

## RESUMEN

Ante la existencia de un conflicto jurídico que necesariamente ha de ser resuelto, el arbitraje se revela, especialmente, en tiempos de pandemia, como una de las posibles vías de resolución de controversias alternativa al proceso judicial.

El arbitraje descansa sobre los siguientes pilares fundamentales que también se encuentran presentes durante el desarrollo del procedimiento de nombramiento judicial de Árbitro: (i) la autonomía de la voluntad de las partes; (ii) el respeto al principio de igualdad; y (iii) el convenio arbitral suscrito entre las partes, que les obliga a cumplir lo pactado, impidiendo que los tribunales conozcan de las controversias sometidas a arbitraje, siempre y cuando se invoque la sumisión mediante el instrumento procesal de la declinatoria.

Por su parte, debe tenerse en consideración que, sin perjuicio de las distintas teorías que existen sobre la naturaleza jurídica del arbitraje (contractual, jurisdiccional o mixta), la Ley de Arbitraje no realiza ninguna alusión expresa sobre esta cuestión, por lo que existe un gran debate doctrinal al respecto.

Si tenemos en consideración que el art. 117 de la Constitución Española delimita, clara y contundentemente, que la función jurisdiccional corresponde, en exclusiva, a los Juzgados y Tribunales, difícilmente podrá otorgarse al arbitraje estrictamente la naturaleza de *equivalente jurisdiccional* pues es una institución autónoma, con contenido propio (el laudo dictado por el Árbitro es un verdadero acto “judicial” y no un mero efecto “contractual”), pero que carece de íntegras potestades jurisdiccionales –reservadas, única y exclusivamente, a los Juzgados y Tribunales–.

Por consiguiente, compartimos el criterio de gran parte de autores y Tribunales que, paulatinamente, se han alejado del dualismo de las teorías jurisdiccional y contractual, acercándose a una solución *mixta o híbrida*, que participa de ciertos atributos de la jurisdicción, pero también de elementos propios. De este modo, hemos concluido que el arbitraje nace de la voluntad y compromiso de las partes contratantes, así como que el Árbitro ejerce una función pública de resolución de conflictos, regulada por la Ley de Arbitraje, pero que requiere de la intervención jurisdiccional.

En el ámbito del arbitraje internacional también existe una amplia discusión acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, decantándose actualmente la doctrina, del igual modo, por la teoría mixta. A pesar de ello, la teoría autónoma, que considera que el arbitraje es un mecanismo *sui iuris* completamente flexible, aislado de las legislaciones nacionales y que opera al margen de cualquier normativa nacional, puede acabar imponiéndose en el ámbito legislativo del arbitraje internacional.

En este sentido, consideramos que, a pesar de su evidente autonomía, el arbitraje internacional no puede considerarse como una institución absolutamente deslocalizada de las legislaciones nacionales pues, precisamente, para que el arbitraje internacional despliegue toda su eficacia, requiere, inexorablemente, del apoyo y del control de la jurisdicción de la sede del arbitraje. Por consiguiente, nos inclinamos, del mismo modo, hacia una teoría mixta o híbrida del arbitraje internacional.

En efecto, a pesar de las múltiples virtudes de las que goza el arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos, no debemos olvidar que carece, en verdad, de una íntegra potestad jurisdiccional

y, por ello, en ocasiones, requiere del apoyo y del control de la jurisdicción para garantizar su correcto y eficaz funcionamiento.

Algunas de las funciones de intervención jurisdiccional, como la ejecución forzosa o la acción de anulación de laudos han sido ampliamente estudiadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia por su innegable trascendencia para las partes una vez finalizado el procedimiento arbitral.

Estas funciones de apoyo y control jurisdiccional son empleadas también en el desarrollo de arbitrajes internacionales con sede en España. Recuérdese que el art. 1 de la Ley de Arbitraje establece que esta Ley aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional.

Adicionalmente, el apartado 2 del art. 1 de la Ley de Arbitraje indica qué preceptos de la Ley serán de aplicación aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España – entre los que se encuentran los apartados 3,4 y 6 del art. 8 de la Ley de Arbitraje –, por lo que la competencia judicial para impulsar, apoyar y supervisar los arbitrajes extranjeros, en materia de medidas extranjeras como adopción de cautelares, ejecución y reconocimiento de laudos extranjeros estará determinada por los apartados 3,4 y 6 del art. 8 Ley de Arbitraje.

No obstante, existen otras funciones, igualmente relevantes y necesarias, como el procedimiento judicial de nombramiento de Árbitros que, aparentemente, no plantean tantas dificultades y que, por ello, han merecido una menor atención a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal.

A este respecto, la constitución del Tribunal Arbitral es una de las principales expresiones de la autonomía de la voluntad de las partes, así como una de las tantas ventajas de las que el procedimiento arbitral goza frente al procedimiento judicial.

También es cierto que es uno de los momentos más delicados del proceso y que la indudable agilidad del arbitraje depende, en gran medida, de que el Tribunal Arbitral se constituya de forma rápida y eficaz. Más aún, teniendo en consideración que el arbitraje, como método alternativo a la jurisdicción, se ha convertido en una verdadera solución para evitar el colapso que la pandemia causada por la COVID-19, ha provocado en los Juzgados y Tribunales españoles.

Dependiendo del tipo de arbitraje en el que nos encontremos (institucional o *ad hoc*), así como de otras variables (si el convenio prevé un Árbitro único, un Tribunal Arbitral colegiado o nada al respecto; si es un arbitraje nacional o internacional; si es un arbitraje de carácter especial; si concurren pluralidad de partes, etc.), la fase de constitución del Tribunal Arbitral puede alargarse hasta varios meses.

Por tanto, cabe la posibilidad de que este trámite consistente en la constitución del Tribunal Arbitral – cuyo éxito reside en el consenso entre las partes respetando, siempre, el principio de igualdad – se dilate o incluso paralice, voluntaria o involuntariamente.

Es decir, puede ocurrir – y, de hecho, es bastante frecuente – que las partes sean incapaces de ponerse de acuerdo con respecto al nombramiento de los Árbitros que dirimirán su disputa o que, incluso, alguna de ellas simule su disconformidad como mera táctica dilatoria del procedimiento.

Para evitar esta indeseable situación, nuestra Ley de Arbitraje – inspirada en la Ley Modelo Uncitral – prevé que, en caso de desacuerdo entre las partes, cualquiera de ellas podrá acudir a jurisdicción con objeto de que el Tribunal competente intervenga y designe, directamente, a un Árbitro único o a un Tribunal colegiado o, en su caso, adopte las medidas necesarias para su nombramiento.

En consonancia, el apartado tercero del art. 15 de la Ley de Arbitraje establece que: “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”.

Este precepto tiene como antecedente la anterior Ley de Arbitraje del 88 que, en su Título VI, recogía la “intervención judicial”, estableciendo en su art. 38 la regulación de la denominada “formalización judicial del arbitraje”.

Esta denominación era una herencia de la anterior Ley de Arbitraje del 53, en cuyo art. 10 se estipulaba el modo para llevar a cabo la “formalización judicial del compromiso”, en cuya virtud la parte interesada debía dirigirse al Juez competente de Primera Instancia justificando notarialmente la negativa del contrario e indicando el nombre del Árbitro o Árbitros que proponía para dirimir la controversia.

En cualquier caso, esta previsión no era nueva en el marco del derecho internacional. Si bien es cierto que el Convenio de Nueva York, en su art. II (3), prevé que los Tribunales de los Estados contratantes remitirán a las partes a arbitraje en caso de que se hubiera concluido un convenio arbitral (a menos que se compruebe que el convenio es

nulo, ineficaz o inaplicable), nada dice sobre la habilitación de los Tribunales de los Estados contratantes para nombrar Árbitros. Sin perjuicio de lo anterior, los distintos Estados contratantes han ido adoptando en sus legislaciones nacionales la habilitación suficiente de los Tribunales jurisdiccionales para ejercer esta función de apoyo al arbitraje.

