partes o por las normas establecidas por la Corporación o Asociación a la que se haya encomendado la administración del arbitraje y, en su defecto, por acuerdo de los árbitros.

Para el 18.2

Se regula ex novo

Para el 18.3, el 18.2

Art18

2. Si no lo aceptare, el interesado podrá, en su caso, hacer valer la recusación al solicitar la anulación del laudo.

Artículo 19. Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones.

1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo sobre la remoción y las partes no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

a) La pretensión de remoción se sustanciará por los trámites del juicio verbal. Se podrá acumular la solicitud de nombramiento de árbitros, en los términos previstos en el artículo 15, para el caso de que se estime la de remoción.

Contra las resoluciones definitivas que se dicten no cabrá recurso alguno.

b) En el arbitraje con pluralidad de árbitros, los demás árbitros decidirán la cuestión. Si no pudiesen alcanzar una decisión, se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior.

2. La renuncia de un árbitro a su cargo o la aceptación por una de las partes de su cese, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el apartado 2⁶⁹⁷ del artículo anterior, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en las citadas normas.

Visión general del artículo 19

La Ley se ocupa igualmente de otros supuestos que pueden conducir al cese de alguno de los árbitros en sus funciones y al nombramiento de sustituto. Se prevé la posibilidad de que en tales casos haya que repetir actuaciones ya practicadas, pero no se obliga a ello.

Enmiendas al artículo 19

La ENMIENDA NUM. 34 del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) propuso la adición de un nuevo párrafo, anterior al último, dentro de la letra a) del apartado 1, con la redacción siguiente: «El incidente de remoción suspende el plazo establecido para la emisión del laudo arbitral.», pues con ello entendía que “Se mejora técnicamente el Proyecto al prever que las cuestiones incidentales que puedan alterar el plazo de emisión del laudo han de paralizar el cómputo de dicho plazo.”

En la misma línea, la ENMIENDA NUM. 87 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) defendía la siguiente redacción: «1.Cuando un árbitro se vea impedido...» (resto igual) «... se aplicarán las siguientes reglas: a) La pretensión de remoción se sustanciará por los trámites del juicio verbal. Se podrá acumular la solicitud de nombramiento de árbitros, en los términos previstos en el artículo 15, para el caso de que se estime la de remoción. El incidente de remoción suspende el plazo establecido para la emisión del laudo arbitral. Contra

⁶⁹⁷ 2. A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta.

las resoluciones definitivas que se dicten no cabrá recurso alguno. (...)» Esta enmienda responde a la idea de que las “Cuestiones incidentales que puedan alterar el plazo de emisión del laudo han de paralizar el cómputo del plazo.”

La ENMIENDA NUM. 88 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU)

Artículos relacionados en la Ley 36/88

Para el 19.1, el 18.1

Art18

1. Si el árbitro recusado acepta la recusación será apartado de sus funciones, procediéndose, al nombramiento de otro en la forma prevista para las sustituciones.

Para el 19.1.a)

Se regula ex novo.

Para el 19.1.b)

Se regula ex novo.

Para el 19.2

Se regula ex novo.

Artículo 20. Nombramiento de árbitro sustituto.

1. Cualquiera que sea la causa por la que haya que designar un nuevo árbitro, se hará según las normas reguladoras del procedimiento de designación del sustituido.

2. Una vez nombrado el sustituto, los árbitros, previa audiencia de las partes, decidirán si ha lugar a repetir actuaciones ya practicadas.

Enmiendas al artículo 20

No se presentó ninguna

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 20.1, el 19

Art19

Cualquiera que sea la causa por la que haya que designar un nuevo árbitro, se hará por el mismo procedimiento mediante el cual fue designado el sustituido.

Para el 20.2, el 28

Art28

Si en el curso del arbitraje se incorpora un nuevo árbitro en sustitución de otro anterior, se volverán a practicar todas las pruebas que se hubieren realizado con anterioridad, salvo si el árbitro se considera suficientemente informado por la lectura de las actuaciones.

Artículo 21. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos.

1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

2. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren.

Enmiendas al artículo 21

La ENMIENDA NUM. 16 de CPMX propuso añadir un nuevo apartado 3 al artículo 21: «3.En todo caso, si en el plazo de seis meses no se hubiera designado árbitro por causas imputables a las partes se tendrá por finalizada la vía arbitral.» La misma se justifica porque “Es necesario fijar un plazo para evitar que dilaciones innecesarias por voluntad de las partes en el nombramiento de nuevos árbitros.”

La ENMIENDA NUM. 89 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de *Convergència i Unió* (GPCIU), cuya redacción es la que conforma el apartado 1 del artículo 21, tiene como “favorecer e incentivar el desarrollo de procesos arbitrales internacionales en España. Asimismo, la modificación afecta a la necesaria neutralidad de estos procesos.”

La ENMIENDA NUM. 90 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de *Convergència i Unió* (GPCIU) pretendió modificar el apartado 2, proponiendo la siguiente redacción: «2.Los honorarios de los árbitros se calcularán, básicamente, atendidos el tiempo dedicado al arbitraje así como a la complejidad y dificultad de las cuestiones sometidas a su decisión. Los honorarios podrán ser diferentes para cada uno de los árbitros en atención a su intervención en el arbitraje. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren. Si las partes o alguna de ellas no estuvieren conformes con el importe de los honorarios señalados y de no alcanzarse acuerdo, la cuestión será resuelta por la Audiencia Provincial competente por los trámites del juicio verbal. Una vez establecido el importe de los honorarios, los árbitros y las partes podrán apartarse del arbitraje, previa compensación mutua de los gastos y los daños y perjuicios ocasionados.» La justificación de esta enmienda viene dada porque “La materia de honorarios queda huérfano de la adecuada regulación en el proyecto. Por ello, se pretende llenar el vacío mediante la redacción propuesta.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 21.1, el 16.1

Art16

1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa. En los arbitrajes encomendados a una Corporación o Asociación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

Para el 21.2, el 16.2

Art16

2. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la Corporación o Asociación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender a los honorarios de los árbitros y a los gastos que puedan producirse en la administración del arbitraje.

TÍTULO IV

De la competencia de los árbitros

El Título IV se dedica a la importante cuestión de la competencia de los árbitros.

Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia.

1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

2. Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito.

Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.

3. Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral.

Visión general del artículo 22

El artículo 22 establece la regla, capital para el arbitraje, de que los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia. Es la regla que la doctrina ha bautizado con la expresión alemana Kompetenz-Kompetenz y que la Ley de 1988 ya consagraba en términos menos precisos.

Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato

principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral.

Además, bajo el término genérico de competencia han de entenderse incluidas no sólo las cuestiones que estrictamente son tales, sino cualesquiera cuestiones que puedan obstar a un pronunciamiento de fondo sobre la controversia (salvo las relativas a las personas de los árbitros, que tienen su tratamiento propio).

La Ley establece la carga de que las cuestiones relativas a la competencia de los árbitros sean planteadas a limine. Ha de resaltarse que el hecho de que una de las partes colabore activamente en la designación de los árbitros no supone ningún tipo de renuncia tácita a hacer valer la incompetencia objetiva de éstos. Es una lógica consecuencia de la regla de Kompetenz-Kompetenz: si son los árbitros los que han de decidir sobre su propia competencia, la parte está simplemente contribuyendo a designar a quien o a quienes podrán decidir sobre dicha competencia. Lo contrario abocaría a la parte a una situación absurda: debería permanecer pasiva durante la designación de los árbitros para poder luego alegar su falta de competencia sobre la controversia.

La regla de la alegación previa de las cuestiones atinentes a la competencia de los árbitros tiene una razonable modulación en los casos en que la alegación tardía está, a juicio de los árbitros, justificada, en la medida en que la parte no pudo realizar esa alegación con anterioridad y que su actitud durante el procedimiento no puede ser interpretada como una aceptación de la competencia de los árbitros. Queda a la apreciación de los árbitros la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo. La Ley parte de la base de que los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas.

Enmiendas al artículo 22

La ENMIENDA NUM. 91 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) propuso modificar el apartado 3, con la siguiente redacción:

«3.La decisión de los árbitros podrán impugnarla mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en que se haya adoptado o, independientemente, una vez resuelta la cuestión previa. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción autónoma de anulación suspenderá el procedimiento arbitral. La suspensión del procedimiento arbitral producida por la impugnación de unas cuestiones resueltas con carácter previo no obstará a que el Tribunal arbitral ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancia de parte legítima, cualesquiera de aseguramiento de prueba, así como de medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirle perjuicios irreparables para los promotores, salvo que las partes presentasen caución bastante para responder de los daños y perjuicios que derivaran de la tramitación de una cuestión previa desprovista de fundamento.» El fundamento de esta enmienda se encuentra en la necesidad de “Compatibilizar la necesidad de evitar gastos y actuaciones que puedan resultar inútiles con la de impedir la causación de perjuicios originados por la conducta del recurrente.”

Artículos relacionados en la Ley 36/88

Para el 22.1, el 8 y el 23.3

Art8

La nulidad de un contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio.

Art23

3. En todo caso, la falta de competencia objetiva de los árbitros podrá ser apreciada de oficio por éstos aunque no hubiese sido invocada por las partes.

Para el 22.2, el 23.1, el 23.2 y el 18.2

Art23

1. La oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros. inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deber formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales.

Art23

2. Si los árbitros estimaren la oposición planteada sobre las cuestiones del párrafo anterior quedará expedito el acceso a los órganos jurisdiccionales para la solución de la cuestión litigiosa sin que quepa recurso contra la decisión arbitral. La decisión arbitral desestimatoria sobre estas cuestiones podrá impugnarse, en su caso, al solicitarse la anulación judicial del laudo.

Art18

2. Si no lo aceptare, el interesado podrá, en su caso, hacer valer la recusación al solicitar la anulación del laudo.

Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.

2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.

Visión general del artículo 23

El artículo 23 incorpora una de las principales novedades de la Ley: la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La Ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar. Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta Ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta Ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal.

Enmiendas al artículo 23

La ENMIENDA NUM. 92 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU)pretendió modificar el apartado 1 y propuso la siguiente redacción:

«1.Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante. De afectar esas medidas a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, su adopción, en su caso, corresponderá al Tribunal competente.» Como justificación se apunta la necesidad de “Reconducir las medidas cautelares de posible adopción en el proceso arbitral con reserva de sus competencias a la autoridad judicial.”

Adicionalmente la ENMIENDA NUM. 93 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU), considerando que “Es conveniente recoger de forma expresa la posibilidad de adoptar medidas cautelares de carácter urgente”, propuso adicionar un nuevo apartado 23.: «3 (nuevo).El árbitro, a instancia de cualquiera de las partes, podrá adoptar medidas cautelares sin dar noticia previa a la parte afectada por estas medidas cuando exista una urgente necesidad y se demuestre que esta actuación es necesaria para no frustrar la efectividad de la medida. En todo caso, la parte solicitante tendrá que garantizar los posibles daños y perjuicios que la adopción de las medidas pudiera infligir a la parte afectada por las mismas.»

