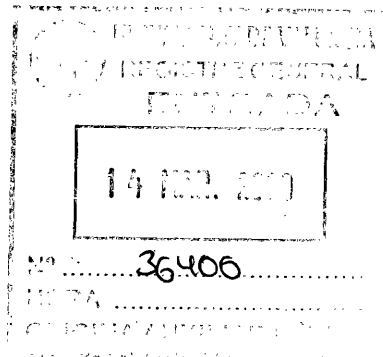


**UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
FACULTAT DE DRET**

310.7 4775

**DEPARTAMENT DE DRET ADMINISTRATIU I PROCESSAL
ÀREA DE DRET PROCESSAL**



UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

El arbitraje como solución de conflictos en propiedad intelectual

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Elena Martínez García

**Profesora Ayudante Departamento
Derecho Administrativo y Procesal.
Àrea Derecho Procesal**

Dirigida por:

Prfa. Dra. Silvia Barona Vilar

**Catedrática de Derecho Procesal de la
Universitat de València**

València, 2000

UMI Number: U602934

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U602934

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
CC. SOCIALS
BIBLIOTECA

Nº Registre 26215

DATA 03/04/2001

SIGNATURA B/D. 74475

Nº LIBIS: 1042432

Nº DOBIS: 1042420



50001042432
Biblioteca Depòsit

T. 4475

Indice	i
Abreviaturas	xi

Capítulo primero
CONCEPTOS PREVIOS

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	3
II. LA PROPIEDAD INTELECTUAL: CONCEPTOS GENERALES.....	12
1. Definición de los derechos de propiedad intelectual.....	13
2. Limitaciones	16
3. El objeto.....	17
4. Formas de explotación.....	18
III. FORMAS DE TUTELA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL	31
1. Tutela civil	32
2. Tutela penal.....	36
3. Tutela arbitral	38

Capítulo segundo
LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

I. LA INCARDINACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL MOVIMIENTO DE LA ADR.....	43
1. La ADR: un paso hacia la solución extrajudicial de los conflictos.....	43
2. Las diferentes formas de tutela en el marco del derecho procesal español.....	47
A. Autotutela	48
B. Autocomposición	49
C. Heterocomposición.....	53
II. EL ARBITRAJE EN EL PASADO	55
1. Justificación.....	56
2. Primera fase: etapa contractualista.....	57
A. El Derecho Romano	58
B. El Breviario de Alarico	64
3. Segunda fase: etapa judicialista.....	65
A. El Liber Iudiciorum.....	65
B. El Fuero Juzgo	66

C. <i>Los Fueros Municipales</i>	67
D. <i>El Fuero Real</i>	68
E. <i>El Espéculo</i>	69
F. <i>El Código de las Partidas</i>	69
4. Tercera fase: el inicio de la etapa codificadora y las distintas constituciones	70
A. <i>El inicio de la etapa codificadora</i>	70
B. <i>La Constitución de 1812</i>	71
C. <i>Las posteriores constituciones</i>	74
5. Cuarta fase: la etapa codificadora	74
A. <i>La Ley de Enjuiciamiento sobre Negocios y Causas de Comercio</i>	74
B. <i>La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855</i>	76
C. <i>La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881</i>	78
6. Quinta fase: la vuelta al contractualismo	81
7. La Ley 36/1988, de 5 de diciembre	85
A. <i>El sentido de la Ley</i>	85
B. <i>Arbitrajes especiales</i>	88
III. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA INSTITUCIÓN	100
1. Introducción	100
2. Perspectiva constitucional del arbitraje	102
A. <i>Su fundamento constitucional</i>	103
B. <i>La jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i>	107
3. Delimitación de la heterocomposición	110
A. <i>Elementos definidores de la heterocomposición</i>	110
B. <i>La jurisdicción. Diferencias con el arbitraje</i>	113
a. <i>Introducción</i>	113
b. <i>Jurisdicción, arbitraje y Administración</i>	119
c. <i>La noción de pretensión y resistencia</i>	121
d. <i>La actuación irrevocable del derecho</i>	123
e. <i>La actuación desinteresado objetivo y subjetivo</i>	126
4. Elementos identificadores del arbitraje	127
A. <i>La función arbitral heterocompositiva arbitral</i>	128
a. <i>La tutela declarativa arbitral</i>	128
b. <i>La tutela cautelar en el arbitraje</i>	130
c. <i>La tutela ejecutiva en el arbitraje</i>	130
B. <i>El principio de la autonomía de la voluntad</i>	131
5. El proceso arbitral	136

Capítulo tercero

**LA TUTELA ARBITRAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
CONFORME A LA LEY 36/1989, DE 5 DICIEMBRE**

I. CARACTERES	141
----------------------------	------------

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	142
1. Ámbito subjetivo	142
2. Ámbito objetivo	144
A. <i>Arbitrabilidad conforme a la normativa de propiedad intelectual</i>	<i>145</i>
B. <i>Materias que no pueden ser objeto del arbitraje en materia de propiedad intelectual.....</i>	<i>148</i>
III. LA FORMALIZACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL	153
1. El convenio arbitral en materia de propiedad intelectual.....	154
2. Requisitos de admisibilidad	159
A. <i>Requisitos subjetivos</i>	<i>159</i>
a. <i>Capacidad</i>	<i>160</i>
b. <i>El poder de disposición</i>	<i>164</i>
B. <i>Requisitos objetivos.....</i>	<i>166</i>
C. <i>Requisitos formales</i>	<i>167</i>
a. <i>Contenidos obligatorios.....</i>	<i>168</i>
b. <i>Contenidos facultativos</i>	<i>172</i>
3. Efectos del convenio	173
A. <i>Efecto positivo.....</i>	<i>174</i>
B. <i>Efecto negativo.....</i>	<i>175</i>
4. La renuncia al convenio arbitral	181
IV. LA RELACIÓN PROCESAL ARBITRAL	181
1. Naturaleza del contrato de dación y recepción del arbitraje.....	182
2. La designación del órgano arbitral	185
A. <i>La designación del árbitro</i>	<i>185</i>
a. <i>Forma.....</i>	<i>185</i>
b. <i>La sustitución del árbitro</i>	<i>188</i>
c. <i>El carácter impar del tribunal</i>	<i>189</i>
B. <i>Condiciones para el ejercicio de la función arbitral</i>	<i>190</i>
a. <i>La capacidad</i>	<i>190</i>
b. <i>La imparcialidad</i>	<i>195</i>
c. <i>Incompatibilidades</i>	<i>206</i>
d. <i>Derechos y deberes.....</i>	<i>208</i>
e. <i>Responsabilidad.....</i>	<i>211</i>
3. Las partes, en especial la legitimación	224
A. <i>La capacidad para ser parte y capacidad procesal.....</i>	<i>224</i>
B. <i>La legitimación.....</i>	<i>225</i>
a. <i>Por legitimación ordinaria</i>	<i>226</i>
b. <i>Por legitimación extraordinaria</i>	<i>228</i>
C. <i>Litisconsorcio y la intervención de terceros</i>	<i>233</i>

V. LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.....	233
1. Los principios	233
A. <i>Principios del proceso</i>	234
a. Principios comunes	234
b. Principios específicos del proceso arbitral.....	237
B. <i>Principios del procedimiento arbitral</i>	241
2. El inicio del arbitraje: sus efectos	245
A. <i>La notificación de la aceptación</i>	245
a. La litispendencia	246
b. La preclusión del plazo para alegar.....	248
3. Requisitos de los actos procesales	249
A. <i>El lugar de celebración</i>	249
B. <i>El idioma del procedimiento</i>	251
4. La postulación.....	251
5. La inactividad de las partes.....	253
A. <i>La inactividad de ambas partes</i>	253
B. <i>La inactividad del demandado</i>	255
6. Posibles actitudes activas del demandado	256
A. <i>Personación y oposición</i>	256
a. Causas de oposición.....	257
b. Tratamiento procesal.....	269
c. Procedimiento	262
B. <i>Personación y contestación a la demanda: pretensiones</i>	263
C. <i>Reconvención</i>	266
D. <i>Allanamiento</i>	267
7. La fase probatoria	267
A. <i>Medios de prueba</i>	269
B. <i>Procedimiento probatorio</i>	274
C. <i>El auxilio judicial</i>	275
8. Fase de conclusiones.....	277
9. El laudo arbitral	278
A. <i>La forma del laudo</i>	278
B. <i>La protocolización notarial y la notificación</i>	283
C. <i>La formación interna del laudo o congruencia</i>	285
D. <i>Efectos del laudo</i>	288
a. Caracteres de la cosa juzgada.....	288
b. Requisito de firmeza	289
E. <i>La aclaración del laudo</i>	289
F. <i>Formas anormales de terminación del proceso arbitral</i>	292
10. Las medidas cautelares en el arbitraje	293
11. La impugnación del laudo arbitral	296
A. <i>El recurso de anulación</i>	297
a. Su naturaleza jurídica.....	297
b. Motivos de anulación.....	298
c. Procedimiento	303
B. <i>La adopción de medidas cautelares</i>	306
C. <i>El juicio de revisión</i>	308

12. La ejecución del laudo arbitral	308
A. <i>Noción</i>	309
B. <i>Competencia</i>	310
C. <i>Legitimación</i>	310
a. Legitimación ordinaria	311
b. Legitimación extraordinaria	311
c. Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes.....	312
D. <i>Los terceros en la ejecución</i>	312
E. <i>El objeto de la ejecución</i>	313
F. <i>La ejecución provisional</i>	313
G. <i>La ejecución definitiva</i>	314
a. Demanda ejecutiva	314
b. Despacho de la ejecución	315
c. El control del laudo	315
d. La oposición a la ejecución	317