En nuestra Ley de Arbitraje, el nombramiento judicial de Árbitro se plantea como procedimiento subsidiario y supletorio a la voluntad de las partes que, por supuesto, también debe imperar en este ámbito. De hecho, la designación del Árbitro único o del Tribunal Arbitral colegiado por las partes supone, una vez sometida la disputa a arbitraje, una de las principales manifestaciones de la autonomía de la voluntad de sus protagonistas.

De esta forma, el arbitraje descansa en el apoyo de la jurisdicción, evitando que esta institución quede vacía de contenido por el solo hecho de que las partes no consigan alcanzar un acuerdo o no sea posible designar al Árbitro o Árbitros a través del procedimiento acordado entre ellas previamente. Entre otras, esta singular función de intervención jurisdiccional dota de una mayor seguridad jurídica al arbitraje, al tiempo que garantiza su viabilidad y el éxito en España.

En efecto, la intervención jurisdiccional se revela como una parte integrante más del desarrollo del arbitraje, absolutamente esencial para el correcto funcionamiento del procedimiento. Sin duda, esta función jurisdiccional de apoyo al arbitraje es una clara muestra del imprescindible vínculo de ambos sistemas para garantizar el funcionamiento y correcto desarrollo del arbitraje que, recordemos, carece de todas las potestades jurisdiccionales. De este modo, la jurisdicción otorga al justiciable una solución para evitar que el

acceso al procedimiento arbitral quede en manos de aquel litigante que únicamente pretenda dilatar o evitar el proceso.

Sin embargo, una vez nos adentramos en las particularidades del procedimiento de nombramiento judicial de Árbitro, advertimos la existencia de numerosos aspectos controvertidos, tanto procesales como sustantivos que no solo no encuentran solución alguna en nuestra normativa, sino que se ven agravados por la disparidad de criterios entre los Tribunales Superiores de Justicia, provocando un indeseable déficit de seguridad jurídica.

- En primer lugar, hemos realizado un recorrido acerca de las distintas regulaciones en las que el arbitraje ha sido recogido en España hasta llegar a la actual Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, que fue promulgada con objeto de mejorar y aclarar “algún aspecto” de la Ley 60/2003.

Esta importante reforma de la Ley de Arbitraje –que fue criticada por la doctrina por haber sido gestada con innecesaria urgencia y que, finalmente, se ha revelado, en algunos puntos, bajo nuestro punto de vista, como insuficiente e inoperativa– modificó, entre otros aspectos, los criterios de atribución de competencia de las funciones judiciales de intervención en el arbitraje.

En concreto, la función de nombramiento y remoción de Árbitros se reasignó de los Juzgados de Primera Instancia (y, en sede de apelación las Audiencias Provinciales) a las Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Ello, con el fin de generar mayor seguridad y confianza jurídica en la institución del arbitraje en España y, de este modo, incentivar la celebración de procedimientos arbitrales nacionales e internacionales en nuestro país. Aunque es

cierto que, de este modo, se descargó a los Juzgados de Primera Instancia –cuya carga de trabajo es mucho más elevada que la de los Tribunales Superiores de Justicia–.

De este modo, el apartado primero del art. 8 de la Ley de Arbitraje establece qué Tribunal será competente para las distintas funciones de apoyo y control del arbitraje.

En particular, para el nombramiento y remoción judicial de Árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; y, de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados. En el caso de que ninguno de los demandados tuviere el domicilio o residencia habitual en España, será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de la Comunidad Autónoma del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su propia elección.

La regulación contenida en el art. 8.1 de la Ley de Arbitraje tiene carácter imperativo, por lo que las partes se verán obligadas a respetar la competencia objetiva y territorial expresamente reglada.

- Para comprender la trascendencia de las funciones judiciales de intervención en el arbitraje y las consecuencias de su regulación actual, es imprescindible hacer una referencia a los efectos positivo y negativo de la eficacia impeditiva de la actuación de los Tribunales en el marco del arbitraje.

De este modo, concluimos que el efecto positivo del convenio arbitral es la obligación bilateral y recíproca de las partes consistente en eludir la jurisdicción y someterse a arbitraje, debiendo respetarse el acuerdo

alcanzado. En este sentido, el art. 11.1 de la Ley de Arbitraje establece que: “El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje (...)”.

Sin embargo, también constatamos que el efecto positivo, por sí solo, no es suficiente para que el arbitraje despliegue toda su eficacia. Para ello, requiere del efecto negativo atribuido al convenio arbitral, que actúa como barrera normativa e impide la intervención de los Tribunales jurisdiccionales (salvo en determinadas excepciones, como las funciones de apoyo y control del arbitraje). Recordemos que, a este respecto, el art. 7 de la Ley de Arbitraje dispone que: “En los asuntos que se rijan por esta Ley no intervendrá ningún Tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”.

En este punto no podemos dejar de hacer referencia al principio internacional *kompetenz-kompetenz* (competencia de los Árbitros para decidir sobre su propia competencia) que, en nuestra regulación, encuentra su expresión en el art. 22.1 de la Ley de Arbitraje: “Los Árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia (...)”.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su relevante sentencia núm. 409/2017, de 27 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2500) expuso las dos tesis predominantes de este principio: la tesis fuerte y la tesis débil.

La tesis *fuerte* supone que el Tribunal solamente pueda realizar un “análisis superficial” de su propia competencia. En particular, en caso de que una de las partes interponga una declinatoria, el Tribunal únicamente podrá comprobar la existencia del convenio arbitral y, en el supuesto de que, conforme a las reglas de la sana crítica, el Tribunal

aprecie que, efectivamente, existe un compromiso arbitral, se limitará a estimar la declinatoria, con objeto de que sean los Árbitros quienes decidan sobre su propia competencia.

Por el contrario, la tesis *débil* propugna un verdadero enjuiciamiento sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral al caso concreto, de modo que, si el Tribunal considera que el convenio arbitral no es válido, eficaz o aplicable a las cuestiones objeto de discusión, rechazará la declinatoria y continuará el procedimiento.

Finalmente, el Tribunal Supremo se decanta por la tesis débil al apreciar que no concurren suficientes argumentos para apreciar la aplicabilidad de la tesis fuerte en nuestro ordenamiento jurídico. Y, ello, sin perjuicio de que la tesis fuerte sea aplicable en caso de que se hubiera iniciado un procedimiento arbitral con anterioridad y, por tanto, los Árbitros deban resolver sobre su propia competencia.

En todo caso, el Tribunal Supremo ha venido a cubrir la laguna que la falta de previsión legal en esta materia ha provocado por lo que, con objeto de evitar incertidumbre sobre la aplicación de la tesis débil o fuerte en determinados casos, consideramos que el Legislador debería, sin duda alguna, abordar esta materia en la Ley de Arbitraje de forma clara y expresa. Sin embargo, a nuestro juicio, al igual que para otros muchos autores, la solución más garantista para el justiciable y beneficiosa para el arbitraje sería una aplicación menos rígida de la tesis débil del principio *kompetenz-kompetenz* en casos en los que no se haya iniciado el arbitraje, en línea con lo dispuesto en la regulación francesa; es decir que, al resolver la declinatoria, el Tribunal únicamente pudiera rechazarla en caso de que el convenio arbitral sea manifiestamente nulo o ineficaz, pero, por el contrario,

deje a decisión de los Árbitros la aplicabilidad del convenio arbitral o la arbitrabilidad de la materia.