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Se regula ex novo

TÍTULO V

De la sustanciación de las actuaciones arbitrales

Artículo 24. Principios de igualdad, audiencia y contradicción.

1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.

Visión general del artículo 24

La Ley vuelve a partir del principio de autonomía de la voluntad y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es.

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 24.1, el 21.1

Art21

1. El procedimiento arbitral se ajustará en todo caso a lo dispuesto en esta Ley, con sujeción a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes.

Para el 24.2

Se regula ex novo

Artículo 25. Determinación del procedimiento.

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones.

2. A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración.

Visión general del artículo 25

Garantizado el respeto a estas normas básicas, las reglas que sobre el procedimiento arbitral se establecen son dispositivas y resultan, por tanto, aplicables sólo si las partes nada han acordado directamente o por su aceptación de un arbitraje institucional o de un reglamento arbitral. De este modo, las opciones de política jurídica que subyacen a estos preceptos quedan subordinadas siempre a la voluntad de las partes.

Enmiendas al artículo 25

La ENMIENDA NUM. 17 del GPMX propuso añadir un nuevo párrafo con un texto del siguiente tenor: «Las decisiones adoptadas por los árbitros no podrán ser apeladas por las partes, sin perjuicio del derecho de las mismas a hacer valer sus pretensiones mediante el ejercicio de la acción de anulación.», con la justificación de que “si no se acuerda nada en contrario, para dotar de eficacia el procedimiento las decisiones del árbitro deberán ser respetadas por las partes, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos mediante la acción de anulación.”

La ENMIENDA NUM. 94 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) pretendió adicionar un nuevo párrafo segundo al apartado 2 del artículo 25 del referido texto. «Los árbitros no admitirán ni practicarán pruebas ilícitas o ilegales, las cuales producirán, en su caso, los efectos establecidos en el ordenamiento jurídico.», con el fin de “enmarcar el precepto en el sistema legal vigente.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 25.1, el 21.2

Art21

2. El desarrollo del procedimiento arbitral se regirá por la voluntad de las partes o por las normas establecidas por la Corporación o Asociación a la que se haya encomendado la administración del arbitraje y, en su defecto, por acuerdo de los árbitros.

Para el 25.2, el 25.1 y el 26

Art25

1. Los árbitros no están sujetos en el desarrollo del arbitraje a plazos determinados, salvo acuerdo de las partes y sin perjuicio de lo establecido en esta Ley respecto del plazo para dictar el laudo.

Art26

Los árbitros practicarán a instancia de parte, o por propia iniciativa, las pruebas que estimen pertinentes y admisibles en Derecho. A toda práctica de prueba serán citadas y podrán intervenir las partes o sus representantes.

Artículo 26. Lugar del arbitraje.

1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, los árbitros podrán, previa consulta a las partes y salvo acuerdo en contrario de éstas, reunirse en cualquier lugar que estimen apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. Los árbitros podrán celebrar deliberaciones en cualquier lugar que estimen apropiado.

Visión general del artículo 26

En lo que respecta al lugar del arbitraje, hay que destacar que se permite la celebración de audiencias y de deliberaciones en sede distinta de la del arbitraje. La determinación del lugar o sede del arbitraje es jurídicamente relevante en muchos aspectos, pero su fijación no debe suponer rigidez para el desarrollo del procedimiento.

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para 26.1, el 24.1

Art24

1. Salvo lo acordado en el convenio arbitral o lo que dispongan los reglamentos arbitrales, los árbitros decidirán el lugar donde se desarrollará la actuación arbitral, así como el lugar en el que deban realizar cualquier actuación concreta y lo notificarán a las partes.

Para 26.2, el 24.1

Art24

1. Salvo lo acordado en el convenio arbitral o lo que dispongan los reglamentos arbitrales, los árbitros decidirán el lugar donde se desarrollará la actuación arbitral, así como el lugar en el que deban realizar cualquier actuación concreta y lo notificarán a las partes.

Artículo 27. Inicio del arbitraje.

Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje.

Visión general del artículo 27

El inicio del arbitraje se fija en el momento en que una parte recibe el requerimiento de la otra de someter la controversia a decisión arbitral. Parece lógico que los efectos jurídicos propios del inicio del arbitraje se produzcan ya en ese momento, incluso aunque no esté perfectamente delimitado el objeto de la controversia. Las soluciones alternativas permitirían actuaciones tendentes a dificultar el procedimiento.

Enmiendas al artículo 27

La ENMIENDA NUM. 18 de GPMX propuso añadir al final del párrafo un texto del siguiente tenor: «... a todos los efectos establecidos en la presente Ley.», por entender que “a fin de evitar dilaciones y problemas de interpretación en los plazos de prescripción o caducidad es oportuno aclarar que la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento a someter la controversia a arbitraje es la fecha de inicio del arbitraje a los efectos establecidos en esta ley.”

La ENMIENDA NUM. 95 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) pretendió adicionar un nuevo artículo 27 bis: «Las partes podrán actuar por sí mismas o representadas y, en todo caso, asistidas por abogado.» para “evitar dudas sobre actuación y

defensa, de forma similar a como está previsto en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 27, el 22.1

Art22

1. El procedimiento arbitral comienza cuando los árbitros hayan notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje.

Artículo 28. Idioma del arbitraje.

1. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas del arbitraje. A falta de acuerdo, y cuando de las circunstancias del caso no permitan delimitar la cuestión, el arbitraje se tramitará en cualquiera de las lenguas oficiales en el lugar donde se desarrollen las actuaciones. La parte que alegue desconocimiento del idioma tendrá derecho a audiencia, contradicción y defensa en la lengua que utilice, sin que esta alegación pueda suponer la paralización del proceso.

Salvo que en el acuerdo de las partes se haya previsto otra cosa, el idioma o los idiomas establecidos se utilizarán en los escritos de las partes, en las audiencias, en los laudos y en las decisiones o comunicaciones de los árbitros, sin perjuicio de lo señalado en el párrafo primero.

En todo caso, los testigos, peritos y terceras personas que intervengan en el procedimiento arbitral, tanto en actuaciones orales como escritas, podrán utilizar su lengua propia. En las actuaciones orales se podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua empleada, previo juramento o promesa de aquella.

2. Los árbitros, salvo oposición de alguna de las partes, podrán ordenar que, sin necesidad de proceder a su traducción, cualquier documento sea aportado o cualquier actuación realizada en idioma distinto al del arbitraje.

(Artículo 28, apartado 1 modificado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 21 de Mayo de 2011.)

Visión general del artículo 28

La determinación del idioma o idiomas del arbitraje corresponde lógicamente a las partes y, en su defecto, a los árbitros. No obstante, salvo que alguna de las partes se oponga, se permite que se aporten documentos o se practiquen actuaciones en idioma no oficial del arbitraje sin necesidad de traducción. Con ello se consagra una regla práctica muy extendida, que admite la aportación de documentos o declaraciones en otro idioma.

Enmiendas al artículo 28

La ENMIENDA NUM. 45 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), al igual que la ENMIENDA NUM. 61 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) propuso la siguiente redacción: «1.Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas del arbitraje, pero el idioma elegido debe ser conocido por los árbitros. A falta de acuerdo /.../.», y ello porque la “necesidad

de utilizar traducciones para cada actuación dilatará los trámites. Es por ello que resulta necesario introducir esta previsión.”

Por su parte, la ENMIENDA NUM. 96 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) propuso la siguiente redacción: «1.Las partes podrán acordar libremente el idioma o idiomas del arbitraje. A falta de acuerdo, el arbitraje se tramitará en la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma, o, en su defecto, en la lengua oficial del Estado, sin perjuicio de preservar el derecho de la parte que alegue indefensión a ser enterada o notificada en la lengua oficial que utilice, sin que esta alegación pueda suponer, en ningún caso, la paralización del proceso. En todo caso, los testigos, peritos y terceros personas que intervengan en el peritaje podrán utilizar cualquiera de las lenguas oficiales en el territorio donde tenga lugar el arbitraje, tanto en manifestaciones orales como escritas.». La justificación para esta pintoresca propuesta es que “las partes que se someten al arbitraje entendemos que tienen el derecho a escoger el idioma o idiomas en que aquél se practicará, tal como prevé el proyecto. No obstante, el carácter potestativo de las partes en la opción del idioma entendemos que no debe vincular a terceras personas que intervengan en el arbitraje, por el contrario, consideramos que se han de respetar los derechos lingüísticos de estas personas (testigos, peritos, etc.) entendidos como el derecho a utilizar durante su actuación cualquiera de las lenguas oficiales en el territorio en que tenga lugar el arbitraje. Por otro lado, si las partes discrepan sobre la lengua a utilizar en el arbitraje, la decisión sobre este tema no ha de recaer en el criterio más o menos subjetivo del árbitro, sino que es la ley la que debe establecer que lengua se ha de utilizar, en aras al principio de igualdad y seguridad con relación a los derechos lingüísticos. En este sentido, cabe recordar que, en el ámbito de la Administración de Justicia, el artículo 231 de la actual LOPJ establece de forma expresa que las lenguas que se pueden utilizar en un procedimiento judicial son alguna de las oficiales en el territorio donde se tramita el procedimiento judicial. El arbitraje, es, como el TC ha declarado, un «equivalente jurisdiccional», por lo que no hay razón para que en materia de arbitraje no se determine en la ley de forma expresa cual ha de ser la lengua a utilizar en caso de discrepancia de las partes, sin perjuicio, de que, atendiendo al carácter potestativo y alternativo de solución de un conflicto que supone el arbitraje, se deje en primer término a las partes decidir de común acuerdo cual ha de ser la lengua que se utilice.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para 28.1, el 24.2

Art24

2. Salvo acuerdo de las partes, los árbitros determinarán el idioma o idiomas en que haya de desarrollarse el procedimiento arbitral y lo notificarán a las partes. No podrán elegir un idioma que ninguna de las partes conozca o que no sea oficial en el lugar en que se desarrollará la actuación arbitral.

Para 28.2

Se regula ex novo

Artículo 29. Demanda y contestación.

1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros y a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la

controversia y las pretensiones que formula, y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda. Las partes, al formular sus alegaciones, podrán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho.