Capítulo cuarto

**EL ARBITRAJE ESPECIAL DE LA COMISIÓN MEDIADORA
Y ARBITRAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

I. EL ARBITRAJE Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN DERECHO ESPAÑOL Y EXTRANJERO	324
1. La vigilancia de las entidades de gestión	324
A. <i>El caso español</i>	325
B. <i>En el derecho extranjero</i>	327
2. La naturaleza de estas comisiones	330
II. LA NATURALEZA DE LA CMAPI	334
1. Su pretendido carácter administrativo	335
2. Su pretendida naturaleza de jurisdicción especial	340
3. Características	342
4. Sus funciones	344
A. <i>Como centro de administración de arbitrajes</i>	345
B. <i>Como órgano decisor</i>	346
a. Funciones arbitrales.....	346
b. Funciones de mediación	350
c. Otros procedimientos de índole administrativo.....	350
III. TIPOS DE CONTROVERSIAS SOMETIBLES	352
1. Los procedimientos especiales de la LPI y del RD	352
2. La situación en derecho extranjero	356
IV. LOS SUJETOS	360

1. Las partes legitimadas.....	360
2. El órgano arbitral	364
A. Composición	364
a. Miembros permanentes	364
b. Miembros representantes	365
B. Condiciones para el ejercicio de la función arbitral.....	366
a. Miembros permanentes	366
b. Miembros representantes	369
C. La independencia de los árbitros de la CMAPI y sus garantías.....	370
a. La imparcialidad	370
b. Régimen de incompatibilidades	374
D. Derechos y deberes.....	375
E. Responsabilidad de los árbitros y representantes	376
a. Responsabilidad penal	377
b. Responsabilidad disciplinaria	378
c. Responsabilidad civil	379
d. La responsabilidad patrimonial del Estado	380
V. ELEMENTO OBJETIVO: CONVENIO ARBITRAL	382
1. Características	382
A. Requisitos subjetivos.....	384
B. Requisitos objetivos	387
C. Requisitos formales.....	388
2. Efectos.....	389
VI. LOS PROCEDIMIENTOS ANTE LA CMAPI	390
1. Introducción	390
2. Principios.....	392
3. El procedimiento general (RD 479/1989)	397
A. Solicitud de arbitraje.....	397
B. Requisitos de los actos procesales: lugar e idioma.....	400
C. Pretensiones.....	402
D. Admisión	403
E. Inicio del procedimiento	404
a. Designación de representantes	405
b. Inactividad de las partes.....	407
c. La oposición del demandado	409
d. La contestación a la demanda	414
e. El intento de avenencia	416
F. Fase probatoria	420
G. Conclusiones.....	422
H. Laudo arbitral.....	423
a. La formación interna del laudo y la firma del mismo.....	423
b. Lugar y fecha	425
c. La motivación y otras menciones	426
d. La obligación de congruencia	427

e.	La no necesidad de protocolización.....	428
f.	Los efectos.....	429
g.	El recurso de aclaración.....	429
h.	La impugnación del laudo	430
i.	La ejecución del laudo.....	431
I.	<i>La adopción de medidas cautelares</i>	431
J.	<i>La situación en derecho extranjero: el supuesto inglés</i>	432
3.	El procedimiento especial sustitutoria de las tarifas generales.....	436
A.	<i>Ámbito</i>	437
B.	<i>La pretendida función arbitral</i>	439
C.	<i>Características</i>	441
D.	<i>La situación en derecho extranjero: el caso suizo</i>	448
4.	El procedimiento para fijar el nivel de remuneración equitativa	450
A.	<i>Ámbito</i>	450
B.	<i>La pretendida función arbitral</i>	451
C.	<i>Características</i>	453
D.	<i>La situación en derecho extranjero: el caso francés</i>	456
5.	La mediación de la CMAPI.....	457

Capítulo quinto

EL ARBITRAJE INERNACIONAL Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

I.	INTRODUCCIÓN.....	464
II.	EL MARCO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA ADR EN EL DERECHO INTERNACIONAL	466
1.	La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.....	467
2.	La Organización Mundial del Comercio	470
3.	La Corte Internacional de Arbitraje de París.....	471
III.	EL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA OMPI	473
1.	Características.....	473
2.	Composición	474
3.	Funciones	475
IV.	EL ARBITRAJE EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL: OMPI VERSUS CCI.....	479
1.	Naturaleza jurídica	479
2.	Elemento objetivo: el convenio	580
A.	<i>Requisitos objetivos</i>	481
B.	<i>Requisitos subjetivos</i>	482
a.	Capacidad	483
b.	Arbitrabilidad	484

C. <i>Requisitos formales</i>	486
3. El inicio del arbitraje	489
A. <i>El control de la validez del convenio</i>	489
B. <i>Escrito de solicitud de arbitraje</i>	490
C. <i>El inicio del arbitraje</i>	491
4. El órgano arbitral	492
A. <i>Número de árbitros y procedimiento de designación</i>	493
B. <i>El ejercicio del cargo arbitral: su imparcialidad</i>	497
a. <i>Abstención</i>	500
b. <i>Recusación</i>	501
c. <i>Sustitución</i>	504
5. El inicio del procedimiento arbitral	506
A. <i>La firma del Acta de Misión</i>	507
B. <i>Efectos</i>	508
6. Principios	511
7. Lugar e idioma del arbitraje	514
8. La inactividad de las partes	517
9. Actitudes activas	520
A. <i>La presentación del escrito de demanda</i>	520
B. <i>El escrito de contestación a la demanda</i>	521
C. <i>Enmiendas al escrito de demanda o contestación</i>	524
D. <i>La oposición al arbitraje</i>	526
10. La prueba	533
11. Modos de terminación del proceso	537
12. El laudo arbitral	540
A. <i>Forma y tipos de laudo</i>	540
B. <i>Plazo para dictar el laudo</i>	543
C. <i>Contenido del laudo</i>	544
13. De las tasas, costas y otros pagos en el arbitraje	545
14. La confidencialidad	546
15. Responsabilidad	546
16. Las medidas cautelares en el arbitraje internacional	549
A. <i>Introducción</i>	549
B. <i>En especial, las medidas cautelares en el arbitraje de la OMPI</i>	556
17. La ejecución del laudo arbitral	557
Conclusiones	561
Bibliografía citada	573
Documentos citados	593
Jurisprudencia citada	597

Abreviaturas

AAA	American Arbitration Association
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AJDA	Actualité Juridique du Droit Administratif
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BGB	Bundesgesetzblatt
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CMAPI	Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual
CNUDMI	Convenio de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CNY	Convenio de Nueva York 1958
EIPR	European Intellectual Property Review
ICC	International Chamber of Commerce
LCIA	London Court International Arbitration
LJCAyPAC	Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativo y Procedimiento Administrativo Común
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
RCEA	Revista de la Corte Española de Arbitraje
RD	Real Decreto
RDMercantil	Revista de Derecho Mercantil
RDPrivado	Revista de Derecho Privado
RDProcesal	Revista de Derecho Procesal
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
RGD	Revista General del Derecho
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista de Jurisprudencia Constitucional
RVDPA	Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSAP	Sentencias de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TAB	Tribunal Arbitral de Barcelona
UNCITRAL	United Nations Convention on International Trade Law

11/1/20

Capítulo primero

CONCEPTOS PREVIOS

11/1/20

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Asistimos en la actualidad a un fenómeno social globalizador que afecta universalmente a los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales y, especialmente, a la rama de éstos que se ocupa de la solución de los litigios. En efecto, la revolución tecnológica ha provocado un aumento cualitativo y cuantitativo de la litigiosidad y, consecuentemente, un uso abusivo de nuestro derecho a acceder a los tribunales

El nacimiento de este fenómeno se manifiesta como fruto de una excesiva jurisdiccionalización durante los años ochenta. En concreto, en la Constitución española de 1978 se encuentra pergeñado un marco de tutela para el ciudadano desde una perspectiva estatal, consecuencia de un momento histórico, donde se hacía necesario consagrar el derecho fundamental de todos los ciudadanos a la tutela *judicial y efectiva*. Pero la previsión realizada en ese momento ha sido superada por la realidad. En la práctica se ha dado un desbordamiento, no solo del sistema judicial, sino que ha alcanzado a otras muchas funciones administrativas ejercidas durante décadas por y desde el Estado, de modo que, han surgido mecanismos paralelos, gestionados por empresas privadas, tales como las referidas a la mensajería, otras dedicadas a otorgar seguridad, etc.

La intervención garantista del Estado ha desbordado los resultados esperados y los ciudadanos no han tardado en buscar alternativas que ofrezcan soluciones eficaces. En concreto, en su faceta tuteladora, «los factores esenciales que han provocado la desestabilización del sistema jurisdiccional, no solo son la consecuencia del aumento de los conflictos, que ha supuesto una incapacidad de ser asumidos por los órganos jurisdiccionales del Estado, sino que también son consecuencia de la variabilidad, la calidad derivada de la complejidad de las

causas que se incoan ante los Tribunales»¹. Ello ha supuesto que el ciudadano haya dado salida a sus expectativas de protección al margen del sistema *jurisdiccional* establecido en la Constitución, a través de fórmulas «alternativas» al Poder Judicial, y basadas en la autonomía de la voluntad, señorío reconocido constitucionalmente al individuo. En la presente institución, se ha mantenido el papel socializador del Estado, compaginado con otro más activo en el individuo: existe una toma de conciencia de su ser, de lo que es capaz de hacer, sin necesidad de recurrir a los medios que éste le ofrece.

No se trata éste de un fenómeno aislado en nuestro ordenamiento, sino, antes al contrario, existe una marcada ventaja que nos puede ayudar a prever las nuevas tendencias que poco a poco van a modelar nuestra práctica jurídica. El estudio del derecho extranjero nos va a servir para corroborar que, si bien este movimiento carece de un pasado y se caracteriza por un débil presente, nada hace dudar que estamos ante una cuestión de futuro, que debe ser objeto a abordar por el procesalista que se proponga estudiar las diferentes formas de tutela, que puede ofrecer el ordenamiento dentro de un marco estatal, aunque no necesariamente jurisdiccional.