- Como ya hemos adelantado, tras la entrada en vigor de la Ley 11/2011, la competencia para conocer del procedimiento de nombramiento, así como del procedimiento de remoción de Árbitros, se reasignó de los Juzgados de Primera Instancia a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

En principio, el objetivo de esta modificación era doble: generar mayor seguridad y confianza jurídica en la institución e incentivar la celebración de procedimientos arbitrales, tanto nacionales como internacionales, en España. Asimismo, la Exposición de Motivos insistió en que pretendía otorgar de una mayor uniformidad al régimen de control y apoyo al arbitraje, mediante una “elevación” de determinadas funciones a los Tribunales Superiores de Justicia (que tienen una menor carga de trabajo y, además, son órganos pluripersonales), descargando así a los Juzgados de Primera Instancia.

Sin embargo, la Ley carecía de disposición transitoria, de modo que, durante los primeros años de aplicación, existió una gran confusión que fue, en parte, subsanada casuísticamente por los Tribunales, aplicando el criterio de “derogación tácita”, en cuya virtud, aunque la nueva Ley no lo indique expresamente, deroga la precedente (y, con ella, todas sus disposiciones, incluidas las de carácter transitorio).

- Por otro lado, se han estudiado algunos supuestos prácticos para los que los criterios de competencia previstos en la Ley de Arbitraje son claramente insuficientes y merecen un mayor desarrollo:

- a. Nos referimos, por ejemplo, a aquellas situaciones en las que la sede del arbitraje en cuestión sea indeterminada y ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia habitual en España. En estos casos, la Ley de Arbitraje contiene una clara laguna normativa, pues el art. 8.1. de la Ley de Arbitraje, que recoge la competencia territorial de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de nombramiento judicial de Árbitro, no está incluido en el elenco de normas que el art. 1.2. de la Ley de Arbitraje prevé de aplicación “aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España”.

A falta de una regulación expresa de esta posible circunstancia, algunos Tribunales han optado por aplicar, de facto, el art. 8.1. de la Ley de Arbitraje, aun cuando este precepto parece que parte de la premisa de que el arbitraje será sustanciado en España, aun cuando se desconozca la sede.

A nuestro juicio, para evitar la existencia de pronunciamientos contradictorios por los Tribunales Superiores de Justicia, debería regularse expresamente esta circunstancia, bien ampliando el espectro del art. 8.1 de la Ley de Arbitraje a este tipo de supuestos o bien remitiéndose expresamente a las normas previstas en la legislación de carácter general, como la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- b. Asimismo, cabe la posibilidad de que exista una pluralidad de demandantes en un mismo procedimiento de nombramiento arbitral. A este respecto, la Ley de Arbitraje contempla la posibilidad de que exista una pluralidad de demandados, pero no una pluralidad de demandantes, por lo que nos encontramos ante una nueva laguna normativa. Aunque podría aplicarse *mutatis mutandi* la solución prevista para cuando exista una pluralidad de

demandados, tal y como se ha comprobado, ello podría provocar dificultades o dilaciones innecesarias en el procedimiento debidas a la imposibilidad de que los demandantes se pongan de acuerdo.

Proponemos, por consiguiente, una regulación expresa para el supuesto de que existan varios demandantes domiciliados o con residencia en distintas Comunidades Autónomas de España, en la que, a falta de acuerdo entre ellos, prevalezca la Comunidad Autónoma que tenga una mayor conexión con el arbitraje en cuestión (por ejemplo, el Tribunal del lugar en donde el eventual laudo deba producir efecto).

- c. A efectos de determinar la competencia territorial, el Legislador español tampoco distingue entre los criterios de domicilio y residencia, a diferencia de lo que ocurre en otras disposiciones de la misma Ley de Arbitraje (como en el art. 3). Por ello, en este trabajo se propone una unificación de criterios para facilitar la práctica jurídica a través de una adecuación de la redacción legislativa, en la que el criterio de la residencia se subordine al del domicilio también en el seno del art. 8.1 de la Ley de Arbitraje.

Lo mismo ocurre con la falta de previsión acerca de la competencia territorial en caso de persona jurídica que no tenga domicilio en España, para lo que se propone, de conformidad con el fuero general del art. 51 de la LEC, la competencia del Tribunal Superior de Justicia en donde la persona jurídica tenga establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad en España.

- d. También se han revelado la existencia de casos atípicos, en los que nos encontramos ante el supuesto de que el demandante interpone

una demanda de nombramiento de institución o Corte arbitral que, posteriormente, será la encargada de nombrar al Árbitro o Árbitros en cuestión, frente a lo que no existe un criterio único o claro por parte de los Tribunales Superiores de Justicia. Algunos Tribunales han declarado con contundencia que carecen de competencia para designar Cortes arbitrales o instituciones, pues el art. 15.3 de la Ley de Arbitraje se refiere, únicamente, a Árbitros. En consecuencia, la solución que se plantea es que, en estos supuestos, las partes noven el convenio arbitral de modo que se sometan a arbitraje *ad hoc*, en lugar de institucional, lo que les permitirá solicitar el auxilio de la jurisdicción.

Por el contrario, otros Tribunales consideran que su función consiste en designar Árbitros (o, en su caso, también instituciones arbitrales) si las partes no logran nombrar el Árbitro o la Corte arbitral mediante el procedimiento acordado a tal efecto, resultando implícita la facultad de los Tribunales de proceder al nombramiento de Corte Arbitral.

Nos mostramos absolutamente disconformes con esta interpretación realizada por algunos Tribunales, pues supone subvertir el espíritu de la Ley de Arbitraje, que distingue entre el arbitraje institucional y *ad hoc*, siendo, precisamente, la función de la institución en cuestión la de monitorizar e intervenir, si fuera necesario, en el nombramiento de Árbitros. A nuestro juicio, la función de nombramiento judicial de Árbitro está reservada, única y exclusivamente, para designar Árbitros, no Cortes Arbitrales o instituciones.

- A continuación, debe tenerse en consideración que el procedimiento judicial de nombramiento de Árbitro se remite al juicio verbal, que

sufrió una profunda modificación tras la promulgación de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Según el apartado IV del preámbulo de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, se aprovechó la reforma –que tenía por objeto, principalmente, introducir e implantar las nuevas tecnologías en el ámbito de la Administración de Justicia– para adecuar la tramitación del juicio verbal a la práctica procesal, así como a las demandas de los operadores jurídicos y, de este modo, “reforzar las garantías derivadas del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva”.

La principal novedad en el marco del juicio fue la introducción de la contestación a la demanda por escrito en un plazo de 10 días. De este modo, se ha generalizado la previsión ya dispuesta para determinados procedimientos especiales. En este sentido, el preámbulo realizó una especial referencia a los procedimientos que se remiten al trámite del juicio verbal, como los recogidos en la Ley de Arbitraje.

En efecto, tras la introducción de estas reformas, se celebró que el Legislador atendiera una de las principales reivindicaciones de una gran parte del sector doctrinal y de la práctica profesional, pues las críticas y controversias sobre la naturaleza jurídica e, incluso, sobre su conveniencia eran incesantes.

En este punto, mencionamos el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, publicado el 15 de diciembre de 2020 en el marco de la “Estrategia Justicia 2030” y del “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el Plan de la Unión Europea Next Generation” que propone una nueva reforma acerca de las especialidades del procedimiento de juicio verbal de

carácter muy relevante. No solo se amplían las materias sometidas a juicio verbal – con independencia de su cuantía (que, además, se eleva de los 6.000 euros a los 15.000 euros) –, sino que se introduce la posibilidad de que el Juez, a la vista de las peticiones en materia de prueba de las partes, pueda decidir que no haya lugar a la celebración del acto de la vista, aun cuando las partes la hayan solicitado. Asimismo, se introduce la posibilidad de que los jueces dicten sentencias orales (salvo en los procedimientos en los que no intervenga abogado), de cara a agilizar y facilitar la resolución de los procedimientos.