Visión general del artículo 29

En el arbitraje no se reproducen necesariamente siempre las posiciones procesales activa y pasiva de un proceso judicial; o no en los mismos términos. Al fin y al cabo, la determinación del objeto de la controversia, siempre dentro del ámbito del convenio arbitral, se produce de forma progresiva. Sin embargo, la práctica arbitral demuestra que quien inicia el arbitraje formula en todo caso una pretensión frente a la parte o partes contrarias y se convierte, por tanto, en actor; y ello sin perjuicio de que el demandado pueda reconvenir. Parece, por tanto, razonable que, sin perjuicio de la libertad de las partes, el procedimiento arbitral se estructure sobre la base de una dualidad de posiciones entre demandante y demandado. Esta conveniencia, sin embargo, debe ser flexibilizada a la hora de configurar los requisitos de los actos de las partes en defensa de sus respectivas posiciones. De este modo, no se establecen propiamente requisitos de forma y contenido de los escritos de alegaciones de las partes.

La función de la demanda y de la contestación a que se refiere el artículo 29 no es sino la de ilustrar a los árbitros sobre el objeto de la controversia, sin perjuicio de alegaciones posteriores. No entran aquí en juego las reglas propias de los procesos judiciales en cuanto a requisitos de demanda y contestación, documentos a acompañar o preclusión. El procedimiento arbitral, incluso en defecto de acuerdo de las partes, se configura con gran flexibilidad, acorde con las exigencias de la institución.

Enmiendas al artículo 29

La ENMIENDA NUM. 19 de GPMX, con la justificación de conseguir una “Mayor seguridad jurídica”, propuso añadir al final del párrafo un texto del siguiente tenor: «de conformidad con lo establecido en el artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

La ENMIENDA NUM. 20 de GPMX propuso añadir un nuevo párrafo al apartado 2: «En caso de modificación o ampliación de la demanda o su contestación se deberá dar traslado a la parte contraria para que en el plazo de siete días formule las alegaciones que se estimen oportunas en defensa de sus intereses.» Y ello, “Con la finalidad de evitar la indefensión de la parte contraria se debe articular un plazo para formular alegaciones.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 29.1, el 25

Art25

1. Los árbitros no están sujetos en el desarrollo del arbitraje a plazos determinados, salvo acuerdo de las partes y sin perjuicio de lo establecido en esta Ley respecto del plazo para dictar el laudo.
2. No obstante, los árbitros fijarán a las partes plazos preclusivos para formular las alegaciones.

Para el 29.2

Se regula ex novo

Artículo 30. Forma de las actuaciones arbitrales.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la práctica de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones se sustanciarán solamente por escrito. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebren audiencias, los árbitros las señalarán, en la fase apropiada de las actuaciones, si cualquiera de las partes lo solicitara.
2. Las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes.
3. De todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una parte aporte a los árbitros se dará traslado a la otra parte. Asimismo, se pondrán a disposición de las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión.

Visión general del artículo 30

Esa flexibilidad se da también en el desarrollo ulterior del procedimiento. Cabe que el procedimiento sea en ciertos casos predominantemente escrito, si las circunstancias del caso no exigen la celebración de audiencias. Sin embargo, la regla es la celebración de audiencias para la práctica de pruebas. La Ley trata de evitar, además, que la inactividad de las partes pueda paralizar el arbitraje o comprometer la validez del laudo.

Enmiendas al artículo 30

No se presentaron

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 30.1, el 29

Art29

Los árbitros podrán acordar, una vez practicadas las pruebas, oír a las partes o a sus representantes.

Para el 30.2,

Se regula ex novo

Para el 30.3

Se regula ex novo

Artículo 31. Falta de comparecencia de las partes.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros,

- a) el demandante no presente su demanda en plazo, los árbitros darán por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión;
- b) el demandado no presente su contestación en plazo, los árbitros continuarán las actuaciones, sin que esa omisión se considere como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante;

c) una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas, los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan.

Enmiendas al artículo 31

No se presentaron

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 31.a), el 22

Art22

2. La inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni le privará de eficacia.

Para el 31.b), el 22

Art22

2. La inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni le privará de eficacia.

Para el 31.c), el 22

Art22

2. La inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni le privará de eficacia.

Artículo 32. Nombramiento de peritos por los árbitros.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas y requerir a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente, le presente para su inspección todos los documentos u objetos pertinentes o le proporcione acceso a ellos.

2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando los árbitros lo consideren necesario, todo perito, después de la presentación de su dictamen, deberá participar en una audiencia en la que los árbitros y las partes, por sí o asistidas de peritos, podrán interrogarle.

3. Lo previsto en los apartados precedentes se entiende sin perjuicio de la facultad de las partes, salvo acuerdo en contrario, de aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados.

Visión general del artículo 32

La fase probatoria del arbitraje está también presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros -siempre que se respeten el derecho de defensa y el principio de igualdad- y por la máxima flexibilidad. La Ley establece únicamente normas sobre la prueba pericial, de singular importancia en el arbitraje contemporáneo, aplicables en defecto de voluntad de las partes. Estas normas están encaminadas a permitir tanto los dictámenes emitidos por peritos designados directamente por las partes como los emitidos por peritos designados, de oficio o a instancia de parte, por los árbitros, y a garantizar la debida contradicción respecto de la pericia.

Enmiendas al artículo 32

No se presentaron

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para 32.1, el 26

Art26

Los árbitros practicarán a instancia de parte, o por propia iniciativa, las pruebas que estimen pertinentes y admisibles en Derecho. A toda práctica de prueba serán citadas y podrán intervenir las partes o sus representantes.

Para 32.2

Se regula ex novo

Para 32.3

Se regula ex novo

Artículo 33. Asistencia judicial para la práctica de pruebas.

1. Los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros.
2. Si así se le solicitare, el Tribunal practicará la prueba bajo su exclusiva dirección. En otro caso, el Tribunal se limitará a acordar las medidas pertinentes. En ambos supuestos el Secretario judicial entregará al solicitante testimonio de las actuaciones.

Visión general del artículo 33

Se regula igualmente la asistencia judicial para la práctica de pruebas, que es una de las tradicionales funciones de apoyo judicial al arbitraje. La asistencia no tiene que consistir necesariamente en que el tribunal practique determinadas pruebas; en ciertos casos, bastará con otras medidas que permitan a los árbitros practicarlas por sí mismos, como, por ejemplo, medidas de aseguramiento o requerimientos de exhibición de documentos.

Enmiendas al artículo 33

La ENMIENDA NUM. 21 de GPMX, “en coherencia con anteriores enmiendas”, propuso añadir un nuevo apartado 3 con un texto del siguiente tenor: «3. De conformidad con lo establecido en el artículo 8.2 de la presente Ley, el Tribunal podrá mediante resolución motivada fijar las costas derivadas de la asistencia judicial prestada al arbitraje.»

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para 33.1, el 27

Art27

Los árbitros podrán solicitar el auxilio del Juez de Primera Instancia del lugar donde se desarrolle el arbitraje, en la forma prevenida en el artículo 43, para practicar las pruebas que no puedan efectuar por sí mismos.

Para el 33.2, el 43

Art43

En los casos de auxilio jurisdiccional para la práctica de pruebas previstas en el artículo 27, el árbitro o el Presidente del colegio arbitral se dirigirá por escrito al Juez de Primera Instancia del lugar donde deba efectuarse la citación judicial u ordenarse la diligencia probatoria. El Juez procederá conforme a las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y practicará bajo su exclusiva dirección, si se lo pide el árbitro, la prueba solicitada, entregando testimonio de las actuaciones al solicitante.

TÍTULO VI

Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones

Artículo 34. Normas aplicables al fondo de la controversia.

1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas.

3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables.

Visión general del artículo 34

El artículo 34 regula la importante cuestión de qué normas han de aplicarse a la resolución del fondo de la controversia, sobre la base de los siguientes criterios: 1º) La premisa es, una vez más, como en la Ley de 1988, la libertad de las partes. 2º) Se invierte la regla que la Ley de 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad. La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal. El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la "equidad", o a términos similares como decisión "en conciencia", "ex aequo et bono", o que el árbitro actuará como "amigable componedor". No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación. 3º) Siguiendo la orientación de los ordenamientos más avanzados, se suprime la exigencia de que el derecho aplicable deba tener relación con la relación jurídica o con la controversia, ya que se trata de un requisito de difusos contornos y difícil control. 4º) La Ley prefiere la expresión "normas jurídicas aplicables" y a la de "derecho aplicable", en la medida en que esta última 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. 5º) La Ley no sujeta a los árbitros a un sistema de reglas de conflicto.

Enmiendas al artículo 34

La ENMIENDA NUM. 46 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), al igual que la ENMIENDA NUM. 62 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), propuso añadir al final de este apartado la expresión siguiente: «o resulte del reglamento de la Institución a la que se haya encomendado la realización del arbitraje», con la justificación de que “Resulta razonable la adición propuesta ya que en caso contrario y en una interpretación literal del precepto si no has dicho expresamente que el arbitraje es de equidad no serviría, aunque la Institución a quien hayas encomendado el arbitraje solo resuelva en equidad.”

Las ENMIENDAS NUM. 97, 98 y 99 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) propusieron la siguiente redacción: «1.Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello. En los arbitrajes basados en Derecho, los árbitros serán profesionales cualificados en Derecho.». «2.Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea de comercio internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad...» (resto igual). «3.En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos mercantiles aplicables.» Y ello, porque entiende que “La función cuasi-jurisdiccional del arbitraje hace aconsejable dotarlo de las mejores garantías de profesionalidad”; que hay que legislar “En coherencia con el artículo 3.1.c) del proyecto, que exige que para que el arbitraje tenga carácter internacional es necesario que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.”; y que “La Ley modelo, en el artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio, dispone: «4) n todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.»”. Por ello, se “considera necesario el mantenimiento de esta especificación, además en coherencia con el artículo 3.1.c) del proyecto, que exige que para que el arbitraje tenga carácter internacional es necesario que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 34.1, el 4.1 y el 4.2

Art4

1. Los árbitros decidirán la cuestión con sujeción a Derecho o en equidad, según su saber y entender, a elección de las partes.
2. En el caso de que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de Derecho, los árbitros resolverán en equidad, salvo que hayan encomendado la administración del arbitraje a una corporación o asociación en cuyo caso se estará a lo que resulte de su reglamento.

Para el 34.2, el 62

Art62

En el arbitraje de Derecho, los árbitros resolverán conforme a la ley designada expresamente por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia; en su defecto, conforme a la ley aplicable a la relación de la que derive la controversia y, en último término, de acuerdo con la más apropiada a las circunstancias de la misma.

Para 34.3

Se regula ex novo

Artículo 35. Adopción de decisiones colegiadas.

1. Cuando haya más de un árbitro, toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa. Si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente.
2. Salvo acuerdo de las partes o de los árbitros en contrario, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento

Visión general del artículo 35

En la adopción de decisiones cuando se trata de un colegio arbitral, y sin perjuicio de las reglas que directa o indirectamente puedan fijar las partes, se mantiene la lógica regla de la mayoría y la de que a falta de decisión mayoritaria decide el presidente. Se introduce la norma que permite habilitar al presidente para decidir cuestiones de procedimiento, entendiéndose por tales, a estos efectos, no cualesquiera cuestiones distintas al fondo de la controversia, sino, más limitadamente, las relativas a la mera tramitación o impulso procesales.