En nuestra opinión, presenciemos un momento dentro de nuestra disciplina, que marca indudablemente el punto de partida de lo que en los años venideros será el derecho de tutela que nos corresponde estudiar. Los parámetros sociales, económicos y políticos han cambiado y, en la actualidad, se impone un equilibrio entre elementos contrapuestos como individuo e interés colectivo, intervención mínima del Estado frente a la indubitada reglamentación administrativa protectora de mínimos que interesan a la generalidad, perspectiva liberal del ciudadano compaginada con el papel socializador del Estado. Si bien hasta ahora el individuo formulaba la opción entre disponer procesalmente o no de un derecho material, la concepción individualista que hoy prima le permite

¹ BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos*, Tiranto Lo Blanch, 1999, pág. 14.

optar, sustituyendo el sistema jurisdiccional diseñado por la Constitución, por otro sistema –también con respaldo constitucional-, pero al margen de dicha estructura estatalista, donde se asegure la prevalencia de los criterios de eficacia y justicia para «todo» ciudadano.

Lo que parece indudable es que se trata éste de un movimiento global e imparable, que obliga a los poderes públicos a optar entre permanecer al margen de este movimiento emergente o intentar ser, de alguna forma, partícipe de él y asumirlo como parte de su nueva configuración, sobre todo, porque se corre un riesgo, como es, el de crear un sucedáneo de poder de tutela; ante tal situación, la política legislativa debe ser de mínimos, sin los cuales el estado no puede admitir como tutelado un derecho² y comprometer a sus órganos jurisdiccionales a que la «complementen» la declaración obtenida por otras vías, a través de la tutela ejecutiva y cautelar.

Pero este sistema ha superado, igualmente, las expectativas generadas en sus inicios. Lo que comenzó siendo un sistema «alternativo al Estado», sorprendentemente, ha sido asumido por el mismo, de modo que estos mecanismos privados de resolución de controversias aparecen, en ocasiones, insertados dentro de un proceso judicial³ o fuera de él, pero dentro de un proceso o incluso mediante instrumentos que no jurisdiccionales y, asimismo, por métodos que no son ni jurisdiccionales ni procesales. Se trata de medios basados en la autonomía de la voluntad, que otorgan al particular la posibilidad de tomar parte en la solución del mismo, cuya principal característica es que, si bien nacieron con una vocación meramente privada, en la actualidad ya no quedan restringidos a los derechos subjetivo-privados, sino que la jurisprudencia admite

² Son los mínimos del «fair-trial», es decir, contradicción, audiencia e igualdad, *vid.* PEDRAZ PENALVA, E., «El proceso y sus alternativas», *Cuadernos del Poder Judicial*, 1995, págs. 16 y 17.

³ Hoy desde la misma sede de los órganos jurisdiccionales se anima a las partes a que actúen a través de estas fórmulas, véase para el sistema nacional MEJÍAS GÓMEZ, J., «Resolución alternativa de conflictos», *Curso sobre resolución alternativa de conflictos*, Generalitat Valenciana, Conselleria de Bienestar Social, 1997, págs. 26 y ss. y para el americano, SINGER, L., *La resolución de los conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, 1996, pág. 221.

unánimemente tales fórmulas dentro de materias de orden público o relaciones cuyo titular es la Administración pública.

Se trata de un acontecimiento similar al acaecido en el derecho romano o en la propia Constitución de Cádiz: un movimiento alternativo al sistema oficial pasa a ser asumido por la organización política como parte del mismo⁴. La propia legitimidad histórica de nuestro objeto de estudio, el arbitraje, nos corroborará que este fenómeno al que asistimos en la actualidad, se ha reiterado en numerosas ocasiones durante la propia configuración del Estado, como una respuesta a una nueva realidad social provocada por la no aceptación del sistema ofrecido por la organización política. Su razón de ser es sociológica: todo cambio social ha conllevado un cambio político y, a su vez, una transformación del derecho y de las formas de resolver los conflictos tuvieron que ir modificándose.

El ejemplo más antiguo probablemente sea la aparición del cristianismo y la marginación social que a partir de éste se produjo: si el arbitraje era algo residual tras la creación de un sistema oficial⁵, acabó desembocando en su institucionalización ante el obispo, a través de la denominada *episcopalis*

⁴ Así lo ha reconocido, aunque en otros términos, BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos*, *op.cit.*, pág. 55, cuando afirma que «resulta significativo observar el paralelismo en sus orígenes de este movimiento de ADR con ciertos grupos religiosos e incluso grupos étnicos de inmigrantes que resolvían ya sus diferencias dentro de sus grupos o comunidades a través de la mediación de los ministros de su Iglesia o de los ancianos. Basta observar que en la historia de la humanidad han existido castas, grupos, estratos, clases y cada uno de estos grupos o especies creaba sus propias normas, derechos, obligaciones».

⁵ Tomando como punto de partida la sociedad romana, como primera forma de organización política y jurídica, parece posible que, en las civilizaciones anteriores, las relaciones sociales fueran sencillas, también sus conflictos y, como contrapartida, la vía de solución de los mismos. Al no haber poder u organización preconstituida, no había monopolio de ningún tipo a la hora de solventar estas controversias, sino que el individuo confiará la solución de sus conflictos al acuerdo pacífico al que llegue con la otra parte o propuesto por un jefe, anciano o tercero en el que depositan su confianza. Sólo con la aparición de un poder jurisdiccional, capaz de imponer coactivamente sus decisiones con respaldo estatal, se puede hablar de jurisdicción y de *imperium*. Pero, paradójicamente, a pesar del proceso de institucionalización progresiva de esa vía considerada oficial y de la presencia de un monopolio jurisdiccional, el arbitraje históricamente nunca llega a desaparecer. Lo más razonable es que pervivieran ambas fórmulas y que, sólo en los periodos de crisis, desempeñara el arbitraje un papel predominante.

Cuando se dice que el arbitraje es el origen de la jurisdicción no le falta razón a tal afirmación, pero no porque el primero se transformara en el segundo (no podía hacerlo pues tras ambos sistemas se ubicaban fundamentos contrapuestos), sino porque un sistema fue previo a otro y, sólo el hecho de que naciera el concepto de *imperium*, generó una nueva forma de resolver conflictos.

audientia. Éste es un dato que hace patente la única diferencia que marca ambas figuras, arbitraje y jurisdicción: Si al uso de una fórmula heterocompositiva, aunque basada en postulados tales como el reconocimiento de autoridad moral, le añadimos el elemento de «poder institucionalizado» (sea político, eclesiástico, etc.), da como resultado el concepto de jurisdicción con las consecuentes notas monopolísticas que de ella se derivan.

Veinte siglos más tarde podemos observar la evolución cíclica de todo cuanto se halla en movimiento. El arbitraje ha estado siempre presente en nuestra sociedad y su mayor o menor virtualidad ha derivado de la eficacia reconocida al sistema jurisdiccional del Estado, asimismo, de la relación existente entre monopolio jurisdiccional e intereses públicos y privados, del predominio del «*lasser faire*» del estado liberal o de un mayor intervencionismo público en las relaciones del particular. Sin embargo, desde la perspectiva del estado del bienestar, el papel del Estado es de intervención mínima y socializadora, que apunta hacia lo público pero bajo el respeto del individuo; debe intervenir fijando condiciones, forma de ejercicio de aquellos derechos que, incluso considerándolos dispositivos, forman parte de ese acervo de derechos que conforman el bienestar social.

Avanzábamos que nuestra Jurisdicción responde al sistema judicialista dibujado en 1978 y, por tanto, también a tal paradigma debe dar respuesta nuestro Derecho Jurisdiccional. En un momento clave como aquellos años, el constituyente debía asegurar un verdadero Poder Judicial, independiente y exclusivo, baluarte de la tutela de derechos. No obstante, dentro de esa preocupación por la tutela del ciudadano, decidió, a través del silencio, dar cabida al arbitraje o a cualesquiera otras fórmulas basadas en la autonomía de la voluntad dentro de la Constitución. Pero, en esta ocasión, razones de solidez democrática y constitucional, permiten que dejen de ser vías «alternativas» para pasar a ser incardinadas dentro del propio sistema. En la actualidad, el Estado, desde una política liberal o desde una perspectiva socializadora, no sólo permite,

sino que garantiza estos métodos, evitando que «que se convierta en un sucedáneo de poder de tutela, con menos garantías para el justiciable que, al fin y al cabo, es el elemento imprescindible en el acceso a la justicia»⁶. Llegado a este punto, es muy probable encontrar el mismo «bucle» que ya antaño se produjo, a saber, esa institucionalización del sistema extrajudicial y la aceptación del mismo por el sistema oficial. Sería una suerte de «estatalización» de estas fórmulas. Como en 1989 afirmó BARUCH BUSCH, la distinción entre ambas vías «es más una ficción que un hecho; ADR no es una alternativa a los tribunales; está englobado en y bajo la participación de los tribunales»⁷. No se trata, por tanto, «de obviar la vía jurisdiccional, que está claramente garantizada y desarrollada constitucionalmente, sino que se pretende incorporar vías complementarias (previas, coetáneas y postprocesales) o alternativas que permitan evitar que, en todo caso, la única solución posible sea la Jurisdicción, los órganos jurisdiccionales»⁸.

Salvado este riesgo, todo parecen ventajas al observar dichas fórmulas. Se puede integrar el arbitraje en el sistema procesal civil, se crea confianza entre los tribunales frente al mismo, pues ya no se trata de una alternativa excluyente de éstos sino complementaria, se da respuesta a las necesidades económicas de nuestra sociedad, se obtiene ese delicado equilibrio entre el individuo y el elemento social o público, etc. Y a tal beneficio debe contribuir la labor del procesalista, estudiando más allá de los límites tradicionalmente fijados a través de la «trilogía estructural».

⁶ Vid. el estudio comparado de este movimiento en BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos*, op.cit., págs. 47 y ss.; y entre otros, MUÑOZ SABATÉ, Ll., «La Ley de Arbitraje: un campo sembrado de minas», *Curso del CGPJ sobre arbitraje, mediación, conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, pág. 11; CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *El acceso a la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1978; RAMOS MÉNDEZ, F., «Medidas alternativas a la resolución de conflictos en el ámbito civil patrimonial», *Justicia*, 1994, núm.4, págs. 812 y ss.; SINGER, L., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, op.cit.