Según la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, la remisión al juicio verbal, así como la no recurribilidad de las resoluciones interlocutorias y definitivas dictadas por el TSJ en este procedimiento constituyen mecanismos para evitar la paralización del arbitraje y agilizar el proceso. Por tanto, en su desarrollo serán de aplicación los artículos 437 y siguientes de la LEC (Título III: Del juicio verbal). La remisión al juicio verbal es de carácter imperativo.

En el marco del procedimiento de juicio verbal de nombramiento judicial de árbitro, encontramos los siguientes puntos de interés:

- a. La capacidad procesal de las partes, así como la legitimación activa o pasiva en casos en los que se encuentra involucrada una sociedad o sus socios, cuestiones sobre las que la Ley de Arbitraje nuevamente guarda silencio. A modo ilustrativo; ¿qué ocurre en aquellos casos en los que los administradores de una sociedad, que suscribieron un convenio arbitral en tal condición, hayan cesado en su cargo? En ese caso, los antiguos administradores de la sociedad seguirían vinculados por el convenio arbitral aun habiendo cesado formalmente en su cargo y, por tanto, gozarían

de capacidad procesal de cara al procedimiento de nombramiento judicial; ello, sin perjuicio del análisis que realice el Árbitro competente sobre el alcance subjetivo del convenio arbitral y la legitimación *ad causam*.

- b. Al igual que en otros procesos civiles de carácter disponible, la partes están perfectamente legitimadas para llegar a un acuerdo extrajudicial durante la tramitación del procedimiento de nombramiento judicial, siempre y cuando no exista perjuicio o fraude a tercero. En efecto, siguiendo lo dispuesto en el art. 443.1 de la LEC, el Tribunal, una vez abierto el acto, tiene el deber de comprobar si subsiste el litigio entre las partes, de modo que, si hubiesen llegado a un acuerdo o estuviesen dispuestas a concluirlo de inmediato, “podrán desistir del proceso o solicitar del Tribunal que homologue lo acordado”. Asimismo, en cualquier momento podrán solicitar la suspensión del procedimiento *ex art. 19.4* de la LEC por un plazo no superior a los 60 días.
- c. Sin perjuicio de que, en el marco del procedimiento de nombramiento judicial puedan realizarse alegaciones de prejudicialidad civil, penal o de cualquier otro tipo, no son obstativas de la continuación del procedimiento, pues deberán ser objeto de estudio, análisis y resolución posterior, una vez las conozca el Tribunal Arbitral.

En este punto, Debe tenerse en cuenta que la Ley de Arbitraje no contiene referencia alguna a la prejudicialidad, aplicándose, en ocasiones, de forma analógica los arts. 40 y ss de la LEC, que versan sobre “las cuestiones prejudiciales”.

d. Resulta completamente improcedente que los Tribunales Superiores de Justicia, al tiempo que resuelven sobre el nombramiento judicial de Árbitro, se pronuncien sobre cuestiones ajenas al nombramiento judicial (incluyendo el nombramiento de un Árbitro sustituto, si el convenio arbitral no prevé su nombramiento de forma simultánea a la del Árbitro principal).

Y lo que es más importante, cualesquiera alegaciones relativas a la inarbitrabilidad de la materia exceden de la competencia del TSJ en materia de nombramiento de Árbitro y su resolución deberá “residenciarse en el procedimiento arbitral y, en suma, en el Árbitro que decidiera el litigio”.

- También se han estudiado en este trabajo las figuras procesales de la rebeldía y la tasación de costas, teniendo en consideración que el procedimiento de nombramiento judicial de Árbitro se rige por las normas del juicio verbal.

De este modo, se ha hecho especial referencia a que, teniendo en consideración que la sentencia por la que se estime o desestime la demanda de nombramiento judicial de Árbitro no es recurrible (*ex art. 15.7 de la Ley de Arbitraje*), el demandado rebelde no podrá, por tanto, ejercitar los recursos ordinarios de apelación o de infracción procesal o casación, previstos en el art. 500 de la LEC. Sin embargo, sí podrá hacer uso de la acción de rescisión de sentencia firme, en caso de que se cumplan los requisitos previstos en el art. 501 de la LEC y se interponga dentro del plazo concedido por el art. 502 de la LEC.

En cuanto a la tasación de costas en el marco del procedimiento de nombramiento arbitral se encuentra regulada por el régimen general

de la LEC. De este modo, el art. 394 LEC prevé el “criterio del vencimiento”; esto es, la imposición de costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie, y así lo razone, que existían serias dudas de hecho o de derecho.

Por otro lado, en la medida en que el nombramiento de Árbitro es una pretensión cuya cuantía es inestimable, será de aplicación el apartado tercero del art. 394 de la LEC, que establece, en su defecto, una valoración económica de 18.000 euros (salvo que el Tribunal disponga otra cosa debido a la complejidad del asunto).

Adicionalmente, debe tenerse en consideración que el art. 19 de la Ley de Arbitraje recoge la posibilidad de que las partes acuerden remover al Árbitro designado de su cargo como consecuencia del impedimento de hecho o de derecho para ejercer sus funciones.

Sin embargo, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo a este respecto (y el propio Árbitro no haya renunciado voluntariamente), la Ley prevé que sea el Tribunal competente el que resuelva esta problemática.

Asimismo, en caso de que exista un Tribunal Arbitral y el resto de los Árbitros no afectados por el impedimento no sean capaces de lograr un acuerdo sobre esta cuestión, la disputa también se someterá al Tribunal competente. Este procedimiento es muy similar al procedimiento de nombramiento judicial de Árbitro, pues se prioriza el acuerdo al que hayan llegado las partes (o, en su caso, el resto de los Árbitros) sobre este particular y se tramita, igualmente, vía juicio verbal. Además, contra la sentencia que resuelva esta problemática no cabrá recurso alguno.

Por ello, es completamente comprensible que el párrafo a) del apartado 1 del art. 19 de la Ley de Arbitraje prevea la acumulación del procedimiento de nombramiento judicial de Árbitro al de remoción.

- Al margen de las múltiples problemáticas procesales que pueden surgir a lo largo del procedimiento, también pueden existir controversias de carácter sustantivo. Al igual que en las anteriores ocasiones, estas cuestiones se han ido explicando en este trabajo a través de ejemplos reales que ponen de manifiesto la insuficiencia o inadecuación de la legislación, lo que provoca decisiones contradictorias por parte de los Tribunales Superiores de Justicia competentes.

En este sentido, aunque la Ley de Arbitraje no lo prevea expresamente, en aquellos casos en los que no se hubiese pactado un procedimiento específico con anterioridad, algunos Tribunales exigen como requisito previo a la interposición de la demanda de nombramiento que las partes hayan tratado – infructuosamente – de alcanzar un acuerdo con respecto al nombramiento.

Consideramos que este criterio adoptado por algunos Tribunales Superiores de Justicia es lógico, razonable y contribuye a la economía procesal; más aún, teniendo en consideración que muchos de estos procedimientos culminan en allanamiento o falta de oposición de la parte demandada. Sin embargo, insistimos, con toda contundencia, en que la Ley de Arbitraje debería regularlo expresamente. En este sentido, consideramos que el art. 15.3 de la Ley de Arbitraje debería incluir una mención expresa a la posibilidad de que el Tribunal designe Árbitro también en aquellos casos en los que no se haya pactado ningún procedimiento para el nombramiento en el convenio

arbitral y se acredite que las partes han tratado de llegar a un acuerdo sin que haya sido posible.