Enmiendas al artículo 35

La ENMIENDA NUM. 47 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), al igual que la ENMIENDA NUM. 63 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), propuso la supresión de la expresión siguiente: «salvo que las partes hubieran dispuesto otra cosa», pues señala que “Como acertadamente afirma la Fiscalía General del Estado el precepto que se deroga supone un excesivo tributo a la autonomía de la voluntad de las partes.”

En la misma línea, la ENMIENDA NUM. 100 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) planteó, “De conformidad con el informe de la Fiscalía General del Estado”, modificar el apartado 1 con la siguiente redacción: «1.Cuando haya más de un árbitro, toda decisión se adoptará por mayoría. Si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente.»

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 35.1, el 34

Art34

El laudo arbitral, así como cualquier acuerdo o resolución del Colegio arbitral, e decidirá por mayoría de votos, dirimiendo los empates el voto del Presidente.

Para el 35.2, el 34 in fine

Art34

....Si no hubiere acuerdo mayoritario, el laudo será dictado por el Presidente.

Artículo 36. Laudo por acuerdo de las partes.

1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes.
2. El laudo se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente y tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

Visión general del artículo 36

Se prevé la posibilidad de que los árbitros dicten un laudo sobre la base del contenido de un previo acuerdo alcanzado por las partes. Esta previsión, que podría reputarse innecesaria -dado que las partes tienen poder de disposición sobre el objeto de la controversia-, no lo es, porque a través de su incorporación a un laudo el contenido del acuerdo adquiere la eficacia jurídica de aquél. Los árbitros no pueden rechazar esta petición discrecionalmente, sino sólo por una causa jurídica fundada. La Ley no hace sino dar cobertura legal a algo ya frecuente en la práctica y que no merece objeción alguna.

Enmiendas al artículo 36

No se presentaron

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para 36.1, el 31

Art31

En cualquier momento antes de dictarse el laudo las partes, de común acuerdo, pueden desistir del arbitraje o suspenderlo por un plazo cierto y determinado.

Para 36.2

Se regula ex novo

Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios.

2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.

3. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior.

5. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 26. El laudo se considerará dictado en ese lugar.
6. Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.
7. Los árbitros notificarán el laudo a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3, dentro del mismo plazo establecido en el apartado 2.
8. El laudo podrá ser protocolizado notarialmente. Cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar de los árbitros, antes de la notificación, que el laudo sea protocolizado.

Artículo 37, apartados 2, 3 y 4 modificados por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 21 de Mayo de 2011.

Visión general del artículo 37

En cuanto al contenido del laudo, ha de destacarse el reconocimiento legal de la posibilidad de dictar laudos parciales, que pueden versar sobre alguna parte del fondo de la controversia o sobre otras cuestiones, como la competencia de los árbitros o medidas cautelares. La Ley pretende dar cabida a fórmulas flexibles de resolución de los litigios que son comunes en la práctica arbitral. Así, por ejemplo, que primero se decida acerca de si existe responsabilidad del demandado y sólo después se decida, si es el caso, la cuantía de la condena. El laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable.

Respecto de la forma del laudo, debe destacarse que -análogamente a lo dispuesto para el convenio arbitral- la Ley permite no sólo que el laudo conste por escrito en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, sino también que no conste en forma escrita, siempre que en todo caso quede constancia de su contenido y sea accesible para su ulterior consulta. Tanto en la regulación de los requisitos de forma del convenio arbitral como en la de los del laudo, la Ley considera necesario admitir la utilización de cualesquiera tecnologías que cumplan los requisitos señalados. Pueden, pues, desarrollarse arbitrajes en que se utilicen tan sólo soportes informáticos, electrónicos o digitales, si las partes así lo consideran conveniente.

La Ley introduce la novedad de que el plazo para emitir el laudo, en defecto de acuerdo de las partes, se compute desde la presentación de la contestación o desde la expiración del plazo para presentarla. Esta novedad responde a la necesidad de que la celeridad propia del arbitraje sea adecuada a las exigencias prácticas. Un plazo de seis meses desde la aceptación de los árbitros se ha revelado en no pocos casos de imposible cumplimiento y obliga en ocasiones a una tramitación excesivamente rápida o a la omisión de ciertos actos de alegación o, sobre todo, de prueba, por la exigencia de cumplir el plazo para dictar el laudo. La Ley considera que es igualmente razonable que la prórroga del plazo pueda ser acordada por los árbitros directamente y que no necesite el acuerdo de todas las partes. El freno a un posible retraso injustificado en la decisión de la controversia se encuentra, entre otras causas, en la responsabilidad de los árbitros.

En materia de condena en costas se introducen ciertas precisiones sobre su contenido posible.

Se suprime el carácter preceptivo de la protocolización notarial del laudo. Esta exigencia es desconocida en prácticamente todas las legislaciones de arbitraje, por lo que se opta por no mantenerla, salvo que alguna de las partes lo pida antes de que el laudo se notifique, por considerarlo conveniente a sus intereses. El laudo es, por tanto, válido y eficaz aunque no haya sido protocolizado, de modo que el plazo para ejercitar la acción de anulación transcurre desde su notificación, sin que sea necesario que la protocolización, cuando haya sido pedida, preceda a la notificación. Y tampoco la fuerza ejecutiva del laudo se hace depender de su protocolización, aunque en el proceso de ejecución, llegado el caso, el ejecutado podrá hacer valer por vía de oposición la falta de autenticidad del laudo, supuesto que puede presumirse excepcional.

Enmiendas al artículo 37

La ENMIENDA NÚM. 9 , que tuvo como PRIMER FIRMANTE al Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso, fue aceptada y supuso la adición de un inciso en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 37 con el siguiente tenor: "2. Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. La justificación para ello fue que la citada redacción "Dota de mayor seguridad y confianza un procedimiento arbitral respecto del cual las partes conozcan cuando, como máximo, concluirá el mismo." Es la misma línea de la también aceptada ENMIENDA NÚM. 35, que tuvo como PRIMER FIRMANTE al Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida del Congreso, que pretendía la adición, después de "prorrogado por los árbitros" y hasta "mediante decisión motivada" de "... por un plazo no superior a dos meses...", por entender que "Resulta una ventaja del arbitraje que las partes conozcan cuando concluirá el procedimiento, aún para el caso de que motivadamente decidiera el árbitro prorrogar el plazo inicial." También es la redacción que proponía la ENMIENDA NÚM. 96 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en el Congreso ("2. Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada.) por defender que "Resulta una ventaja del arbitraje que las partes conozcan cuando concluirá el procedimiento para el supuestos que dicha conclusión dependa de la decisión de los árbitros". Y, obviamente, es del mismo tener que la prevalente ENMIENDA NÚM. 60 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso al artículo 37.2, que dejó como redacción definitiva del artículo 37.2 la siguiente:"2. Si las partes no hubiesen dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. La expiración... (igual)". Como antes hemos señalado, se justifica porque "Se trata de evitar que exista una libertad absoluta de los árbitros para determinar el plazo para dictar el laudo."

La ENMIENDA NUM. 22 De don José Cabrero Palomares y don Eduardo Cuenca Cañizares (GPMX) propuso añadir «..., incluidas las costas derivadas de la asistencia judicial.», "En coherencia con enmiendas anteriores."

La ENMIENDA NUM. 48 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), al igual que la ENMIENDA NUM. 64 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), propuso la siguiente redacción al

apartado 2:«2./.../. Salvo que las partes hubieran establecido otro plazo, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a la demanda o de expiración del plazo para presentarla. Este plazo podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes.» Como justificación señala que “El Proyecto de Ley pretende introducir en el Derecho español la facultad de los árbitros de prorrogar el plazo mediante decisión motivada. Esta posibilidad resulta extremadamente peligrosa, y, muy especialmente, en un país, como el nuestro, en el que todavía no ha terminado de arraigar la solución arbitral. Existe el riesgo, en efecto, de que la prórroga del arbitraje por decisión motivada del árbitro termine por privar a esta forma de solución de conflictos de una de las ventajas fundamentales con las que cuenta: la rapidez.”

La ENMIENDA NUM. 101 Del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de *Convergència i Unió* (GPCIU) propuso modificar el apartado 6: «6.Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y los gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos **razonables** de los defensores de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.» Para ello, señala que “En el procedimiento arbitral no es obligatoria la participación de letrados ni representantes. Si las partes desean ser asesoradas por letrados, estos gastos deben tener un importe razonable, tal como exige el artículo 31 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, al objeto de evitar un coste exagerado del mismo.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 37.1, el 30.1

Art30

1. Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán dictar su laudo en el plazo de seis meses, contados desde la fecha en que hubieren aceptado la resolución de la controversia o desde el día en que fuera sustituido el último de los componentes del Colegio arbitral. Este plazo sólo podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes, notificado a los árbitros antes de la expiración del plazo inicial.

Para el 37.2, el 30.1 y el 30.2

Art30

1. Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán dictar su laudo en el plazo de seis meses, contados desde la fecha en que hubieren aceptado la resolución de la controversia o desde el día en que fuera sustituido el último de los componentes del Colegio arbitral. Este plazo sólo podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes, notificado a los árbitros antes de la expiración del plazo inicial.

2. Transcurrido el plazo sin que se hubiere dictado el laudo, quedará sin efecto el convenio arbitral y expedita la vía judicial para plantear la controversia.

Para el 37.3, el 32.1 y el 33.1

Art32

1. El laudo deberá dictarse por escrito. Expresará al menos las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, el lugar en que se dicta, la cuestión sometida a arbitraje, una sucinta relación de las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y la decisión arbitral.

Art33

1. El laudo será firmado por los árbitros, que podrán hacer constar su parecer discrepante. Si alguno de los árbitros no lo firmase, se entenderá que se adhiere a la decisión de la mayoría.

Para el 37.4, el 33.2

Art33

2. El laudo será motivado cuando los árbitros decidan la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho.

Para el 37.5, el 32.1

Art32

1. El laudo deberá dictarse por escrito. Expresará al menos las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, el lugar en que se dicta, la cuestión sometida a arbitraje, una sucinta relación de las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y la decisión arbitral.

Para el 37.6, el 35.1

Art35

1. Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje que incluirán los honorarios y gastos debidamente justificados de los árbitros, los gastos que origine la protocolización notarial del laudo y su aclaración, los derivados de notificaciones y los que origine la práctica de las pruebas y, en su caso, el coste del servicio prestado por la corporación o asociación que tenga encomendada la administración del arbitraje.