⁷ «Defining quality in Dispute Resolution: Taxonomies and anti-taxonomies of quality arguments», *Denver University Law Review*, 1989, núm.69, pág. 342.

⁸ TORNOS MÁZ, J., *El arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura jurídica*, Tribunal Arbitral de Barcelona, núm.6, 1995, pág. 15 y BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos*, op.cit., pág. 171.

Atrás debe quedar el estudio de la Jurisdicción como único objeto del Derecho Procesal⁹, aunque siga siendo el elemento caracterizador de la tutela del Poder Judicial. Junto a éste, el concepto proceso, como instrumento de tutela productora de eficacia de cosa juzgada, ya no se predica como exclusivo de la Jurisdicción, sino que se extiende al arbitraje por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La esencia del cambio residirá en el concepto de heterocomposición y en la valoración constitucional que de la autonomía de la voluntad se haga. Lo que no se puede utilizar son los esquemas tradicionales para el estudio de esta nueva vertiente del derecho a la tutela, por la razón de que los fundamentos de estas figuras son, aunque basados en la heterocomposición, enteramente distintos.

A partir de tales bases, el reto del presente trabajo es entender la adecuación que este tipo de fórmulas, en especial, el arbitraje, a un sector jurídico tan especial como la propiedad intelectual. Conscientes de la ausencia de una práctica, que no pocos problemas suscita a quienes pretendemos estudiar el arbitraje en la materia, hemos tratado de analizar la situación tanto en España como en nuestros sistemas vecinos, sabedores de que, el futuro de la propiedad intelectual va a venir, en gran medida, enmarcado por esta forma de resolver conflictos. Para ello hemos consultado las fuentes directamente, interpelado a los operadores jurídicos dentro del ámbito nacional e internacional, e igualmente nos hemos trasladado a diferentes centros de investigación del arbitraje en propiedad intelectual. Así, una primera investigación se realizó en el *Swiss Institute of Comparative Law* de Lausanne (Suiza), con el fin de consultar esas fuentes y la bibliografía existente; en segundo término, tuve la oportunidad de observar el fortalecimiento que día a día logra la *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual* de Ginebra (Suiza), asistiendo al desarrollo de los primeros supuestos de arbitraje y mediación en la materia; finalmente, y con el fin de estudiar el

⁹ Este concepto clave que, hasta ahora, ha definido nuestra disciplina, en nuestra opinión, no es más que el resultado de la combinación de las siguientes variables: 1. De la evolución de la sociedad y del tipo de litigios que en ella se dan; 2. Del grado de fortalecimiento de poder o monopolio en la actividad jurisdiccional; 3. De las necesidades no cubiertas por un sistema oficial super-burocratizado; 4. De la búsqueda de alternativas que satisfagan las nuevas necesidades sociales.

punto de partida de la *Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual*, me trasladé al *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht* de Munich (Alemania), donde me pusieron en contacto directo con la *Patentamt* u oficina de Patentes de Baviera.

Nuestro enfoque de estudio no pretende restringirse al arbitraje especial existente en la materia sino, antes al contrario, y fruto de la constatación de esta situación internacional, creemos aconsejable un tratamiento amplio, es decir, extendido a cualquiera de las fórmulas arbitrales que sirven para dar tutela a las infracciones de propiedad intelectual.

Las razones que nos impulsan a propugnar el arbitraje como forma de tutela más adecuada a tal propiedad son varias.

En primer lugar, por las aludidas deficiencias ofrecidas por el sistema estatal de tutela. En segundo término, se trata de una propiedad muy compleja que hace aconsejable la especialización del juzgador y requiere en mayor medida de una tutela ágil y eficaz. Además es una propiedad que sufre un pronunciado intervencionismo público por ser concebida, en parte, como derecho irrenunciable y, en ciertos casos, como derecho de gestión no individual, es decir, no ejercida por su titular, sino colectivamente por las entidades de gestión. Concebido por el legislador un posible riesgo monopolista, se ha creado un arbitraje especial de propiedad intelectual (art.153 LPI), como medio indirecto de logro de equilibrio entre los distintos operadores jurídicos que intervienen en este tipo de relaciones. Es natural, por tanto, que junto a un proceso civil, se haya creado una tutela arbitral privilegiada ante la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual u otros arbitrajes nacionales e internacionales, pues el uso de la obra es efímero, el autor debe negociar y litigar frente a auténticos titanes, como son las entidades de gestión, radiodifusión o asociaciones de

usuarios y, a su vez, necesidades económicas y de calidad de vida, exigen de una tutela eficaz.

Se trata de una materia cuyos litigios van a tener, casi de forma generalizada, una naturaleza transfronteriza. La explotación de la propiedad intelectual se lleva a cabo mediante reproducciones de obras, comunicaciones públicas, distribuciones, transformaciones, formas de explotación que son difícilmente controlables por la magnitud de la revolución tecnológica en la transmisión de información. Internet, pudiera ser el ejemplo más claro y actual. La no restricción, por tanto, de tales métodos de explotación a unas fronteras, dificulta la determinación del fuero al que debe someterse el litigio. Tales fórmulas extrajurisdiccionales facilitan la protección de estos derechos más allá de una Jurisdicción o un ordenamiento no deseado o que no ofrezca un nivel de protección suficiente.

Por último, señalar que el hecho de que no exista hoy por hoy una gran repercusión práctica del arbitraje en este ámbito del derecho privado, no supone un fracaso de este sistema sino, antes bien, la falta de confianza de los operadores jurídicos de esta propiedad tan especial en el arbitraje o la juventud de la propia materia¹⁰. El acierto de su estudio lo pone de manifiesto el incipiente incremento que estos últimos años han experimentado las estadísticas ante la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, la creación de arbitrajes específicos en esta materia en el ámbito internacional, al comprobar que se trata de un cometido de Naciones Unidas o de la propia Organización Mundial del Comercio, al crear sus Reglamentos de arbitraje en la materia.

Sin embargo, se echa en falta una política decisiva en la materia, conforme existe en el arbitraje de consumo, aunque se entiende en términos numéricos de afectados. Pero no olvidemos que la propiedad intelectual es parte del derecho a

¹⁰ Recordemos que el arbitraje de consumo tampoco tuvo la recepción esperada tras su creación y, sin embargo, en la actualidad las estadísticas arrojan un balance muy favorable desde la creación del RD 1993.

la cultura y al desarrollo de la personalidad, que cada día se pone más en entredicho con el avance de los medios de comunicación. Corresponde al procesalista tomar conciencia de la existencia de esos otros cauces de tutela y dar respuesta a la necesidad del individuo en esta materia, sea mediante el acceso a la Jurisdicción o por esos otros cauces, procesales o no.

II. LA PROPIEDAD INTELECTUAL: CONCEPTOS GENERALES

El término propiedad intelectual es un concepto amplio, en constante evolución, de contenido inmaterial y económico, con connotaciones públicas y privadas al tiempo. Estas notas hacen de ella una propiedad muy compleja, que requiere de una notable especialización en los sujetos usuarios de la misma. Además, atendiendo a los medios de transmisión de obras existentes en la actualidad, sus posibilidad de modificación o amenaza con carácter transnacional se hacen peligrosamente fácil.

Además la importancia de la propiedad intelectual reside en su reconocimiento público. Se trata de una propiedad privada, pero sujeta a numerosas limitaciones, unas veces, a favor de la sociedad y del derecho a la cultura y, otras, a favor de los explotadores, en cuanto son intermediarios normalmente necesarios. Los intereses de la sociedad, de los usuarios y del autor deben estar en equilibrio y así se ha intentado llevar a cabo en el Real Decreto-Legislativo 1/1996, de 12 de abril¹¹, por el que se incorpora a nuestro ordenamiento el acervo comunitario que vela por la protección de éstos.

Averiguar si puede o no ser objeto de tutela arbitral requiere de cierta aproximación a sus contenidos, posibles usuarios y formas de explotación. A menudo, puede que tal tipo de tutela no sea posible o que no sea recomendable, pero, en muchas ocasiones, puede que sea el único recurso que le queda al autor o titular de otros derechos para obtener una tutela efectiva en tiempo y forma.

1. Definición de los derechos de propiedad intelectual

Tal vez el término «propiedad intelectual» no sea el más acorde para expresar el contenido de este derecho. Sobre el mismo recae un doble señorío, es decir, sobre la creación intelectual y sobre las facultades de explotación que de ella se derivan. Pero, hasta llegar a tal conclusión, se hace necesario deslindarlo de otras figuras colindantes.

1) Propiedad intelectual frente a *copyright*: En derecho anglosajón, el término propiedad intelectual es mucho más amplio que la concepción mantenida en derecho continental. En tal sentido, dentro de este concepto se encuentran dos amplias ramas, a saber, la propiedad industrial y la intelectual. Pero cuando nuestra Ley de Propiedad Intelectual regula estos derechos, no se encuentra mención alguna al derecho industrial, sino simplemente a los «derechos de autor y derechos conexos», lo cual quiere decir, que nuestra propiedad se identifica con el término anglosajón *copyright* o «derecho de copia».

Hecha tal distinción, conviene fijar ciertas diferencias entre los dos tipos de propiedad que integran este concepto amplio. Ambas protegen objetos inmateriales y disfrutan de esa doble vertiente moral y patrimonial, pero mientras la primera sería una expresión de arte aplicada a la explotación industrial, la segunda protege la parte estética de una creación y, de esta forma, con que sea perceptible por los sentidos es suficiente. Mientras que la protección de la propiedad industrial se otorga sin que en realidad llegue a existir la obra, «basta que se exprese el enunciado normativo de la misma»¹², en la intelectual es requisito previo la existencia de la obra, aunque no se registre¹³. La propiedad industrial, a su vez, integra diversos derechos que pueden coincidir

¹¹ BOE 22 abril, núm.97.

¹² BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, Civitas, 1993, pág. 103.

¹³ LIPSZYG, D., *Derecho de autor y derechos conexos*, Unesco/Cerlal/Zalavia, 1993, págs. 16 y ss.

simultáneamente sobre la misma obra, todos ellos destinados a un fin industrial. Nos referimos al de patentes, marcas, diseño industrial y modelos de utilidad.