Esta solución iría, además, en línea con el ya citado Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, publicado el 15 de diciembre de 2020 en el marco de la “Estrategia Justicia 2030” y del “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el Plan de la Unión Europea Next Generation”, pretendiendo, de este modo, dar respuesta a los nuevos desafíos surgidos como consecuencia de la pandemia ocasionada por la COVID-19.

Igualmente, hemos examinado los graves problemas que surgen a la hora de designar un Tribunal colegiado de tres Árbitros cuando existe una pluralidad de demandantes o demandados. De este análisis hemos concluido que la actual regulación de la Ley de Arbitraje podría conllevar situaciones paradójicas como, por ejemplo, casos en los que una de las partes haya logrado un consenso acerca del nombramiento de su respectivo co-Árbitro y, sin embargo, dado que la contraparte no ha sido capaz de ponerse de acuerdo (independientemente de los motivos), el nombramiento de ese co-Árbitro no sea finalmente confirmado y el TSJ correspondiente designe directamente a los tres miembros del Tribunal.

En este punto se han examinado las soluciones adoptadas por los Reglamentos de las Cortes Arbitrales y por el derecho comparado, concluyéndose que el artículo 15.2 de la Ley de Arbitraje, si bien contiene una solución drástica para sortear el bloqueo que esta situación pueda conllevar, debe ser aplicado de forma flexible y valorarse en cada caso, con objeto de evitar situaciones injustas y desproporcionadas para las partes. Para ello, sería conveniente incluir

en nuestra regulación una solución similar a la contenida en el Reglamento de la Institución Arbitral Alemana, que otorga, en este caso, a la Corte Arbitral dos posibles opciones a adoptar: (i) confirmar el nombramiento del co-Árbitro que haya sido designado por una de las partes y nombrar al co-Árbitro restante; o (ii) nombrar a todos los Árbitros, invalidando el nombramiento efectuado por la parte que ha logrado ponerse de acuerdo. Ello conduciría al Tribunal Superior de Justicia a realizar un examen pausado de cada caso, tomando en consideración factores como las razones ofrecidas con respecto a la falta de acuerdo, la importancia que cada una de las partes otorga al nombramiento de su propio co-Árbitro, etc.

Asimismo, existe la posibilidad –nada infrecuente– de que las partes, en el convenio arbitral, designen de forma nominativa a uno o varios Árbitros o, en su caso, a una Corte Arbitral en concreto que, posteriormente, no pueden o no desean llevar a cabo su encargo.

Ante la falta de previsión legal a este respecto, hemos estudiado la opinión de la doctrina y las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia, concluyéndose que el convenio arbitral deviene nulo o inexistente en aquellos casos, al entenderse que la designación concreta de una persona es determinante para la formación de la voluntad y el consentimiento de sumisión a arbitraje. Por consiguiente, la demanda de nombramiento arbitral será desestimada por la inexistencia de convenio arbitral *ex art.* 15.5 de la Ley de Arbitraje.

Esta es la solución que expresamente preveía la Ley de Arbitraje de 1988 en su art. 38.2 que, sin embargo, actualmente no tiene ningún reflejo en las disposiciones de la Ley de Arbitraje. Este artículo establecía que: “(...) salvo que las partes lleguen a un acuerdo, quedará expedita la vía judicial para la resolución de la controversia”

que es, precisamente, la solución a la que llegan la mayoría de los Tribunales al resolver este tipo de casos, por lo que, una vez más, para evitar posibles resoluciones contradictorias, consideramos que debería incluirse nuevamente una disposición similar en la actual Ley de Arbitraje.

En cuanto a la designación nominativa de una Corte arbitral los criterios son más dispares. Existen resoluciones que optan por conservar la validez del convenio arbitral de conformidad con el principio *favor arbitrandum* mientras que, en otras ocasiones, se rechaza al entender que el consentimiento recogido en el convenio arbitral ha desaparecido.

En definitiva, nos encontramos ante una cuestión ampliamente controvertida, que merece ser tratada de nuevo en la legislación de forma similar a lo previsto en la Ley del 88, en la que expresamente se indique que no procede el nombramiento judicial de Árbitro si éste hubiese sido directamente designado por las partes y no aceptase o no pudiese aceptar el encargo.

También hemos prestado atención a aquellos casos en los que las partes, contraviniendo lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, deciden nombrar un número par de Árbitros.

El actual art. 12 de la Ley de Arbitraje establece que, de conformidad con el principio de autonomía de las partes, éstas podrán “fijar libremente el número de Árbitros”. Sin embargo, esta supuesta autonomía de las partes no es plena, sino que se encuentra inexorablemente condicionada al número de Árbitros que pueden nombrar las partes, que deberá ser siempre impar, tal y como se

especifica a continuación en el art. 12 de la Ley de Arbitraje “siempre y cuando este número sea impar”.

En caso de falta de acuerdo entre las partes sobre este particular, la LA prevé que se designará a un solo Árbitro. La razón de esta previsión sobre el Árbitro único en defecto de acuerdo responde a un razonamiento lógico: los arbitrajes de un solo Árbitro son, normalmente, menos costosos y más rápidos que uno con tres o cinco Árbitros.

Si recapitulamos atrás en el tiempo, la prohibición de nombrar un número par de Árbitros la encontramos recogida por primera vez en el Real Decreto de 3 de febrero de 1881, por el que se aprobó el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en su art. 791 disponía expresamente que “el número de los Jueces Árbitros será siempre impar”. Asimismo, preveía que el número máximo de Árbitros sería de cinco.

A la vista del recorrido legislativo de esta cuestión, concluimos que, en España, el arbitraje ha estado siempre gobernado por la exigencia de que el número de Árbitros que resuelvan la disputa en cuestión sea par, siendo este punto una cuestión indisponible para las partes.

Especialmente interesantes son las consecuencias de esta decisión en relación con la supervivencia o no del convenio arbitral y las soluciones ofrecidas fuera de nuestras fronteras. En la mayoría de las ocasiones, en caso de que la cláusula arbitral contenga un número par de Árbitros se reputará nula y el laudo dictado en estas circunstancias será susceptible de ser anulado. Esta solución nos parece desproporcionada, teniendo en consideración que, tal y como algunos

Tribunales han declarado, las partes siempre pueden adoptar un acuerdo complementario adaptado a las previsiones legales.

Asimismo, consideramos que esta prohibición no es del todo respetuosa con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y con la libertad que caracteriza al arbitraje. Si bien esta ha sido una prohibición histórica en el marco de nuestra legislación, entendemos que, actualmente, debería prevalecer la libertad de las partes para elegir, si así lo desean –y siendo consciente de los problemas que ello puede suponer, como la imposibilidad de ponerse de acuerdo a la hora de dictar el laudo o tomar otras decisiones–, de nombrar a un número par de Árbitros, por lo que consideramos que esta prohibición debería suprimirse.

Además, hemos verificado si existe alguna restricción a la hora de componer el Tribunal Arbitral con respecto a la nacionalidad de los Árbitros, concluyendo que, tal y como dispone la Ley de Arbitraje, salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como Árbitro.

El art. 13 de la Ley de Arbitraje, al abordar la “capacidad para ser Árbitro”, indica de forma contundente que “salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como Árbitro”.

Esta redacción es fiel reflejo del art. 11 de la Ley Modelo que, en lo relativo al nombramiento de los Árbitros, especifica, en idéntico sentido, que: “salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como Árbitro”.

En este sentido, hemos detectado algunos casos en los que las partes deciden que los Árbitros deberán tener una determinada nacionalidad o, en su caso, se excluyen determinadas nacionalidades con objeto de garantizar la independencia e imparcialidad de los Árbitros o por motivos culturales, profesionales o de cualquier otra índole, lo que es completamente acorde a la autonomía de la voluntad de las partes.