Para el 37.7, el 33.2

Art33

2. El laudo se protocolizará notarialmente y será notificado de modo fehaciente a las partes.

Para el 37.8, el 33.2

Art33

2. El laudo se protocolizará notarialmente y será notificado de modo fehaciente a las partes.

Artículo 38. Terminación de las actuaciones.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, sobre notificación y, en su caso, protocolización del laudo, y en el artículo siguiente, sobre su corrección, aclaración y complemento, las actuaciones arbitrales terminarán y los árbitros cesarán en sus funciones con el laudo definitivo.

2. Los árbitros también ordenarán la terminación de las actuaciones cuando:

a) el demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y los árbitros le reconozcan un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio;

b) las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones;

c) los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

3. Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de dos meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación de los árbitros de conservar la

documentación del procedimiento. Dentro de ese plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar a los árbitros que le remitan los documentos presentados por ella. Los árbitros accederán a la solicitud siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes al envío, en su caso.

Visión general del artículo 38

La Ley contempla determinadas formas de terminación anormal del procedimiento arbitral y da respuesta al problema de la extensión del deber de los árbitros de custodia de las actuaciones.

Enmiendas al artículo 38

La ENMIENDA NUM. 35 Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) propuso la siguiente redacción, “Se mejora el procedimiento arbitral si se prevé que puedan las instituciones arbitrales conservar la documentación cuando hayan sido ellas las que han gestionado el arbitraje”:«3.Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de dos meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación de los árbitros de conservar la documentación del procedimiento. Cuando el arbitraje haya sido administrado por una Institución arbitral, la documentación quedará depositada en esta. Cada parte podrá solicitar la devolución de la documentación presentada por ella. También podrá solicitar copia de los dictámenes periciales e informes emitidos a su instancia o de los árbitros. En ambos casos, el solicitante asumirá los gastos correspondientes.»

La ENMIENDA NUM. 102 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) propuso la siguiente redacción: «3.Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado...» (resto igual) «... que le remitan los documentos presentados por ella. Los árbitros accederán a la solicitud siempre que el solicitante asuma los gastos correspondientes.»; por partir de la premisa de que “No se entiende que una documentación entregada por la parte pueda afectar al secreto de la deliberación arbitral.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 38.1

Se regula ex novo

Para el 38.2

Se regula ex novo

Para el 38.3

Se regula ex novo

ARTÍCULO 39 Corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo

1. Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros:

a. La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.

b. La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo.

- c. El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él.
- d. La rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

2. Previa audiencia de las demás partes, los árbitros resolverán sobre las solicitudes de corrección de errores y de aclaración en el plazo de diez días, y sobre la solicitud de complemento y la rectificación de la extralimitación, en el plazo de veinte días.
3. Dentro de los 10 días siguientes a la fecha del laudo, los árbitros podrán proceder de oficio a la corrección de errores a que se refiere el párrafo a) del apartado 1.
4. Lo dispuesto en el artículo 37 se aplicará a las resoluciones arbitrales sobre corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo.

5. Cuando el arbitraje sea internacional, los plazos de diez y veinte días establecidos en los apartados anteriores serán plazos de uno y dos meses, respectivamente.

Artículo 39, rúbrica y apartados 1, 2 y 4 modificados por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 21 de Mayo de 2011.

Visión general del artículo 39

En la regulación de la corrección y aclaración del laudo se modifican los plazos, para hacerlos más adecuados a la realidad, y se distingue en función de que el arbitraje sea interno o internacional, dado que en este último caso puede bien suceder que las dificultades de deliberación de los árbitros en un mismo lugar sean mayores. Se introduce además la figura del complemento del laudo para suplir omisiones

Enmiendas al artículo 39

No se presentaron

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 39.1, el 36.1

Art36

1. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación del laudo cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros que corrijan cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o similar o que aclaren algún concepto oscuro u omisión del laudo.

Para el 39.2, el 36.2

2. Los árbitros resolverán dentro de los diez días siguientes, protocolizarán su decisión notarialmente y harán que se notifique fehacientemente a las partes. Si en el plazo señalado no hubiesen resuelto se entenderá que deniegan la petición.

Para el 39.3

Se regula ex novo

Para el 39.4

Se regula ex novo

Para el 39.5

Se regula ex novo

TÍTULO VII

De la anulación y de la revisión del laudo

Artículo 40. Acción de anulación del laudo.

Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este Título.

Visión general del artículo 40

Respecto de la anulación, se evita la expresión "recurso", por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo.

Enmiendas al artículo 40

No se presentaron

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para 40, el 46.2

Art46

2. El recurso se interpondrá por medio de un escrito motivado que habrá de ser presentado dentro de los diez días siguientes al de la notificación del laudo o de la aclaración a que se refiere el artículo 36, si alguna de las partes la hubiere solicitado.

Artículo 41. Motivos.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a) que el convenio arbitral no existe o no es válido;
- b) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;
- c) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión;
- d) que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley;
- e) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje;
- f) que el laudo es contrario al orden público;

2. Los motivos contenidos en los literales b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.

3. En los casos previstos en los literales c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.

4. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.

Visión general del artículo 41

Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. El elenco de los motivos y su apreciabilidad de oficio o sólo a instancia de parte se inspiran en la Ley Modelo. Se amplía el plazo para el ejercicio de la acción de anulación, lo que no ha de perjudicar a la parte que haya obtenido pronunciamientos de condena a su favor, porque el laudo, aun impugnado, tiene fuerza ejecutiva.

Enmiendas al artículo 41

Las ENMIENDAS NUM. 23 y 24 de GPMX, y la ENMIENDA NUM. 103 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) pretendieron modificar los apartados 1 y 2 del artículo 41, pues propusieron añadir como causa de anulación «g) Que el laudo se hubiere dictado fuera de plazo.», por entender que ello “Supone una garantía para las partes que el laudo sea dictado en el plazo establecido e incide en la responsabilidad de los árbitros.”, pudiendo la misma ser apreciada de oficio al igual que las recogidas en los literales b), e) y f)

La ENMIENDA NUM. 25 de GPMX planteó, en el apartado 4, sustituir «dos meses» por «... quince días...», ya que entiende que “Conviene recortar el plazo de dos meses a 15 días para ejercitar la acción de nulidad.”

La ENMIENDA NUM. 36 Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) propuso añadir un nuevo párrafo al apartado 3, con la redacción que sigue: «Salvo que la anulación se base en el motivo previsto en el literal a) del apartado 1, la anulación del laudo no afectará a la pervivencia del contrato arbitral.» Su justificación viene dada porque se trata de contemplar la posibilidad de que la anulación del laudo, salvo en el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 --cuando el convenio arbitral no existe o no es válido-- no conlleve la anulación del convenio arbitral, es decir el convenio arbitral estará vigente y podrá servir de cauce y fundamento para volver a la vía arbitral como foro de resolución del fondo de la controversia. En tal sentido se pronuncia la normativa alemana.”

La ENMIENDA NUM. 49 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), así como la ENMIENDA NUM. 65 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) propuso los siguientes cambios: Añadir una nueva letra c) bis en el apartado 1 con el contenido siguiente: «1./.../.c)bis. Que el laudo ha sido dictado fuera de plazo.

2. Los motivos contenidos en los literales b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca /.../. 4. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro del mes siguiente a su notificación o, /.../» Todos estos cambios los justifica en que “Además de en coherencia con la enmienda al artículo 37, si no se establece alguna sanción para el supuesto de que se dicte el laudo fuera de plazo podríamos dar lugar a larguísimos procedimientos. En cuanto a la modificación del apartado 2 debe llamarse la atención sobre la dificultad que, para la parte demandante, supone el hecho de tener que demostrar que no ha sido debidamente notificada de

la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales. Por ello, creemos que la vulneración de los Derechos de defensa debe constituirse como un motivo de anulación apreciable de oficio. Y no, como prevé el Proyecto, como un motivo de anulación apreciable a instancia de parte. Insistir en esta interpretación, además de seguir unos derroteros diametralmente opuestos a los marcados por el TJCE en este ámbito, plantea, a nuestro entender, serias dudas de constitucionalidad. Por ello, y como recuerda nuestra doctrina, será la parte demandante quien mejor pueda demostrar que la notificación fue hecha, «quien esté en mejores condiciones para controlar la corrección de la misma y, llegado el caso, quien mejor pueda subsanar los posibles defectos a un menor coste». En cuanto a la reducción del plazo para el ejercicio de la acción de anulación a diferencia de los escasos diez días que prevé la todavía en vigor LAB de 1988, el Proyecto actual amplía a dos meses el ejercicio de dicha acción. Resulta un tanto contradictorio con el espíritu de la futura norma que, en principio, los árbitros cuenten con seis meses para dirimir la controversia, y que, sin embargo, la acción de anulación pueda ejercerse en un plazo proporcionalmente mucho mayor. Repárese en que la celeridad del arbitraje debe seguir siendo un argumento importante para fomentarlo. Hay que tener en cuenta que, en virtud del actual artículo 40, «Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación». Y en virtud del artículo 41.4 «La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación». De lo cual se deduce, por lo que ahora interesa, que únicamente será posible ejercitar la acción de anulación cuando el arbitraje haya concluido. En nuestra opinión, sin embargo, y a la luz de los motivos de anulación que acoge el legislador, nada obstaría para que la acción en cuestión pudiera ejercitarse antes de la finalización del procedimiento arbitral. Este sería el caso, por ejemplo, cuando la parte interesada quisiera hacer valer la nulidad del convenio arbitral, la falta de notificación, o la irregularidad en la designación de los árbitros. Y es que, dándose alguno de los motivos apuntados, no parece que tenga mucho sentido esperar a la misma consumación del procedimiento arbitral. De hecho, esa la idea que subyace en la Ley Modelo de UNCITRAL cuyo artículo 34.4 establece que: «El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.»

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 41.1, el 45

Art45

El laudo podrá anularse en los siguientes casos:

1. Cuando el convenio arbitral fuese nulo.
2. Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidas en la Ley.
3. Cuando el laudo se hubiere dictado fuera de plazo.
4. Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. En estos casos la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a las cuestión principal.
5. Cuando el laudo fuese contrario al orden público.

Para el 41.2

Se regula ex novo

Para el 41.3, el 45.4

Art45

4. Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. En estos casos la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a las cuestión principal.

Para el 41.4, el 46.2

Art46

2. El recurso se interpondrá por medio de un escrito motivado que habrá de ser presentado dentro de los diez días siguientes al de la notificación del laudo o de la aclaración a que se refiere el artículo 36, si alguna de las partes la hubiere solicitado.

Artículo 42. Procedimiento.