El objeto de estudio de este trabajo se centra, con exclusividad, sobre el concepto continental de propiedad intelectual. No quiere decir que sobre el derecho industrial no sea admitida la tutela arbitral, antes al contrario y a pesar del mayor intervencionismo estatal que se advierte al registrar la obra, goza de una mayor repercusión práctica.

2) Propiedad intelectual y derecho de autor: En la propiedad intelectual ha de encontrarse un equilibrio entre su vertiente espiritual y material. Es decir, en cuanto propiedad, se pone el acento en su faceta explotadora y, en la medida en que es intelectual, se confirma como creación del ingenio.

Sin embargo, la existencia y valoración de estos derechos morales hace reductivo el término propiedad intelectual, pero, por otro lado, «la existencia de unos derechos conexos de terceros no autores, convierte en demasiado restrictivo el término derecho de autor»¹⁴. Por esta razón, resulta comúnmente aceptada la terminología de propiedad intelectual, por ser, en cierta forma, más integradora de estos conceptos, por tener en común el acto de creación y su protección durante la explotación económica. Sin embargo, la Ley optó por una diferente terminología y diferenció de modo expreso entre «derechos de autor» y «otros derechos de propiedad intelectual» distintos de los ostentados por éste, marcando su distinto alcance moral y patrimonial, tanto en lo referido a su explotación directa como indirecta.

3) El titular del «derecho de autor» y el de «otros derechos afines»: Frente al creador de la obra en sentido estricto, la Ley protege también a otros sujetos que, si bien no tienen la condición de autor, gozan de derechos sobre la obra de un tercero.

El autor, además del derecho moral, goza del derecho a explotar su obra y a ser remunerado por el uso que hagan terceros. De esta forma, puede decidir si la obra ha de ser divulgada, en qué forma, bajo qué nombre, goza del derecho a que se le reconozca la paternidad sobre ella, a que se respete su integridad, a modificarla en cualquier momento, bajo el respeto de tercero o por exigencias de interés cultural, arrepentirse de su creación y a acceder al ejemplar único existente (art. 14 LPI). Todos ellos tienen su razón de ser en el hecho de ser una extensión de la personalidad del autor¹⁵.

Goza de otros derechos exclusivos, esta vez, de naturaleza económica o patrimonial, derivados de la explotación de la obra (art.17 LPI). En ningún caso, la enumeración de la Ley es taxativa y que, sobre ellos tenga la titularidad, no quiere decir que tenga siempre su disponibilidad y, por tanto, su legitimación. En ocasiones su ejercicio se encomendará a las entidades de gestión de estos derechos, bien con carácter obligatorio, bien voluntario.

El autor tiene derecho a ser remunerado tanto por otorgar autorización para su uso como por toda prestación de servicio en la que se haga uso la obra, de modo que, en caso de haber pluralidad de usuarios, devendrán diferentes derechos.

Estos derechos de explotación se centrarían en torno a las diferentes formas de reproducción de una obra, su distribución, su comunicación pública (a través de representaciones y ejecuciones, proyección pública en salas de cine, radiodifusión por satélite y cable o medio análogo, emisión o transmisión en

¹⁴ OLLERO TASSARA, A., «Derecho de autor y propiedad intelectual. Apuntes a un debate», *Poder Judicial*, núm. 11, septiembre 1988, pág. 48.

¹⁵ Entre otros, VEGA VEGA, J.A, *Derecho de autor*, Tecnós, 1990; DELGADO PORRAS, A., *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Civitas, 1988; MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, 1995; DIETZ, A., *El derecho de autor en España y Portugal*, Ministerio de Cultura, 1992; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La propiedad intelectual en el derecho internacional privado español*, Comares, 1994; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al derecho mercantil*, Tirant Lo Blanch, 1999; BERCOVITZ-CANO, R., (junto a otros), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, Tecnos 1998.

lugar accesible al público, exposición pública de obras de arte, bases de datos) o por la transformación de dicha creación por tercero.

Por último, el autor y los titulares de derechos conexos, tienen derecho a participar en el destino económico que la obra experimente a lo largo de su vida y a obtener por ello, una remuneración equitativa, bien por las sucesivas reventas de la obra plástica, bien por el uso «incontrolable» que se haga de sus obras audiovisuales y escritas (arts.24 y 25 LPI).

Frente al autor, la Ley reconoce a terceros la titularidad de «otros derechos afines» de autorización y remuneración por el uso de la obra en la que participaron artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas o grabaciones audiovisuales o ciertas bases de datos, así como los derechos de las entidades de gestión. Todos ellos tienen derechos muy similares a los de los autores, en cuanto que en cierta medida contribuyen a la creación de la obra, pero su título, prestaciones y limitaciones son distintas.

2. Limitaciones

El señorío que el autor o el titular de otros derechos afines pueden tener sobre la obra, debe de compaginarse a su vez con los intereses sociales y culturales y los de los explotadores de la misma, intermediarios necesarios para ésta llegue al público. Así pues, la obra sufre limitaciones *propias* en el primer caso e *impropias* en el segundo¹⁶. Las primeras son conocidas como las *autorizaciones no voluntarias*, y se encuentran sujetas a remuneración, y las segundas *autorizaciones libres o gratuitas* que, como su nombre indica, no poseerá el titular derecho alguno, por tratarse de un uso en un procedimiento judicial, biblioteca, archivo, por invidente, derecho de cita, uso privado del copista, etc. (arts.31 y ss.).

¹⁶ DELGADO PORRAS, A., *op.cit.*, pág. 39 y 40.

Las autorizaciones no voluntarias, sin embargo, se pueden dar por dos motivos. Por un lado, porque la Ley así lo presume¹⁷ y, por otro, porque la Ley encomienda a las entidades de gestión de derechos de autor para que gestionen el uso masivo de obras, evitar reproducciones incontroladas de libros, películas o fonogramas o para que autoricen y obtengan la remuneración por uso de repertorio de obras y hagan efectivo su reparto, etc.

En los demás casos el autor podrá explotar su obra durante toda su vida y, sus herederos, la podrán prolongar hasta setenta años después. Si se tratara de un derecho conexo o afín, la duración queda restringida a cincuenta años.

3. El objeto

El art.10 LPI enumera el objeto de protección de la propiedad intelectual, debiéndose entender excluidas las ideas y el propio soporte de la obra, pues el criterio legal es dar protección a la exteriorización de la idea, transformando la realidad; cualquier modificación de la obra puede volver a ser digna de protección, siempre que se modifique el continente. Se requiere que sea novedosa, que tenga individualidad. Contrariamente a lo que acontece en la propiedad industrial, la intelectual no requiere de inscripción en un registro para recibir protección, sino que este dato solo tendrá importancia a efectos de prueba.

A tenor del art.10.1 LPI y sin ánimo taxativo, se consideran obras dignas de protección legal, con independencia del soporte «conocido o que se invente en el futuro»: las obras escritas¹⁸, las orales¹⁹, las teatrales²⁰, las musicales²¹, las

¹⁷ Unas veces, la Ley hace referencia a la cesión de los derechos del trabajador asalariado a favor de la empresa (art.51 LPI); en ocasiones presume la cesión de los derechos para transmitir por cable y satélite (art.36); y, por último, se presume la cesión de los derechos de reproducción, distribución y comunicación de las obras audiovisuales, así como de doblaje y subtítulo, salvo que sea obra cinematográfica que, para su puesta a disposición mediante el sistema de vídeo doméstico o su radiodifusión, requerirá de la autorización expresa del autor (art.88.1 y 2). Debe considerarse también excluido todo aquel derecho del coautor que se considere aisladamente, pues los autores pueden disponer aisladamente de la obra siempre que no perjudiquen a los otros coautores.

¹⁸ Entre ellas se incluyen libros, folletos, impresos, epistolarios, discursos, eslóganes publicitarios, almanaques, nomenclaturas.

artísticas²², las audiovisuales²³, los programas de ordenador²⁴, las derivadas de otras obras²⁵ y el título²⁶.

4. Formas de explotación

Los autores tienen reconocido los derechos de explotación de la obra en cualquier forma y, en especial, la reproducción (art.18), distribución (art.19), comunicación pública (art.20) y transformación (art.21). Junto a ellos, obtendrá remuneración por participación en el destino económico y por reproducción privada de la obra (art.24 y 25). Tales derechos serán transmisibles bien por un contrato de edición (art.58 y ss.), representación teatral (art.74 y ss.), producción audiovisual (art.86 y ss.), prestación de servicios al crear un programa de ordenador (art.95 y ss.), por los que se cede el derecho a reproducirla y distribuirla, sin perjuicio de la remuneración correspondiente.

¹⁹ A través de estas obras se protegen aquellas creaciones transmitidas por medio oral y sonoro, independientemente de que vaya acompañado de imágenes o no. Así, se consideran protegidas las alocuciones, conferencias, etc.

²⁰ Se trata de cualquier representación escénica que sea dramática, dramático-musical, pantomímica o cualquier obra teatral en general que se encuentre exteriorizada o materializada y, por tanto, trascienda del ámbito de las ideas o imaginación del autor. Su fijación a través de soporte solo es importante a efectos de prueba.

²¹ Se incluyen las composiciones con o sin letra, bajo el requisito aludido de la exteriorización.

²² El elemento estético es esencial por tratarse de pinturas, dibujos, esculturas, grabados, litografías, historietas, mapas, diseños topográficos, obras plásticas, proyectos, planos, obras de ingeniería, bocetos, obras expresadas por medios análogos a la fotografía. En concreto, las obras científicas pueden ser objeto de doble protección, pues tendrán cobertura bajo la propiedad industrial (art.3 LPI).

²³ Son obras cinematográficas o audiovisuales las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y el sonido, con independencia del soporte (art.86.1). En el presente caso se hace difícil deslindar este tipo de obra de la que se encuentra protegida a través de la creación de programa de ordenador.