Esto nos parece muy oportuno en un mundo globalizado: tanto la oportunidad de que cualquier nacionalidad esté representada en un concreto arbitraje, como la de bloquear algunas ante conflictos determinados.

Por último, el apartado 5 del artículo 15 de la Ley de Arbitraje dispone que: “El Tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral”.

En esta línea, en un intento por proteger la autonomía de la voluntad de las partes –que, recordemos, constituye uno de los pilares más elementales del arbitraje–, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje deja sentados (véase apartado IV, segundo párrafo) cuáles son los límites jurisdiccionales que operan en la singular función de apoyo al arbitraje consistente en el nombramiento judicial de Árbitro (“el Juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia”).

También en el marco del arbitraje internacional, la mayoría de los países contemplan en sus legislaciones un mínimo sistema de “control previo” sobre el convenio arbitral con anterioridad a tomar una decisión sobre el nombramiento judicial. Y, ello, a pesar de que la

Ley Modelo nada prevé al respecto, pues el art. 11.4 de la Ley de Arbitraje se limita a establecer que, cuando concurren determinados casos, cualquiera de las partes podrá solicitar al Tribunal “que adopte la medida necesaria” para llevar a cabo la designación del Árbitro.

Como hemos comprobado, este mandato, lejos de ser una cuestión baladí, apareja numerosos problemas y discordancias entre los distintos Tribunales Superiores de Justicia, creando un ambiente de inseguridad jurídica, agravado por la imposibilidad de recurrir las resoluciones (estimatorias o desestimatorias) dictadas a este respecto.

*A priori* el Legislador español es muy claro: única y exclusivamente en aquellos casos – que se califican como “excepcionales”– en los que el Tribunal jurisdiccional encargado del nombramiento de Árbitros aprecie la ausencia real o material de convenio arbitral, podrá desestimar la petición de nombramiento.

Y decimos *podrá* porque, tal y como está planteada esta función, parece que los Tribunales están inexorablemente obligados a nombrar Árbitro, siempre y cuando sea constatable la mera existencia de un convenio o cláusula arbitral vinculante entre las partes.

A pesar de la claridad de la norma, así como de la Exposición de Motivos, existen numerosos supuestos reales en los que los Tribunales Superiores de Justicia, a la hora de decidir sobre el nombramiento judicial de Árbitro, no se limitan a realizar un examen *prima facie* sobre la existencia o no del convenio arbitral, sino que se extralimitan en sus funciones y entran a conocer de la validez del convenio o de la arbitrabilidad de la materia, aspectos expresamente reservados al Árbitro, en virtud del artículo 22 de la Ley de Arbitraje, que recoge el principio internacional *kompetenz-kompetenz*.

En concreto, es especialmente interesante el caso planteado a partir de la sentencia núm. 4/2017, de 25 de octubre, dictada por el TSJ de Castilla y León, que desestimó la demanda de nombramiento de Árbitro basando su decisión, fundamentalmente, en que las particulares circunstancias exigidas por la cláusula arbitral 5.3 del contrato de préstamo participativo que unía a las partes no concurrían en ese caso.

Con anterioridad a entrar a conocer los argumentos del TSJ de Castilla y León, por las implicaciones que conlleva, resumimos los antecedentes más relevantes son los siguientes.

Como hemos adelantado, las partes suscribieron un contrato de préstamo participativo en cuya virtud la prestamista entregó una determinada cantidad de dinero, mientras que la prestataria se obligó a hacer frente a los intereses del préstamo (tanto fijos como variables – que dependían de la actividad de la prestataria y de sus sociedades dependientes –).

En el seno de este contrato, las partes acordaron someter a arbitraje cualquiera disputas relacionadas con la liquidación de los intereses. En concreto, la cláusula arbitral rezaba del siguiente modo:

“5.3. En el supuesto de que [la prestamista] discrepare del cálculo de Intereses establecido en la anterior Estipulación 5.1 que se haya efectuado por [la prestataria], e hiciera constar fehacientemente dicha disconformidad en un plazo no superior a quince (15) días a contar desde la fecha de pago por parte de [la prestataria], las partes se comprometen a someter la controversia al arbitraje de una firma de auditoría de reconocido prestigio internacional, cuyo criterio será dirimente y vinculante para ambas partes. El coste de este arbitraje será

soportado por [la prestamista] si el cálculo de intereses por [la prestataria] se revelara correcto o por [la prestataria] si, por el contrario, se revelara incorrecto”.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en consideración que, las partes, al margen de esta concreta sumisión a arbitraje, acordaron someterse expresamente a la jurisdicción (renunciando a cualquier otro fuero) cualquier controversia o reclamación en relación con el contrato.

De esta forma, el Contrato de Préstamo preveía un mecanismo en virtud del cual cualquier discrepancia relativa a la liquidación de los intereses debía someterse a un arbitraje de una firma de auditoría de reconocido prestigio internacional, de forma que ninguna de las partes tenía la potestad de imponer unilateralmente la liquidación de intereses.

Posteriormente, las partes elevaron a público una novación del contrato de préstamo participativo por la que se modificaban algunas estipulaciones relativas al devengo y pago de los intereses (manteniéndose intacta la cláusula arbitral). Mediante esta novación, se especificó que, hasta el momento, se habían devengado a favor de la prestamista una serie de intereses variables, que haría efectivo en los próximos días. A partir de ese momento, la prestataria únicamente liquidó los intereses fijos, al entender que no se había devengado ningún interés variable; es decir, a juicio de la prestataria, la liquidación de intereses variables era “0”.

Por su parte, la prestamista no mostró su disconformidad hasta pasados algunos años, a través de un requerimiento notarial, mediante el que se certificaba el cálculo de intereses variables devengados a su

juicio. Una vez planteada la controversia sobre los intereses y ante la falta de acuerdo entre las partes de someter la disputa a arbitraje, la prestataria presentó demanda de nombramiento de juicio verbal ante el TSJ de Madrid.

El TSJ de Madrid declaró su falta de competencia territorial y acordó remitir las actuaciones al TSJ de Castilla y León que, finalmente, conoció de la controversia. Cabe destacar que, sin perjuicio de que el auto del TSJ de Madrid núm. 8/2017, de 16 de mayo, rechazara su competencia al entender que las partes no habían determinado el lugar del arbitraje, de modo que la competencia debía atribuirse al domicilio del demandado (Castilla y León), reconoció – sin lugar a dudas – la existencia de una cláusula arbitral pactada entre las partes con respecto a la posible discrepancia en relación con el cálculo de los intereses. Y, ello, sin perjuicio de la sumisión a la jurisdicción en relación con el resto del contrato.

Pues bien, una vez remitidos los autos al TSJ de Castilla y León, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a la demandada (la prestamista), que se opuso negando la naturaleza arbitral de la cláusula pues, en su opinión, no se trataba de dirimir una cuestión jurídica alguna, sino de “integrar la operación consistente en calcular los intereses derivados del préstamo otorgado por ella, reivindica la sumisión expresa a la jurisdicción que aparece pactada en la cláusula 16.2 del mismo contrato”.

El TSJ de Castilla y León, en su Fundamento de Derecho Tercero, reprodujo la cláusula 5.1. del contrato de préstamo participativo, concluyendo que, en su virtud, se exigía que la actora hubiese practicado un cálculo de los intereses debidos a consecuencia del préstamo perfeccionado; que dichos intereses hubiesen sido pagados

por la prestataria y que la prestamista hubiera hecho constar fehacientemente su disconformidad con el citado cálculo en el plazo de quince días desde la fecha del pago, circunstancias que, según el Tribunal “no concurren en el supuesto enjuiciado”.