1. La acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal, sin perjuicio de las siguientes especialidades:
 - a. La demanda deberá presentarse conforme a lo establecido en el artículo 399 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, acompañada de los documentos justificativos de su pretensión, del convenio arbitral y del laudo, y, en su caso, contendrá la proposición de los medios de prueba cuya práctica interese el actor.
 - b. El Secretario Judicial dará traslado de la demanda al demandado, para que conteste en el plazo de veinte días. En la contestación, acompañada de los documentos justificativos de su oposición, deberá proponer todos los medios de prueba de que intente valerse. De este escrito, y de los documentos que lo acompañan, se dará traslado al actor para que pueda presentar documentos adicionales o proponer la práctica de prueba.
 - c. Contestada la demanda o transcurrido el correspondiente plazo, el Secretario Judicial citará a la vista, si así lo solicitan las partes en sus escritos de demanda y contestación. Si en sus escritos no hubieren solicitado la celebración de vista, o cuando la única prueba propuesta sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o en el caso de los informes periciales no sea necesaria la ratificación, el Tribunal dictará sentencia, sin más trámite.

2. Frente a la sentencia que se dicte no cabrá recurso alguno.

Artículo 42, apartado 1, modificado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 21 de Mayo de 2011.

Visión general del artículo 42

El procedimiento para el ejercicio de la acción de anulación trata de conjugar las exigencias de rapidez y de mejor defensa de las partes. Así, tras una demanda y una contestación escritas, se siguen los trámites del juicio verbal.

Enmiendas al artículo 42

No se presentaron

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para 42.1, el 46.2, el 46.3, el 47, el 48 y el 49.1

Art46

2. El recurso se interpondrá por medio de un escrito motivado que habrá de ser presentado dentro de los diez días siguientes al de la notificación del laudo o de la aclaración a que se refiere el artículo 36, si alguna de las partes la hubiere solicitado.
3. En dicho escrito se expondrán los fundamentos que sirvan para apoyar el motivo o motivos de anulación invocados, proponiéndose la prueba que sea necesaria y pertinente.

Art47

1. Al escrito de recurso se acompañarán los documentos justificativos del convenio y del laudo arbitrales.
2. La Sala dispondrá los apremios necesarios para compeler a los árbitros a la entrega de las actuaciones arbitrales, si fueren necesarias y el recurrente no hubiere podido obtenerlas.

Art48

1. Las demás partes podrán impugnar por escrito el recurso dentro de veinte días desde el traslado de la copia del mismo, proponiendo, si fueren necesarias, las pruebas que reúnan los requisitos anteriormente expresados.
2. Las pruebas habrán de practicarse en el plazo máximo de veinte días.

Art49

1. Dentro de seis días desde la terminación del plazo concedido para la práctica de las pruebas, las partes podrán solicitar vista pública. La Sala accederá a ella dentro de los dos días siguientes, si al menos una parte la pidiere.

Para el 42.2, el 49.2

Art49

2. Dentro de los diez días siguientes al transcurso del plazo señalado en el párrafo anterior sin petición de vista o, en otro caso, de los posteriores a la celebración de ésta, la Audiencia Provincial dictará sentencia contra la que no cabrá ulterior recurso.

Artículo 43. Cosa juzgada y revisión de laudos firmes.

El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

Artículo 43 modificado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 21 de Mayo de 2011.

Enmiendas al artículo 43

No se presentaron

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para 43, el 37

Art37

El laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Contra el mismo sólo cabrá el recurso de revisión, conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes.

TÍTULO VIII

De la ejecución forzosa del laudo

Artículo 44. Normas aplicables.

La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este Título.

Visión general del artículo 44

En realidad, la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene todas las normas, tanto generales como específicas, sobre esta materia. La presente Ley se ocupa únicamente de la posibilidad de ejecución forzosa del laudo durante la pendencia del procedimiento en que se ejercite la acción de anulación.

Enmiendas al artículo 44

La ENMIENDA NUM. 26 de GPMX propuso añadir un nuevo párrafo con un texto del siguiente tenor: «No obstante lo anterior, en los procedimientos de ejecución de laudos el Juez que conozca de la misma, de oficio o a instancia de las partes, podrá solicitar de los árbitros las aclaraciones y consideraciones que se estimen oportunas con relación a las incidencias que pudieran presentarse en la adecuación de la ejecución efectuada con el laudo arbitral.» Como justificación, señala que “En la fase de ejecución del laudo, puede haber cuestiones de contenido declarativo cuya interpretación necesita la aclaración o consideración del árbitro que dictó el laudo. De esta forma se abre la posibilidad de actuación del árbitro en el proceso de ejecución, siempre que el Juez que conozca del asunto lo estime necesario y lo solicite bien de oficio o bien a instancia de las partes.”

La ENMIENDA NUM. 37 Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) propuso la adición de un segundo párrafo con la redacción siguiente: «No obstante lo previsto en el artículo 38, cuando la ejecución del laudo suponga la realización de suministros o la ejecución de obras o servicios o cualquier otra obligación de hacer, las partes o el Tribunal someterán a la consideración de los árbitros las incidencias que se produzcan acerca de la adecuación de la ejecución efectuada al laudo arbitral.» Y ello porque “Si bien el artículo 38 prevé la finalización de la función arbitral, y la ejecución forzosa de los laudos corresponde a los Tribunales, como poderes en los que reside la función jurisdiccional plena y por tanto las facultades de ejecución, ello no obstante, parece adecuado prever la posibilidad de consulta a los árbitros en el caso de que se

produjeran incidentes en los supuestos de ejecución que supongan obligaciones de hacer con la única finalidad de que los árbitros se pronuncien sobre la adecuación de la ejecución que se va a llevar a cabo respecto con el laudo arbitral.”

La ENMIENDA NUM. 104 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de *Convergència i Unió* (GPCIU) siguió una línea muy similar al proponer: «La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este Título. Tanto en la ejecución forzosa, así como en la voluntaria, no obstante lo previsto en el artículo 38 de esta Ley, y cuando la ejecución del laudo suponga la realización de suministros o la ejecución de obras o servicios o cualquier otra obligación de hacer, las partes, o en su caso el juez, someterán a la consideración de los árbitros, las incidencias que se produzcan acerca de la adecuación de la ejecución efectuada con el laudo arbitral.» La justificación para ello es que “En la fase de ejecución del laudo, la experiencia indica que puede haber cuestiones de contenido declarativo cuya interpretación que debiera corresponder conocer al árbitro, por ser este el que ha dictado el auto. Debe reconocerse la capacidad del árbitro de actuación en fase ejecutoria, impulsando e incluso dirigiendo dicha ejecución.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para 44, el 52

Art52

Serán ejecutables de acuerdo con lo dispuesto en este Título los laudos dictados conforme a lo establecido en la presente Ley, dentro de la extensión y límites de la jurisdicción española.

Artículo 45. Suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo.

1. El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación. No obstante, en ese caso el ejecutado podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo. La caución podrá constituirse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶⁹⁸. Presentada la solicitud de suspensión, el tribunal, tras oír al ejecutante, resolverá sobre la caución. Contra esta resolución no cabrá recurso alguno.

2. El Secretario judicial alzará la suspensión y ordenará que continúe la ejecución cuando conste al Tribunal la desestimación de la acción de anulación, sin perjuicio del derecho del ejecutante a solicitar, en su caso, indemnización de los daños y perjuicios causados por la demora en la ejecución, a través de los cauces ordenados en los artículo 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶⁹⁸ 529.3 LEC: Si se tratase de ejecución provisional de sentencia de condena no dineraria y se hubiere alegado la causa segunda del apartado 2 del artículo 528, de oposición a la ejecución provisional, el que la hubiere solicitado, además de impugnar cuanto se haya alegado de contrario, podrá ofrecer caución suficiente para garantizar que, en caso de revocarse la sentencia, se restaurará la situación anterior o, de ser esto imposible, se resarcirán los daños y perjuicios causados.

3. El Secretario judicial alzará la ejecución, con los efectos previstos en los artículos 533 y 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando conste al Tribunal que ha sido estimada la acción de anulación.

Artículo 45, apartados 2 y 3, modificados por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Visión general del artículo 45

La Ley opta por atribuir fuerza ejecutiva al laudo aunque sea objeto de impugnación. Ningún sentido tendría que la ejecutividad del laudo dependiera de su firmeza en un ordenamiento que permite ampliamente la ejecución provisional de sentencias. La ejecutividad del laudo no firme se ve matizada por la facultad del ejecutado de obtener la suspensión de la ejecución mediante la prestación de caución para responder de lo debido, más las costas y los daños y perjuicios derivados de la demora en la ejecución. Se trata de una regulación que trata de ponderar los intereses de ejecutante y ejecutado.

Enmiendas al artículo 45

No se presentaron

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para 45.1, el 53

Art53

El laudo es eficaz desde la notificación a las partes. Transcurrido el plazo señalado en el artículo 46, 2, sin que el laudo haya sido cumplido, podrá obtenerse su ejecución forzosa, ante el Juez de Primera Instancia del lugar en donde se haya dictado, por los trámites establecidos para la ejecución de sentencias firmes con las especialidades de los artículos siguientes.

Para 45.2, el 55.2

Art55

2. Fuera de los casos previstos en el párrafo anterior, el Juez dictará auto despachando la ejecución.

Para el 45.3, el 55.1

Art55

1. El Juez dará traslado de la petición de ejecución y de los documentos presentados a la otra parte, quien, en el plazo de cuatro días, podrá alegar la pendencia del recurso de anulación regulado en el Título VII, siempre que se acredite documentalmente con el escrito de oposición, en cuyo caso el Juez dictará sin dilación auto suspendiendo la ejecución hasta que recaiga resolución de la Audiencia, o la anulación judicial del laudo, acreditada mediante testimonio de la sentencia a que se refiere el artículo 49, 2, de esta Ley, en cuyo caso, el Juez dictará auto denegando la ejecución.

TÍTULO IX

Del exequátur de laudos extranjeros

Artículo 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables.

1. Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español.
2. El exequátur 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, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Visión general del artículo 46

El Título IX regula el exequátur de laudos extranjeros, compuesto por un único precepto en el que, además de mantenerse la definición de laudo extranjero como aquel que no ha sido dictado en España, se hace un reenvío a los convenios internacionales en los que España sea parte y, sobre todo, al Convenio de Nueva York de 1958. Dado que España no ha formulado reserva alguna a este Convenio, resulta aplicable con independencia de la naturaleza comercial o no de la controversia y de si el laudo ha sido o no dictado en un Estado parte en el Convenio. Esto significa que el ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York en España hace innecesario un régimen legal interno de exequátur de laudos extranjeros, sin perjuicio de lo que pudieran disponer otros convenios internacionales más favorables.