²⁴ Bajo tal denominación se incluyen las secuencias de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma o expresión o fijación. Queda incluida la documentación preparatoria para la realización del programa, manuales de uso o sucesivas versiones, pero excluidos los principios o fundamentos en los que se basa cualquiera de sus elementos (art.96).

²⁵ Las traducciones, adaptaciones, revisiones, actualizaciones, compendios, resúmenes, extractos, arreglos musicales o cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica (art.11), constituyen obra derivada que generará un doble derecho de remuneración, por un lado, para el autor de la obra original, de otro, para el nuevo creador.

a') Reproducción

Se tiene derecho a obtener una remuneración por la «fijación material en cualquier medio o por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o varias copias de todo o de parte de (la obra)» (art.18). «Se trata de la actualización o repetición en otra materia, de los mismos elementos expresivos que utilizó el autor en la primera materialización de su obra»²⁷.

La clave de este derecho de reproducción nos la ofrece el propio texto legal cuando exige que la reproducción se lleve a cabo «en un medio que permita su comunicación» y al considerar copia también a la reproducción parcial de la obra. Valga saber que todo tipo de obras puede ser reproducida, con independencia del medio a través del cual se haya realizado, siempre y cuando la creación sea la misma y permita su comunicación al público. Queda incluida cualquier tipo de reproducción todavía inimaginable²⁸.

El grado de utilización (reproducción) de la obra es indiferente a los efectos que nos interesan. Por pocos segundos que se utilice una grabación sonora surgirá el derecho de reproducción a favor del autor.

b') Derecho de distribución

«Se entiende por distribución la puesta a disposición por el público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma» (art.19.1).

Este derecho hace referencia a la decisión que puede adoptar el autor de poner en circulación ejemplares originales o copias de una obra y, por tanto, de la

²⁶ Puede tener un carácter independiente respecto del resto de la obra y puede, por tanto, explotarse individualmente.

²⁷ BAYLOS CORROZA, H., *op.cit.*, pág. 582.

negociación de las condiciones en que se llevará a cabo la distribución. Constituye en esta materia una alteración sustancial la supresión de fronteras que se ha llevado a cabo con la creación de un espacio único Comunitario.

La distribución transfronteriza de una obra hace surgir a favor del autor derechos que variarán sustancialmente según se realice en el ámbito de la Unión Europea o fuera de ella. De este modo, la venta realizada al público dentro de la Unión agota los derechos sobre la obra respecto de futuras autorizaciones para la realización de reventas dentro de este ámbito. «En esta hipótesis, el derecho que nos ocupa cede ante el principio de libre circulación de mercancías en el ámbito intracomunitario²⁹.

Por lo que se refiere a las operaciones de alquiler y préstamo, ambas se consideran que son puesta a disposición del original o copia de la obra para su uso por tiempo limitado, pero mientras la primera conlleva un beneficio económico a favor del autor, es decir, es una cesión temporal onerosa, la segunda no, ni de modo directo ni indirecto y siempre debe llevarse a cabo dicho préstamo a través de establecimientos abiertos al público.

Del supuesto de alquiler quedan excluidas la puesta a disposición con fines de exposición, comunicación pública a partir de fonogramas o grabaciones audiovisuales, incluso cuando se trata tan sólo de ciertos fragmentos, así como de

²⁸ Respecto a las posibilidades, LIPSZYG, D., *op.cit.*, págs. 180 y 181, ofrece un listado de las hoy existentes, sin perjuicio de las constantes innovaciones que en este campo se están generando. También, DELGADO PORRAS, A., *Panorámica...*, *op.cit.*, pág. 31.

²⁹ SS. del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 1971 -asunto Deutsche Grammophon-, en materia de fonogramas, y de 20 de enero de 1981 -caso Musik-Vertrieb Membran v. GEMA-, en materia de derecho de autor.

Efectivamente, es el propio texto refundido de la nueva Ley el que recoge el citado principio y ha incorporado el agotamiento de este derecho por la primera venta dentro de la Unión «y, sólo únicamente, respecto de las ventas sucesivas que se realicen en dicho ámbito por el titular del mismo o con su conocimiento», como sería, por ejemplo, el derecho de control de alquiler que se puede reservar el autor. El autor puede, pues, limitar territorial y temporalmente las facultades de terceros de explotación de sus derechos.

la consulta para uso personal³⁰. Esto es así porque no constituyen supuestos de distribución, sino que son considerados de comunicación pública porque el público tiene acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares. Respecto alquiler no retribuido o préstamo, ocurre lo mismo³¹.

c') Derecho de comunicación pública

Al tenor del artículo 20, por comunicación pública debe entenderse «todo acto por el cual una pluralidad de personas pueden tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas». Sin embargo, cuando ésta se lleve a cabo «dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión» no será objeto de remuneración de derechos de autor³².

El concepto de comunicación pública incluye tanto a la que se hace de modo directo (en vivo) como indirecto (mediante fijación o a través de agente de radiodifusión). La combinación de ambas comunicaciones constituirá dos actos de recepción por públicos distintos, el que acontece en vivo al programa y el que recibe a través de un tercero que transmite esas señales por medios alámbricos o inalámbricos. Ambos actos de comunicación serán objeto de remuneración³³.

³⁰ No obstante, existe una tendencia mundial de reconocer el agotamiento de los derechos sobre la obra cuando se produce su venta. En torno a este punto, vid., BERCOVITZ, R. (y otros), *op.cit.*, pág. 382; MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual...*, pág. 253.

³¹ Quedan incluidos en este concepto, los casos en los que se exige el pago de una entrada que no exceda de lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento.

Igualmente, no se aplicará a los edificios ni a las obras de arte aplicadas, por ser uno de los supuestos que constituyen límite a los derechos de autor conforme al artículo 35.

³² Dicha exclusión responde a la creciente utilización de redes de radiodifusión en urbanizaciones o complejos turísticos que, en sus ámbitos domésticos, recibían la señal bien por cable, bien vía satélite, disfrutando de decodificadores de las señales portadoras de programas pero que, en última instancia, constituían un acto de comunicación que debía ser remunerado.

³³ Cosa distinta es el supuesto del ciudadano que a través de su antena capta en su domicilio las señales de un programa sin que exista red que se lo suministre, sea mediante el pago de un abono o sin él.

Junto a esto, debemos recordar aquí lo indicado al inicio de este epígrafe sobre el concepto de «prestación de servicio». En este supuesto se considera acto de comunicación pública el hecho de que un intermediario sea el que recibe la emisión del programa y presta el servicio de transmitir el mismo al público conectado a la red.

Especialmente constituyen actos de comunicación pública los supuestos establecidos en el artículo 20.2 LPI, pero en ningún caso pueden considerarse que nos encontramos ante una lista tasada debido a las constantes innovaciones tecnológicas que se producen en las comunicaciones.

1. Representaciones y ejecuciones públicas: Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales comunicadas al público mediante cualquier medio o procedimiento, serán objeto de remuneración y autorización por parte del autor.

No importa el soporte sobre el que se realice, sea de modo directo -obras coreográficas, pantomimas, obras de teatro, recitaciones, disertaciones, lecturas, conferencias o ejecución de piezas musicales-, o bien indirecto -a través de cualquier medio mecánico en lugar accesible al público-. Lo relevante es que el cesionario del derecho a representar o ejecutar públicamente la obra deberá satisfacer los derechos al autor cedente, o normalmente, a la entidad de gestión (art.74)³⁴.

2. Proyección pública de obras cinematográficas y demás audiovisuales: Es éste un supuesto controvertido por discutirse el alcance del precepto. Dentro de éste, podemos encontrar desde la comunicación de un *film* o grabaciones audiovisuales en sala de cine o en cualquier lugar abierto al público, sea previo pago de entrada o de forma gratuita (supuesto de los bares y video-bares). Lo que en todo caso quedan fuera son las transmisiones por hilo y por ondas. Consideramos que debe restringirse a las obras cuyo soporte se encuentra en posesión del responsable de la proyección en el local.

³⁴ Si por el contrario estamos ante el caso de una comunicación indirecta, según decíamos, existe una segunda comunicación la persona responsable del local abierto al público en el que se realiza la transmisión de la representación deberá liquidar los derechos autorales. En este caso nos encontramos ante un supuesto de comunicación pública.

3. La radiodifusión, satélite y cable: Se trata de tres medios diferentes de comunicación pública. El artículo 20, hace una múltiple distinción.

• art.20.2 c) «*La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes*»:

El concepto de «radiodifusión» se refiere a las emisiones realizadas en directo o mediante fijación tanto por televisión como por radio y que reciben el público a través de las ondas hertzianas. No obstante, añade este artículo 20.2 c), por emisión objeto de comunicación pública debe entenderse tanto la llevada a cabo por radiodifusión como «por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos e imágenes». Por tanto, la inyección de programas a un satélite «cuando la recepción de la(s) misma(s) por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen», también debe ser incluida³⁵.

Parece referirse en el caso del satélite a ese primer tramo de la comunicación, hasta que el programa llega a esa entidad distinta de la de origen, momento en el cual habrán nacido derechos de remuneración a favor del autor. El ordenamiento español se acoge a la teoría de la emisión para saber quién es el responsable del acto de comunicación, es decir, el pago de los derechos corresponderá a la entidad de emisión del acto de comunicación.

³⁵ El legislador ha querido incluir de modo expreso dentro del concepto de emisión de radiodifusión, los casos en los que aparece una estación de satélite intermediaria, sin la cual no podrían recibirse los programas. Consideramos que esta matización la realiza el legislador porque dentro del concepto de radiodifusión existe un modelo de emisión más sencilla como es la que emite la estación terrestre (Radioespaña) y que llega de inmediato a los receptores sin necesidad de satélite. Tras la incorporación de la Directiva reguladora de la radiodifusión de los derechos de autor por satélite y cable ambos sentidos se encuentran incluidos (Directiva 93/83/CEE de 27 de septiembre de 1993, DOCE L 248/17).

Se incluye en este precepto todos los supuestos de comunicación pública de imágenes, sonidos, etc. que no sea por cable sino por ondas de radio, bien dirigidas a un satélite o bien a una antena directamente.