A continuación, la Sala menciona que la esencia del arbitraje es la nítida voluntad de las partes de someterse a arbitraje, siendo evidente que “para que la institución pueda operar debe de surgir la concreta controversia para la fue prevista y querida por los contratantes y estando referida la previsión para el concreto supuesto que se acaba de referir, no puede decirse que haya habido discusión acerca de ese particular”.

Es decir, nos encontramos, ante un caso en el que el Tribunal jurisdiccional se extralimita del mandato contenido en el art. 15.5 de la Ley de Arbitraje, entrando a conocer, interpretar y decidir sobre la extensión e interpretación del convenio arbitral con respecto a la controversia surgida entre las partes.

Pues bien, por si lo anterior no fuera suficiente, la Sala achacó a la parte actora una suerte de actuación de mala fe pues, a su juicio, consideró que la demanda de nombramiento arbitral obedecía a un mero intento de “sustraerse a la ejecución del título en el que se plasmó el préstamo”; siendo todas estas consideraciones “suficientes” para rechazar la demanda sin que hubiera lugar al nombramiento de Árbitro, con expresa condena en costas.

Tal y como menciona la propia sentencia, este mismo asunto estaba siendo conocido, en paralelo, por la Audiencia Provincial de Madrid que, en ese momento, tenía pendiente resolver el recurso de apelación interpuesto por la prestamista frente al auto núm. 187/2017, de 19 de

junio –dictado en el seno de un procedimiento de ejecución de título no judicial– por el que se había acordado estimar la declinatoria interpuesta por la prestataria por falta de jurisdicción.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la prestamista, obviando la cláusula arbitral 5.1. había iniciado un procedimiento de ejecución de título no judicial frente a la prestataria ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid que, en consecuencia, había dictado auto despachando ejecución por el importe correspondiente a la liquidación de los intereses variables – que, recordemos, habían sido liquidados de forma unilateral y comunicados a la prestamista mediante requerimiento notarial –, en concepto de principal, más intereses y costas, así como Decreto por el que se acordaron medidas ejecutivas de embargo.

De conformidad con los arts. 547 y 63 de la LEC, la prestataria interpuso declinatoria por falta de jurisdicción, al estar sometida la controversia a arbitraje (tal y como defendió en el marco del procedimiento arbitral). En efecto, se puso de manifiesto que la cantidad reclamada en el seno de la ejecución era controvertida y que, en todo caso, su determinación estaba sujeta a arbitraje según la cláusula 5.1. Asimismo, se alegó que la prestataria había tratado, en vano, de iniciar el arbitraje para resolver la disputa. Ante la negativa de la prestamista, se había interpuesto una demanda de nombramiento judicial de Árbitro.

La declinatoria fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia el 19 de junio de 2017, absteniéndose de conocer de la demanda de ejecución de título no judicial y dejando sin efecto el auto por el que se despachó ejecución, así como el Decreto por el que se acordaron

los embargos correspondientes. En concreto, el Juzgado de Primera Instancia declaró que:

“En la cláusula 5.3. del contrato de 2 de diciembre de 2005, antecedente de la presente ejecución, consta claramente la intención de las partes de someter las controversias en lo que se refiere a la liquidación de intereses a un procedimiento arbitral y de hecho, [la prestataria] ya ha iniciado las actuaciones correspondientes en orden a la designación de Árbitro, según se acredita por la documental aportada. En consecuencia, resulta plenamente justificado el planteamiento de la declinatoria y acordar el archivo de las actuaciones con fundamento en el art. 11.1 de la Ley de Arbitraje y en los arts. 39 y 65.2 de la LEC, habida cuenta que el primero de los preceptos citados establece que: “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”.

En estas circunstancias, y sin que se hubiera resuelto el recurso de apelación interpuesto frente al auto que estimó la declinatoria, ante la evidente indefensión en la que la prestataria permanecía, tras la desestimación de la demanda de nombramiento, con objeto de agotar todas las vías posibles de defensa de sus derechos, promovió un incidente de nulidad de actuaciones mediante el que se alegó, como único motivo, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; ello, con base en los siguientes argumentos:

- (i) la sentencia del TSJ de Madrid vulnera el art. 15.5 de la Ley de Arbitraje, que rige el procedimiento de nombramiento judicial de Árbitro, al haberse excedido en la facultad revisora del convenio arbitral entendiéndose que no concurría la controversia prevista en la cláusula arbitral del préstamo; y que
- (ii) en todo caso, dicha sentencia veta la posibilidad de acudir, tanto a la jurisdicción ordinaria para discutir la procedencia de la liquidación de intereses efectuada por la prestamista de forma unilateral (debido a los estrictos cauces de la oposición a la ejecución), como a la vía arbitral prevista en la cláusula 5.3., dejando en una situación de completa indefensión a la prestataria.

Por consiguiente, se solicitó la subsanación de la sentencia dictada por el TSJ de Madrid a través de el dictado de una nueva sentencia que estimase la demanda de nombramiento arbitral y adoptase las medidas necesarias para su nombramiento.

El TSJ de Madrid declaró, mediante su auto núm. 37/2017, de 18 de diciembre de 2017, no haber lugar al incidente de nulidad de actuaciones, toda vez que “al haberse dictado en congruencia con lo debatido en el juicio, aunque no se haya accedido a lo postulado por la demandante –cosa que es distinta-, por las razones que se expresan en los fundamentos de derecho de la sentencia cuya anulación se pretende”.

Además, el TSJ de Madrid entendía que el incidente de nulidad de actuaciones no podía utilizarse como un nuevo medio para reconsiderar decisiones ya adoptadas (a diferencia del recurso

ordinario de apelación) pues, de lo contrario, el incidente quedaría desnaturalizado.

En palabras del TSJ, las garantías de la prestataria se habían visto en todo momento salvaguardadas “a través de una decisión razonada sobre las pretensiones aducidas, en aducidas, en armonía con el alcance otorgado al contenido de este derecho fundamental por una doctrina reiterada y pacífica establecida por el Tribunal Constitucional desde las ya lejanas sentencias de 28 de septiembre de 1987 y 14 de febrero y 30 de octubre de 1989”.

Sin embargo, el TSJ no se pronunció expresamente sobre las quejas planteadas por la que, ante esta decisión, la prestataria no tuvo más remedio que interponer un recurso de amparo de conformidad con lo dispuesto por los artículos 43 y 44 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Unos meses más tarde, mediante resolución dictada el 27 de junio de 2018, la Sección Primera de la Sala Primera del Tribunal Constitucional acordó, sin más preámbulos, no admitir a trámite el recurso de amparo “al no apreciar en el mismo la especial trascendencia constitución que, como condición para su admisión, requiere el art. 50.1 b) de Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional”.

Por consiguiente, tras haber agotado todas las vías posibles, la posibilidad de someter la controversia respecto de los intereses variables a arbitraje era inexistente y carecía de recorrido alguno (salvo que la prestamista accediera a ello voluntariamente).

Una vez cerrada la vía arbitral, quedaba abierta la vía jurisdiccional (procedimiento de ejecución de título no judicial) pues, a pesar de que la declinatoria de la prestataria había sido estimada, la prestamista, insistiendo en que la cláusula arbitral no resultaba de aplicación, había recurrido en apelación.

El recurso de apelación fue finalmente estimado con fecha 4 de enero de 2019. Especialmente ilustrativo es el Fundamento de Derecho Tercero del auto nº 5/2019, pues toma en consideración como “decisiva” la sentencia del TSJ de Castilla y León, por la que se desestimó la demanda de nombramiento judicial de Árbitro, entendiendo que tal decisión repercutía directamente en ese concreto asunto, haciendo decaer la declinatoria promovida y estimada en su día y debiendo continuar la ejecución:

“Así las cosas, desestimada la demanda de [la prestataria], es incuestionable que aquella sentencia es decisiva para resolver este recurso al denegarse el nombramiento de Árbitro. Tal decisión repercute directamente sobre la declinatoria promovida en su día y hace decaer su prosperabilidad al faltar los presupuestos en los que se fundaba con la consecuencia directa de su desestimación, procediendo estimar el recurso revocándose el auto recurrido para que se continúe la ejecución que se despachó el 23 de marzo de 2017”.