Enmiendas al artículo 46

La ENMIENDA NUM. 50 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), así como la ENMIENDA NUM. 66 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), propuso la adición de dos nuevos apartados con el contenido siguiente: «3. Para tramitar el procedimiento de exequátur de laudos extranjeros las partes no estarán obligadas a legalizar los documentos que deban aportar. 4. Podrá ser apreciado de oficio como causa de denegación del reconocimiento de un laudo extranjero la vulneración del derecho de defensa.» Como justificación se señala que «La técnica de remisión del apartado 2 al CNY no es del todo satisfactoria. Y no lo es porque no sólo no soluciona satisfactoriamente muchos de los problemas que el CNY plantea, sino porque, además, tiende a consolidarlos. Por más que convengamos que el CNY ha sido el verdadero impulsor del arbitraje comercial internacional en los últimos tiempos, y por más que convengamos también que se trata de un instrumento con un altísimo número de ratificaciones --más de ciento cincuenta--, no debe obviarse que, en la actualidad, su articulado ha quedado parcialmente anticuado. La contradictoria jurisprudencia que en los últimos años ha generado así lo demuestra. Sin ánimo de exhaustividad, baste ahora con traer a colación en este contexto el artículo IV y V del citado instrumento. El primero de ellos --el artículo IV-- dispone qué documentos debe presentar la parte que pretenda el reconocimiento/ejecución del laudo extranjero. Dichos documentos, convenio y laudo arbitral --o copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad-- deben presentarse legalizados y traducidos. Pero además, establece el precepto que «La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático». Pues bien, la aportación en este contexto del convenio arbitral debe reputarse, en nuestra opinión, como un acto innecesario. En primer lugar porque, a priori, no parece que se trate de un requisito indispensable para iniciar el proceso de homologación, sino más bien un elemento, cuya hipotética invalidez, pudiera configurar una causa de denegación del exequátur. Y en segundo lugar, porque la necesaria legalización --o autenticación de su copia-- de convenio arbitral concebido a partir de un intercambio de correos electrónicos puede traer aparejados toda una cadena de inconvenientes, e incluso devenir en un trámite de imposible cumplimiento. Por otro lado, también el artículo V del

Convenio --verdadero núcleo duro del texto-- plantea numerosos problemas. El citado precepto contempla la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero cuando se hayan vulnerado los Derechos de defensa de la parte contra la cual se invoca el exequátur. En virtud del citado precepto, es precisamente sobre esa parte --esto es, sobre la parte demandada en el proceso de exequátur-- sobre la que recae la carga de la prueba de esa vulneración del Derecho de defensa --de ordinario, circunscrito al ámbito de la notificación--. Pues bien, esta cuestión plantea las mismas dudas comentadas a la enmienda al artículo 41.2. La redacción propuesta adapta más el controvertido tenor del artículo V CNY a las directrices trazadas por el TJCE en interpretación, por ejemplo, de lo que debe entenderse por vulneración de los Derechos de defensa.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para el 46.1, el 56.2

Art56

2. Se entiende por laudo arbitral extranjero el que no haya sido pronunciado en España.

Para el 46.2, el 56.1, el 57, el 58 y el 59

Art56

1. Los laudos arbitrales extranjeros serán ejecutados en España de conformidad con los Tratados internacionales que formen parte del ordenamiento interno y, en su defecto, de acuerdo con las normas de la presente Ley.

Art57

La ejecución de los laudos arbitrales extranjeros se solicitará ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por cualquiera de las partes.

Art58

1. La ejecución del laudo se llevará a efecto según las reglas establecidas en el ordenamiento procesal civil para la ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros.

2. Denegada por defectos formales la ejecución del laudo arbitral extranjero, la parte a quien interese aquélla podrá, una vez subsanados dichos defectos, volver a solicitarla.

Art59

La Sala declarará no haber lugar a la ejecución sólo si el laudo es contrario al orden público o si los árbitros han resuelto sobre cuestiones que, conforme a la Ley española, no son susceptibles de arbitraje. A instancia de parte o del Ministerio Fiscal la Sala podrá hacer la misma declaración:

- a) Si el convenio arbitral es nulo conforme a la Ley que resulte aplicable.
- b) En los casos del número 2 del artículo 45, conforme a la Ley que resulte aplicable.
- c) Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión

Disposición adicional única. Arbitrajes de consumo.

La presente Ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá

establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho.

Enmiendas a la disposición adicional única

La ENMIENDA NUM. 27 de GPMX, al igual que la ENMIENDA NUM. 51 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) y la ENMIENDA NUM. 67 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), propuso su supresión “En coherencia con las enmiendas anteriores, excluyendo expresamente del ámbito de aplicación de esta Ley los arbitrajes de consumidores.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para DA única, la DA Primera

1. La presente Ley será de aplicación a los arbitrajes a que se refieren la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios; el artículo 34, 2, de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de ordenación del seguro privado; la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, y el artículo 143 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en todo lo no previsto en las mismas y en las disposiciones que las desarrollan. No obstante, no será precisa la protocolización notarial del laudo, que dictará por los órganos arbitrales previstos en dichas normas.

Disposición transitoria única. Régimen transitorio.

1. En los casos en que con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley el demandado hubiere recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje o se hubiere iniciado el procedimiento arbitral, éste se regirá por lo dispuesto en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. No obstante, se aplicarán en todo caso las normas de la presente Ley relativas al convenio arbitral y a sus efectos.

2. A los laudos dictados con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley les serán de aplicación las normas de ésta relativas a anulación y revisión.

3. Los procedimientos de ejecución forzosa de laudos y de exequátur de laudos extranjeros que se encontraren pendientes a la entrada en vigor de la presente Ley se seguirán sustanciando por lo dispuesto en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

Enmiendas a la disposición transitoria única

No se presentaron

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para la DT única, la DT

DISPOSICION TRANSITORIA

Salvo en los casos en que el procedimiento arbitral se hubiese iniciado ya, los arbitrajes cuyo convenio arbitral se hubiere celebrado antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por las disposiciones contenidas en la misma.

Disposición derogatoria. Derogaciones.

Queda derogada la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

Enmiendas a la disposición derogatoria

No se presentaron

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para DD, la DD

DISPOSICION DEROGATORIA

1. Queda derogada la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho privado.
2. Quedan derogados el número 4 del artículo 1.687 y la sección IX del Título XXI del Libro Segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
3. El capítulo II del Título XIII del Libro Cuarto del Código Civil queda sin contenido.
4. Quedan derogadas, además, cuantas disposiciones se opongan a esta Ley.

Disposición final primera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

1. El número 2.º del apartado 2 del artículo 517, queda redactado en los siguientes términos:

"2.º Los laudos o resoluciones arbitrales".

2. Se añade un nuevo párrafo al número 1.º del apartado 1 del artículo 550 con la siguiente redacción:

"Cuando el título sea un laudo, se acompañarán, además, el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquél a las partes".

3. Se adiciona un número 4.º al apartado 1 del artículo 559 con esta redacción:

"4.º Si el título ejecutivo fuera un laudo arbitral no protocolizado notarialmente, la falta de autenticidad de éste".

Enmiendas a la disposición final primera

La ENMIENDA NUM. 52 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), así como la ENMIENDA NUM. 68 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), propuso la adición de una nueva Disposición Final con el contenido siguiente:

"Disposición Final Primera Bis. Modificación del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, puesto que se propone que el contenido del artículo 122 pase a ser el artículo 119, y que se introduzca como nuevo artículo 120 el que se transcribe a continuación: «Artículo 120. Cláusula estatutaria de arbitraje. 1. Los Estatutos sociales originarios podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros de Derecho, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una Corporación de Derecho público, que puede desempeñar funciones arbitrales o a una Asociación sin ánimo de lucro en cuyos Estatutos se prevea el ejercicio de funciones arbitrales. 2. La introducción en los Estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales requerirá el acuerdo de todos los socios.». Como justificación para ello se señala que "El tema del arbitraje societario resulta extraordinariamente complicado. En primer lugar, porque está fuera de toda duda que los terceros legitimados para

impugnar los acuerdos nulos no quedan sometidos al arbitraje estatutario; y, en segundo lugar, y sobre todo, porque, como consecuencia de la inexistencia de normas legales sobre el particular, en la práctica comienzan a introducirse cláusulas de arbitraje de equidad para resolver los conflictos societarios que, objetivamente, no son las más adecuadas en organizaciones de carácter mercantil. Por estas razones se propone introducir una norma en la Ley de Sociedades Anónimas, siguiendo como modelo el artículo 109 de la Propuesta de Código de Sociedades mercantiles aprobada por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación el 16 de mayo de 2002. La referida norma se introduciría en la Ley de Sociedades Anónimas, pero sería también de aplicación a las sociedades comanditarias por acciones (art. 152 C. de c.) y a las Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 56 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo).”

La ENMIENDA NUM. 53 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), así como la ENMIENDA NUM. 69 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), planteó la adición de una nueva Disposición Final con el contenido siguiente: Disposición Final Primera ter. Modificación de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre de medidas Fiscales, administrativas y del orden social. Así pues, propuso la adición de una nueva letra e) en el subapartado 1 del apartado Uno, la modificación del apartado Dos, la inclusión de una nueva letra f) del subapartado 1 del apartado Cuatro, y la inclusión de un nuevo supuesto en los subapartados 1 y 2 del apartado Seis del artículo 35 que queda redactado de la forma siguiente:

«Artículo 35. Tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo. Uno. Hecho imponible y ámbito de aplicación. 1.e) La solicitud de asistencia judicial en la práctica de pruebas en los procedimientos arbitrales. Dos. Sujetos pasivos. Son sujetos pasivos de la tasa quienes promuevan el ejercicio de la potestad jurisdiccional, o en su caso, soliciten asistencia judicial en la práctica de pruebas en los procedimientos arbitrales y realicen el hecho imponible de la misma. Cuatro. Devengo de la tasa. 1.f) Solicitud de asistencia judicial en la práctica de pruebas en los procedimientos arbitrales. Seis. Determinación de la cuota tributaria. 1. En el orden jurisdiccional civil. (cuadro) 2. En los supuestos de solicitud de asistencia judicial en la práctica de pruebas en los procedimientos arbitrales el tipo de gravamen será el que corresponda, según la siguiente escala (cuadro). Como justificación para ello se señala que “En relación a las funciones de apoyo y control del arbitraje por los Juzgados y Tribunales, la regulación se concibe como de prestación de servicios gratuitos. Que el Juez acuerde medidas cautelares, que realice las pruebas cuando quieran los árbitros o cualquiera de las partes con la aprobación de éstos, y todo ello sin fijar en ningún lado la repercusión de gastos y costas por la cooperación judicial.”