• art.20.2. d) «*La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras*».

En este supuesto, el acto de comunicación pública se observa desde una óptica opuesta a la anterior, es decir, desde el momento en el que las señales portadoras de programas se reciben y salen del satélite hacia la tierra, «destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación». Surge entonces, las dudas sobre el responsable del pago de los derechos de autor.

En este tipo de transmisiones indirectas debemos diferenciar los satélites de radiodifusión directa (DBS) de los de telecomunicación (CS)³⁶. La responsabilidad derivada de una y otra forma de comunicación es muy distinta³⁷.

Surge nuevamente la duda de a quién corresponde el pago de los derechos de autor y el criterio legal parece centrarse en el hecho de que las señales portadoras estén codificadas, tanto para los casos dirigidos a realizar una

³⁶ Los primeros hacen referencia a aquellos satélites cuyo campo de emisión abarca un área geográfica determinada y cada individuo capta las señales a través de sus antenas de mayor o menor potencia. Los segundos, si bien comenzaron siendo satélites que transmitían a otra entidad de radiodifusión o de cable encargada de retransmitir el programa, dada la evolución tecnológica actual, es perfectamente posible que los diferentes domicilios capten las ondas como si de satélites DBS se trataran y las descodifiquen mediante sus antenas.

³⁷ A continuación, el propio artículo 20 incluye un número tercero dedicado a la comunicación al público vía satélite dentro del territorio de la Unión Europea. La Ley diferencia dos supuestos claros, a saber, los casos en los que la emisión de la comunicación se realiza dentro de la Unión y los casos en los que la comunicación vía satélite se emite desde un país no miembro.

En el primer caso, será responsable del acto de comunicación a efectos de cumplir con sus obligaciones respecto a los autores, el país donde esté sita la entidad de radiodifusión que emitió la señal. En el segundo caso, se tendrá en cuenta, con el fin de garantizar una protección similar a la otorgada por la Unión:

a) Si la emisión de la señal portadora partió desde un país de la Unión, aunque el acto de comunicación se realizara en un Estado no miembro, los derechos deberán hacerse efectivos frente a la Entidad de radiodifusión que emitió esa señal portadora ascendente (Teoría de la emisión adoptada en el Reglamento de Radiodifusión de la Unión Internacional de telecomunicaciones, LIPSZYG, D., *op.cit.*, pág. 196).

b) Por el contrario, si la estación de señal ascendente no está situada en la Unión pero una Entidad de radiodifusión sita en la Unión encargó la emisión vía satélite, será exigible contra ésta la protección de dichos derechos (Teoría Bogsh recogida en el Convenio de Berna).

Finalmente si la comunicación al público vía satélite ha sido autorizada por un coproductor, exigirá autorización previa de los demás coproductores a quienes pudiera perjudicar por razones de exclusividad lingüística o análogas en el caso de que la obra se compusiera tan sólo en imágenes

comunicación pública, como para la comunicación individual no pública (teléfono móvil)³⁸.

• art.20.2 e) y f) «*La transmisión y retransmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono*».

«La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono» también constituyen acto de comunicación pública. Nos referimos a las transmisiones que se realicen por medio de guía artificial o alámbrica que es portadora de programas, a través de un «sistema binario», hasta hacerlos llegar al público.

Dentro de este tipo de transmisión también se encuentran dos posibilidades.

En primer lugar, puede que sea la misma entidad distribuidora por cable la que emita una programación propia (apdo.20.2 e), aunque sea de un programa radiodifundido, siempre que introduzca la misma entidad algún tipo de modificación, como por ejemplo, un doblaje. Existe más de un acto de explotación llevado a cabo por la empresa de cable³⁹. En segundo término, puede que su programación sea radiodifundida y, por tanto, que lo que retransmita lo haga de modo simultáneo e ininterrumpido, inalterado e íntegro (art.20.2 f) . En

³⁸ Las consecuencias jurídicas de todo esto son muy importantes. No es lo mismo que las señales las reciba el público directamente o que, en tal recepción, intervenga un tercero distribuidor. En el primer caso, la entidad emisora de las señales que inyectó al satélite será la responsable. En el segundo aparecen dos servicios diferentes y se tendrá que pactar su remuneración.

³⁹ Es decir, emitidas directamente por un distribuidor por cable: 1) cuando el programa transmitido no proviene de una emisión de radiodifusión (vía satélite de telecomunicación) ; 2) o, en los casos de que proviniera de este tipo de emisión, podemos encontrarnos con que la distribución por cable no es simultánea a la emisión (diferida) o, incluso, la distribución es simultánea a la emisión pero con sobreimpresión de sonidos, imágenes o sonidos e imágenes que no figuraban en la emisión de origen. Véase, «Principes commentés de protection des auteurs des artistes interpretes ou executants, des producteurs de phonogrammes et de organismes de radiodiffusion en ce qui concerne la distribution de programmes par cable», Le droit de auteur, UNESCO-OMPI, 1984. También en LIPSZYG, D., *op.cit.*, pág. 207.

este caso, la explotación realizada por la empresa distribuidora por cable lo hace en un segundo plano. «La distinción es importante, por cuanto la transmisión no simultánea afecta al derecho de reproducción de los autores, para el que ha de obtenerse la oportuna autorización (independientemente de la que corresponde a la comunicación pública por cable)⁴⁰.

Este artículo 20 ha introducido una extensa regulación en torno a la «retransmisión por cable» dentro del territorio de la Unión Europea⁴¹.

⁴⁰ DELGADO PORRAS, A., Panorámica..., pág. 37; también véase el extenso estudio realizado por LIPSZYG, D., *op.cit.*, págs. 204 a 208; también Vid. BERCOVITZ (y otros) *op.cit.*, págs. 402 y ss; MARCO MOLINA, J., *op.cit.*, págs. 304 y ss.

⁴¹ a) Las retransmisiones que se realicen en territorio español respecto de programas inicialmente emitidos en otros Estado de la Unión se regirán por lo dispuesto en los contratos, sean privados o colectivos, firmados entre los titulares de los derechos y las empresas de retransmisión por cable. Por esta misma razón, continúa el citado precepto diciendo que, las autorizaciones de retransmisión por cable las otorgan, con exclusividad, las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual (20.4.b) . Por tal razón, el sentido de esos contratos firmados entre titulares y empresas debe entenderse matizado por la presencia de dichas entidades de gestión:

b) «En el caso de titulares que no hubieran encomendado la gestión de sus derechos a una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, los mismos se harán efectivos a través de la entidad que gestione derechos de la misma categoría. Cuando existiere más de una entidad de gestión de los derechos de la referida categoría, sus titulares podrán encomendar la gestión de los mismos a cualquiera de las entidades». Los titulares de los derechos quedarán sujetos a las obligaciones que se derivan de los contratos celebrados entre la entidad de gestión y la de retransmisión por cable y serán exigibles los derechos que provengan del uso de sus obras durante los tres años siguientes contados a partir del día siguiente al de emisión.

c) La autorización por parte del titular de los derechos de propiedad intelectual para su emisión, radiodifusión y transmisión inicial, conllevará la presunción de que no va a ejercitar sus derechos, a título individual, para la retransmisión por cable de la obra, sino que consiente en ejercitarlos a través de dichas entidades de gestión.

Por supuesto, nada de esto se aplica a los derechos ejercidos por las entidades de radiodifusión respecto de sus propias emisiones, radiodifusiones vía satélite o transmisiones iniciales, puesto que ellas son las encargadas de ejercitar sus propios derechos o los que les hayan sido transferidos por otros titulares de derechos de autor.

d) «Cuando por falta de acuerdo no se llegue a celebrar un contrato para la retransmisión por cable, las partes podrán acceder por vía de mediación, a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad intelectual», conforme lo dispuesto en el artículo 153.1 de la Ley. A esto se le une la presunción establecida en dicho artículo 20.4 por la que los titulares no contratan a título individual con las entidades de radiodifusión, sino que la gestión de sus derechos es colectiva.

Se ha introducido una fórmula tendente a evitar los abusos de poder en la negociación obligatoria que se deriva de todo lo dicho. Nos referimos a la remisión realizada al Título I, Capítulo I, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

- 20.2 g) «Emisión o transmisión en lugar accesible al público».

Este supuesto es el que en la práctica resulta más utilizado. En bares, salas, centros de cualquier tipo, suelen tenerse televisores e hilos musicales por donde se transmiten obras objeto de comunicación pública. Nuevamente, aparece la idea de «servicio prestado» y, consecuentemente, no es un acceso a las obras por parte del público dentro de un ámbito doméstico, sino antes al contrario, la obra llega al mismo «previa distribución de ejemplares» y fuera de un «ámbito estrictamente doméstico» (art.20.1).

- 20.2 h) «La exposición pública de las obras de arte».

Se incluyen tanto las obras de arte, las reproducciones como las fotografías. Resulta necesario que haya habido una previa distribución en cualquiera de sus formas, para que pueda estar la obra en manos de terceros. En el caso de que hubiera mediado venta, puede ser que el autor se haya reservado este derecho conforme se desprende del artículo 19.2 de la Ley «y sin perjuicio, en todo caso, del (derecho) que le asiste a dicho autor para oponerse a la exposición de su obra, cuando esta operación se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional (art.56.2 en relación con el 14.4)⁴².

- 20.2 1) «Las bases de datos que incorporen obras protegidas

Mediante la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección jurídica de las bases de datos⁴³, se pretendía crear un mercado único de bases de datos, suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de la información, así como evitar la piratería que se estaba generado por el vacío legal existente en un ámbito supranacional.

⁴² DELGADO PORRAS, A., Panorámica..., *op.cit.*, pág. 38.

⁴³ Directiva de 11 de marzo de 1996, n' L 77/20 DOCE 27.3.96.

Constituye una base de datos cualquier recopilación de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma (art.1). Son también objeto de protección, al tenor del artículo 12 de la LPI, las colecciones⁴⁴.