Este caso nos ha planteado varias reflexiones:

La *primera* de ellas es la paradójica situación que se habría producido si la Audiencia Provincial no hubiese estimado el recurso de apelación

de la prestamista o si, sencillamente, la prestamista no hubiese recurrido en apelación el auto que estimó la declinatoria.

En este caso –que no resulta, en modo alguno, improbable o imposible–, se habría planteado un escenario inadmisibile en el que ni la jurisdicción ni el arbitraje conocerían el asunto (salvo, recordemos, si las partes se pusieran de acuerdo), pues ambos habrían declinado su competencia por vías separadas, dejando en completa indefensión a ambas partes.

La *segunda* es que, a pesar de que la Audiencia Provincial resolviera el recurso teniendo en consideración la sentencia del TSJ de Castilla y León (que había sido aportada por las partes) y que, por tanto, fuera la jurisdicción será quien conociera del asunto, no debemos olvidar que nos encontramos ante un procedimiento de ejecución de título no judicial (y no ante un procedimiento declarativo) lo que implica que las posibilidades de defensa de la prestataria estarán reducidas, pues los supuestos de oposición a la ejecución están limitados de forma restrictiva. Más aún, cuando para la prestataria la cantidad reclamada era controvertida con respecto al método de cálculo.

La *tercera* es que, como es lógico, ni el incidente de nulidad de actuaciones ni el recurso de amparo, dada la naturaleza extraordinaria que les caracteriza, entraron a conocer de la principal alegación realizada por la prestataria: la vulneración del art. 15.5 de la Ley de Arbitraje por exceder del alcance previsto con respecto a la verificación de la existencia del convenio arbitral en el marco del procedimiento de nombramiento judicial de Árbitro.

Esta última reflexión provoca una adicional, consistente en si sería conveniente que las resoluciones que desestimen la demanda de

nombramiento arbitral con fundamento en el apartado 5 del art. 15 de la Ley de Arbitraje fueran, nuevamente, de algún modo, susceptibles de revisión.

Es decir, esta vulneración de la literalidad y espíritu de la Ley de Arbitraje es, si cabe, más inquietante si tenemos en consideración que ningún órgano superior podrá subsanar esta situación. El actual art. 15.7 de la Ley de Arbitraje dispone que: “Contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas en este artículo al Tribunal competente no cabrá recurso alguno”.

Este precepto que, anteriormente, rezaba del siguiente tenor literal: “contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas en este artículo al Tribunal competente no cabrá recurso alguno, salvo aquellas que rechacen la petición formulada de conformidad con lo establecido en el apartado 5”, fue modificado por el art. único cinco de la Ley 11/2011.

De este modo, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la reforma operada por la Ley 11/2011, contra la resolución definitiva que resuelva (sea cual sea el sentido) el nombramiento de Árbitro no cabrá recurso alguno. Incluso, en aquellos casos en los que se desestime la demanda con fundamento en la inexistencia de convenio arbitral de conformidad con el apartado 5 del art. 15 de la Ley de Arbitraje.

Es decir, en consonancia con la redacción anterior a la modificación de la Ley 11/2011, la Ley del 88 también permitía el recurso frente al auto que denegara la “formalización del arbitraje” (el nombramiento judicial), mientras que el auto que estimara la solicitud –siempre y

cuando no prejuzgara la validez del convenio arbitral– no era susceptible de recurso.

Por su parte, la actual Exposición de Motivos justifica la no recurribilidad de estas resoluciones (sea cual sea su sentido) en la necesidad de que el procedimiento judicial sea “rápido”:

“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 (...)”.

Estamos completamente de acuerdo con el hecho de que la intervención judicial en el arbitraje debe ser limitada y adecuada siempre a las necesidades que surjan en el procedimiento arbitral.

Por ello, que la resolución que estime la demanda de nombramiento arbitral no sea recurrible es completamente lógico, comprensible y, de hecho, beneficioso para evitar la dilación del procedimiento arbitral. Y, ello, por cuanto el demandado que esté en desacuerdo en someter la cuestión a arbitraje tendrá siempre la posibilidad de reiterar sus argumentos e, incluso, proponer ampliamente la prueba que considere necesaria en el seno del procedimiento arbitral, de modo que el justiciable siempre será oído, garantizándose así su derecho de defensa.

Por el contrario, en aquellos casos en los que se deniegue el nombramiento de Árbitro con fundamento en la inexistencia del convenio arbitral (que, como ya hemos podido comprobar, los Tribunales no se limitan siempre a realizar esta mera verificación superficial y sumaria), el demandante estará siempre en una peor posición, pues no tendrá forma alguna de reproducir sus alegaciones ante un órgano superior.

En estas circunstancias, nos encontramos ante una evidente disyuntiva: por un lado, se revela la necesidad de que las resoluciones desestimatorias del nombramiento con fundamento en la invalidez del convenio arbitral o la inarbitrabilidad de la materia sean susceptibles de revisión; pero, por otro lado, esta posibilidad se diluye si tenemos en consideración que, a partir de la reforma de la Ley 11/2011, los Tribunales competentes para conocer del nombramiento de Árbitro son los Tribunales Superiores de Justicia, de modo que el Tribunal Supremo sería el órgano competente para conocer de esta cuestión lo que, sin embargo, parece inviable.

En consecuencia, teniendo en cuenta que estamos completamente de acuerdo en que los Tribunales Superiores de Justicia lleven a cabo esta labor de apoyo a la jurisdicción, y siendo conscientes de que el Tribunal Supremo no podrá hacerse cargo de la revisión de estas resoluciones, nuestra propuesta, en este punto, pasa por reforzar el art. 15.5 de la Ley de Arbitraje.

En nuestra opinión, esta disposición debería incluir, no solo que el Tribunal únicamente podrá rechazar la solicitud de nombramiento “cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral”, sino también las aclaraciones

contenidas en la Exposición de Motivos; es decir, incidir en que el examen de la existencia del convenio arbitral debe ser *prima facie* o somero y, además, prohibiendo expresamente realizar un control “de los requisitos de la validez del convenio” y de la arbitrabilidad de la materia, materias reservadas para el conocimiento de los Árbitros.

Y, ello, con la esperanza de que los Tribunales Superiores de Justicia, de este modo, serán menos proclives a realizar interpretaciones flexibles o extensivas del concepto “existencia” del convenio arbitral, limitando su análisis en el marco del procedimiento de nombramiento judicial de Árbitro a la verificación preliminar de, única y exclusivamente, la existencia de convenio arbitral.

En definitiva, intervención jurisdiccional en el arbitraje, que comprende, entre otras funciones, el nombramiento judicial de Árbitros, constituye una materia imprescindible para el correcto funcionamiento del arbitraje y que contribuye a dotar de seguridad jurídica a España, como sede internacional de referencia. Sin embargo, la existencia de lagunas legales o resoluciones contradictorias por parte de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de designación de Árbitros ponen en jaque la deseable confianza jurídica que debe imperar en este ámbito. Por esta razón, en este trabajo se ha identificado los aspectos controvertidos (tanto procesales como sustantivos), proponiendo soluciones de reforma de la Ley de Arbitraje.

Asimismo, las problemáticas identificadas sido analizadas desde una perspectiva global, teniendo en consideración las propuestas del arbitraje internacional y del derecho comparado que, como en muchas otras ocasiones, son una gran fuente de inspiración.