La ENMIENDA NUM. 54 Del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), así como la ENMIENDA NUM. 70 Del Grupo Parlamentario Socialista (GPS). propuso la adición de una nueva Disposición Final con el contenido siguiente: «Disposición Final Primera quáter. Arbitraje de Consumo. El Gobierno, en el plazo de tres meses desde la publicación de esta Ley, arbitrará los medios técnicos y materiales necesarios que permita una mejora de los arbitrajes de consumo, así como los recursos necesarios para hacer frente al importante déficit de financiación que padece. Del mismo modo deberá adoptar aquellas medidas que fomenten, no sólo las adhesiones al arbitraje de consumo, sino que dichas adhesiones sean de calidad, especialmente cuando se trate de empresas públicas o que presten un servicio público.» Y ello, porque “Afirma el Gobierno, que la nueva Ley tendrá unos efectos sumamente beneficiosos para el funcionamiento del Arbitraje y en consecuencia para el tráfico mercantil y reducción de la conflictividad judicial. Estamos seguros que de efectuar el Gobierno las actuaciones que se le reclaman si se hará verdad esa afirmación en cuanto a la reducción de la conflictividad de los Tribunales y, además, se mejorará la protección de los consumidores.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Para DF primera, la DA tercera

DISPOSICIONES ADICIONALES

Tercera

1. Se añade un nuevo número al artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la siguiente redacción:

«8.ª La sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje.»

2. La excepción 10 del artículo 1.464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tendrá la siguiente redacción:

«10. La sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje

Disposición final segunda. Habilitación competencial.

La presente Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149.1.6.ª y 8.ª de la Constitución.

Enmiendas a la disposición final segunda

La ENMIENDA NUM. 38 Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) propuso la siguiente redacción: «La presente Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.6ª y 8ª de la Constitución, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre las especialidades que en estos órdenes se deriven de las particularidades de su derecho sustantivo propio y de las competencias en orden a la conservación, modificación y desarrollo de sus derechos civiles forales y especiales.» La citada redacción se justifica por una “Mayor claridad y seguridad jurídica al establecer los fundamentos competenciales, fundamentos que no pueden olvidar los preceptos alegados cuando se refieren a las garantías que deben establecerse para el respeto del derecho procesos ligado al derecho sustantivo de las CC.AA. así como del régimen de conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales allí donde existan.”

Artículos vinculados en la Ley 36/88

Se regula ex novo

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Enmiendas a la disposición final tercera

La ENMIENDA NUM. 28 del GPMX propuso sustituir «tres meses» por «seis meses», al entender que “Es necesario ampliar el plazo de «vacatio legis» de tres a seis meses para permitir una mayor y mejor difusión del contenido de esta reforma.”

NOTA SOBRE LABS ENMIENDAS

Las enmiendas números 1 a 28, de los Sres. Cabrero Palomares y Cuenca Cañizares, son rechazadas por mayoría; las enmiendas números 29 a 38, del G.P. Senadores Nacionalistas Vascos, son desestimadas por mayoría; y por mayoría se resuelve no incorporar al texto del Proyecto de Ley las enmiendas números 39 a 54, del G. P. Entesa Catalana de Progrés.

Las enmiendas números 71 a 88 y 90 a 104, del G. P. Convergència i Unió, son desestimadas por mayoría. Resulta en cambio aprobada, por unanimidad, la enmienda número 89 de dicho Grupo Parlamentario.

Las enmiendas números 55 a 70, del G.P. Socialista, son rechazadas por mayoría. La Ponencia, por unanimidad, acuerda introducir otras dos modificaciones en el texto del Proyecto de Ley, que afectan a los artículos 8 y 15.

La modificación que se lleva a cabo en el artículo 8 afecta a su apartado 6, que pasa a tener la siguiente redacción: «Para el exequátur de laudos extranjeros será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.» El cambio introducido en el artículo 15 consiste en la adición al mismo de un nuevo apartado, que pasa a ser el apartado 1, con el siguiente texto: «1. En los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad de acuerdo con el artículo 34, se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario.» Como consecuencia de esta modificación se cambia la numeración de los demás apartados, que pasan a ser correlativamente los números 2, 3, 4, 5, 6 y 7, efectuándose además la necesaria adaptación de la remisión contenida en el último de estos apartados.

LEY 11/2011, DE 20 DE MAYO, DE REFORMA DE LA LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE Y DE REGULACIÓN DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.

BOE-A-2011-8847

Fecha de Entrada en Vigor: 10 de Junio de 2011

PREÁMBULO

I

La vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ha supuesto un avance cualitativo de entidad en la regulación de esta institución, estableciendo un nuevo marco para el arbitraje interno e internacional que toma como referencia la Ley Modelo de la UNCITRAL, sobre el arbitraje comercial, aprobada el 21 de junio de 1985.

Sin ánimo de exhaustividad, los logros de esta Ley pasan por la formulación unitaria del arbitraje, el reconocimiento del arbitraje internacional, el aumento de la disponibilidad arbitral, sus reglas sobre notificaciones, comunicaciones y plazos, el apoyo judicial al arbitraje o su antiformalismo.

Sin embargo, dentro del impulso de modernización de la Administración de Justicia, que también incluye la aprobación de una futura Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se trata ahora de modificar algún aspecto de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que en la práctica se ha mostrado mejorable y que contribuya al fomento de los medios alternativos de solución de conflictos y, en especial, del arbitraje, al que las sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988 y 62/1991 ya reconocieron la consideración de «equivalente jurisdiccional».

II

Con este propósito de impulsar el arbitraje, la presente Ley comienza por llevar a cabo una reasignación de las funciones judiciales en relación con el arbitraje, tanto las funciones de apoyo, como el conocimiento de la acción de anulación del laudo y el exequátur de laudos extranjeros, que permita dar más uniformidad al sistema mediante una «elevación» de determinadas funciones. Se trata, en concreto, de las relativas al nombramiento y remoción judicial de árbitros, el conocimiento de la acción de anulación del laudo y la competencia para conocer el exequátur de los laudos extranjeros, que ahora se atribuyen a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, manteniéndose en los Tribunales de Primera Instancia la competencia de ejecución. Estos cambios han llevado a dar una nueva redacción al artículo 8 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como a modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.

La Ley también aclara, mediante la inclusión de dos nuevos preceptos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital. Con la modificación se reconoce la arbitrabilidad de los conflictos que en ellas se planteen, y en línea con la seguridad y transparencia que guía la reforma con carácter general, se exige una mayoría legal reforzada para introducir en los estatutos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje. Junto a ello también se establece que el sometimiento a arbitraje, de la impugnación de acuerdos societarios, requiere la administración y designación de los árbitros por una institución arbitral.

Otras modificaciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, buscan incrementar tanto la seguridad jurídica como la eficacia de estos procedimientos a la vista de la experiencia de estos últimos años. Con ello se pretende mejorar las condiciones para que definitivamente se asienten en España arbitrajes internacionales, sin desdeñar que al tratarse de una regulación unitaria, también se favorecerán los arbitrajes internos. De la misma forma se procede a reforzar el papel de las instituciones arbitrales, así como a una mejor estructuración del nombramiento de los árbitros, abriendo el abanico de profesionales, con conocimientos jurídicos que pueden intervenir en el mismo, cuando se trata de un arbitraje de derecho. Pero, también, previendo, de forma expresa, que es posible la intervención de otro tipo de profesionales, no necesariamente pertenecientes a dicho campo del conocimiento, pues la experiencia internacional plenamente asentada aconsejaba dicha reforma, y ello sin olvidar que de esa manera se produce un mayor acoplamiento a la «libre competencia» que reclaman las instituciones de la Unión Europea. También se concretan las incompatibilidades, en relación con la intervención en una mediación, y se regula la necesidad de asegurar las responsabilidades.

En cuanto a la sustanciación del procedimiento arbitral, se articula un nuevo sistema respecto al idioma del arbitraje, con el que se incrementan las garantías del procedimiento, al reconocerse la posibilidad de utilizar la lengua propia por las partes, por los testigos y peritos, y por cualesquiera terceras personas que intervengan en el procedimiento arbitral. Respecto del laudo, las modificaciones se han centrado en el plazo y forma del laudo. Así, se modula una solución, a favor del arbitraje, para los casos en que el laudo se dicta fuera de plazo, sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros. También se precisan sus formalidades y se exige siempre la motivación de los laudos. Además, se establece un remedio específico para poder rectificar la extralimitación parcial del laudo cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

La anulación y revisión del laudo también es objeto de reforma. La acción de anulación recibe una modificación relevante: a partir de ahora se procede a una mejor articulación del procedimiento. Por otro lado, tras la reforma, se elimina la distinción entre laudo definitivo y firme, estableciendo

que el laudo produce los efectos de cosa juzgada, aunque se ejerciten contra él las acciones de anulación o revisión, lo que supone que puede ser ejecutado forzosamente si no concurre cumplimiento voluntario.

III

Es de reseñar la importancia de la disposición adicional única de esta Ley, en la que se regula un cauce procedimental de carácter ordinario e institucional para resolver los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales, superando los actuales mecanismos de facto, ajenos al rigor jurídico y a la objetividad que son imprescindibles en una organización que, por imperativo constitucional, ha de estar regida por el Derecho y actuar al servicio de los intereses generales bajo la dirección del Gobierno. La indudable naturaleza jurídico pública de las relaciones de organización en el seno de la Administración hacen imprescindible un procedimiento ordinario de resolución de conflictos como el que ahora se configura, más allá de soluciones meramente parciales como pueden ser las ofrecidas por una determinada línea jurisprudencial que ha venido negando a los organismos autónomos legitimación para impugnar los actos de la Administración matriz; línea que hoy encuentra una confirmación legal en el artículo 20.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Se entiende que esos conflictos deben ser resueltos por el Gobierno por lo que al efecto se crea una Comisión Delegada cuya presidencia se otorga al Ministro de la Presidencia, en su función coordinadora de la Administración General del Estado, siendo miembros natos el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia. Asimismo, la secretaría se encarga al Ministerio de Justicia en atención a sus funciones y a la adscripción de los Servicios Jurídicos del Estado.

IV

Adicionalmente se modifica el artículo 722 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de permitir solicitar medidas cautelares a quien acredite ser parte en un convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales, posibilitando con ello una mayor compatibilidad entre lo que se establece en materia de arbitraje y en dicha norma.

Por último, ligada a la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje se encuentra la reforma del artículo 52.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. La nueva redacción se adapta a las soluciones comunitarias en la materia y elimina la incoherencia existente hasta la fecha entre los dos apartados del artículo 52. Se pretende con ella mantener la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso. Es el caso, entre otras, de las acciones relativas a la existencia, validez o cuantía de un crédito, las destinadas al cobro de deudas a favor del deudor, las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del deudor concursal y los litigios relativos a planes de reorganización concluidos entre el deudor y sus acreedores antes de la declaración de apertura. No obstante lo anterior, se faculta al órgano jurisdiccional competente, para suspender de efectos los pactos o convenios arbitrales previamente suscritos, si entendiéndose que los mismos pueden suponer un perjuicio para la tramitación del concurso.