Si se observa la dicción literal del art.20.2 i) LPI, se consideran actos de comunicación pública el acceso a las bases por medios telemáticos, pero se ha dado prevalencia al aludido concepto de «servicio», desde el momento que la utilización de la base de datos dentro de un ámbito doméstico, no queda sujeta a remuneración, salvo lo que se refiere a la remuneración percibida por el autor por derechos de distribución.

Se protege el contenido de la base, cuando éste constituya «obras protegidas», pero no cuando sean meros hechos. Por tanto de la utilización de una base de datos se derivan derechos de autor, no sólo para el creador de la base de datos, sino para los titulares de las obras allí contenidas.

d') Transformación

El autor tiene derecho a ser remunerado por la utilización de su obra a través de una transformación. La obra original queda inalterada; es una segunda obra o, mejor dicho, es un segundo soporte el que experimenta las modificaciones en su forma y sólo en ésta, conforme al artículo 21 LPI. De este modo aparecen dos autores y dos obras, ambos titulares de derechos⁴⁵.

⁴⁴ Se protegen las colecciones de obras «que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio en su caso, de los derechos de los autores de las obras originales» (art.12).

Respecto al diferente régimen jurídico seguido por los diferentes países miembros véase ARESTI GUTIÉRREZ, E., «La protección jurídica de las bases de datos en la Comunidad Europea», La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea, Ministerio de Cultura, 1993, págs. 122 y ss. también Vid., BERCOVITZ (y otros), *op.cit.*, págs. 406 y ss. y también MARCO MOLINA, J., *op.cit.*, págs. 311 y ss. y 320 y ss.

⁴⁵ Véase MARCO MOLINA, J., *op.cit.*, págs. 325 y ss. y BERCOVITZ, (y otros), *op.cit.* págs. 410 y ss.

La obra resultante puede que tan sólo consista en una reunión de materiales con incorporaciones mínimas (antologías) o tal vez sea una creación intelectual que transforma en su totalidad la obra preexistente (traducciones). Si en la obra no participa el autor originario, el resultado será una obra compuesta e independiente (art.9.1), pero si por el contrario, sí participó, la nueva obra resultante habrá sido realizada «en colaboración». No ocurre lo mismo con las «obras colectivas», en las que el trabajo aparece fundido en una creación única.

e') Otros derechos de remuneración

El autor, junto a los derechos derivados de la explotación directa de su obra, goza del derecho a ser remunerado por el uso que terceros hagan de sus obras; de este modo, se tiene un derecho a participar en el destino económico que la obra experimente a lo largo de su vida y a obtener una retribución equitativa.

Este derecho de simple remuneración le viene dado al autor por dos vías. De un lado, por las sucesivas reventas que sufra su obra plástica en pública subasta (art.24). De otro, por el uso masivo «incontrolable» de sus obras audiovisuales y de las obras escritas a través de las fotocopias (art.25).

Afirma DELGADO que estos derechos de remuneración no son verdaderos derechos de propiedad intelectual «por cuanto carecen de la naturaleza de poder exclusivo o discrecional determinante de la explotación de la obra»⁴⁶. Efectivamente, los derechos de remuneración se constituyen como facultades pecuniarias con fundamentos morales⁴⁷, pero en ningún caso pueden gozar de la misma naturaleza que los derechos de explotación. En efecto, es una facultad pecuniaria en cuanto consisten en una participación económica en el precio de reventa o en el precio de los aparatos de reproducción sin más, pero,

⁴⁶ DELGADO PORRAS, A., *Panorámica...*, *op.cit.*, pág. 78.

⁴⁷ VEGA VEGA, A., *op.cit.*, pág. 130.

por otra parte, la Ley califica a este derecho de irrenunciable y sólo transmisible *mortis causa* (art.24.4 y 25.1), con ánimo de equipararlo a un derecho moral⁴⁸.

1. Derecho de participación en obras plásticas: Nos encontramos ante el denominado derecho de seguimiento o de *suite* que posee, no sólo, el autor de obras de arte no aplicadas (art.24.1 pfo.2º)⁴⁹, sino que, junto a éste, podemos encontrar el derecho de remuneración equitativa por alquiler de obras audiovisuales (art.90.2) y el derecho a participar en el precio de la entrada, cuando la obra sea proyectada en una sala de espectáculos (art.90.3)⁵⁰.

2. Derecho de remuneración por copia privada: La reproducción realizada para uso privado, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones, fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, «originará una remuneración equitativa y única (...) en favor de» los autores, editores, productores y artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido grabadas en dichos soportes (art.25.1 y 4 b). Dicha remuneración será irrenunciable.

Debemos observar que el pago de los derechos no lo realiza normalmente el usuario último que realiza la copia para uso privado, sino aquel que fabrica o adquiere los equipos y máquinas que permitan la realización de copias de las obras de los autores y, por tanto, menguará la posibilidad potencial de realizar

⁴⁸ Existe alguna opinión en contra por considerar que nos encontramos ante un derecho incorporado al patrimonio del autor y que, por tanto, ello le hace transmisible en todo caso (VEGA VEGA, A., op.cít., pág. 131).

⁴⁹ Por lo que corresponde al primero es una obligación de los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles o agentes mercantiles, notificar a los autores o derechohabientes el porcentaje de participación que poseen sobre el precio de reventa de la obra plástica, consistente en un 3 por 100 del precio, siempre y cuando, el precio fuera igual o superior a 300.000 pesetas. La acción para hacer efectivo este derecho prescribe a los tres años a contar desde la notificación de la reventa; pasados éstos, se ingresará dicha cantidad en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes.

⁵⁰ En el caso de las obras audiovisuales la situación es más compleja. Son las entidades de gestión quienes controlan los tantos por ciento o, en su caso, quienes establecen las tarifas generales, bajo el control del Ministerio de Cultura. También se pueden utilizar sistemas de tanto alzado para los casos de exportación de obras audiovisuales en los países que se haga difícil un control del ejercicio de estos derechos. Cuando las obras sean proyectadas en una sala el autor tendrá derecho a cobrar un tanto por ciento del precio de la entrada.

más ventas de sus obras. Quedan excluidos los programas de ordenador (art.25.3).

El artículo 25 establece que la remuneración se determina en función de los equipos y aparatos para reproducir utilizados, teniendo en cuenta el factor del lugar de adquisición de las máquinas a efectos de evitar fraudes. La Ley ha introducido un régimen de excepciones. En primer lugar, para los casos en los que el uso de esos aparatos es imprescindible para el desarrollo de la actividad llevada a cabo por los productores de videogramas y fonogramas, siempre que así lo acrediten a sus deudores. En segundo lugar, las personas que adquieran fuera de España dichos aparatos destinados a un uso privado y así se presume por la cantidad y características de los aparatos.

III. FORMAS DE TUTELA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La protección legal que en la actualidad pueden recibir los titulares de los presentes derechos es muy diversa y ello pone de manifiesto la envergadura de este tipo de derechos. Pasando por la autocomposición de intereses, nada obsta a que se sometan tales conflictos a una conciliación o mediación, haciéndose especialmente recomendable a efectos de evitar que se quiebren las relaciones comerciales entre las partes y se haga inviable continuar con la explotación de la obra.

En segundo término, esta propiedad puede someterse a la heterocomposición de un árbitro o de un juez. Dependiendo del tipo de conflicto y del grado de violación del derecho, se podrá elegir una u otra forma, es decir, que al titular le corresponde optar por una protección penal o simplemente civil, eligiendo dentro de ésta, a su vez, la tutela arbitral o de los órganos jurisdiccionales.

A tal fin, se creó la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, encargada de dar una tutela arbitral privilegiada o simplemente de

mediar entre las partes. Junto a ello, hasta la nueva LEC existía una tutela privilegiada ante los órganos jurisdiccionales.

1. Tutela civil

El texto refundido de la LPI, inicia su Libro III con un primer Título dedicado a regular las «acciones y procedimientos» para la tutela de los derechos de propiedad intelectual. De este modo, y de acuerdo con la nueva LEC, «el titular de los derechos reconocidos en esta Ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan»:

- a) Podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor;
- b) Exigir la indemnización de los daños inmateriales o morales (...);
- c) Solicitar con carácter previo la adopción de medidas cautelares de protección urgente (...).

Tras la derogación del art.142 LPI por la Disposición Derogatoria núm.14 LEC, las demandas en materia de propiedad intelectual, se tramitarán por el procedimiento ordinario, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se acude al procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame (art.249.4 LEC). Se acaba, así con el proceso sumario especial establecido por la Ley y se encauza en la tutela ordinaria, sin perjuicio de ciertas especialidades salvadas por la propia LEC.

De esta forma, como propiedad que es considerada, cabe intentar su reestablecimiento a través de acciones declarativas, reivindicatorias, negatorias, de reclamación de cantidad, tanto para los casos de incumplimiento de contrato como cuando la acción civil deriva de un delito⁵¹. Este conjunto de acciones tiende a lograr «prestaciones de carácter personal, de «hacer», y «no hacer» y

⁵¹ *Vid.*, DELGADO PORRAS, A., Panorámica..., *op.cit.*, pág. 92; también *vid.*, VEGA VEGA, J.A., *op.cit.*, págs. 259 y ss.

prestaciones de dar, de carácter indemnizatorio, acciones que se ofrecen frente al infractor de derechos de propiedad intelectual»⁵².

En este proceso será competente el tribunal del lugar en que la infracción se haya cometido o existan indicios de su comisión o en que se encuentren ejemplares ilícitos, a elección del demandante (art.52.11) y podrá conocer:

1) De las demandas de los autores, artistas intérpretes y ejecutantes y, en general, de todos los titulares de algún tipo de derechos de propiedad intelectual que soliciten el cese de la actividad ilícita del infractor (art.139 LPI).

El legislador se ha encargado, en este caso, de delimitar los posibles contenidos que pueden integrarse en esta acción, aunque debemos de observar, que nunca lo hace con carácter exhaustivo, sino que el cese de la actividad «podrá comprender» otros contenidos. Unas veces consistirá en exigir del infractor que se inhiba de su actividad solicitando la suspensión de la actividad explotadora o prohibiendo que se reanude y, en ocasiones, puede ser causa de remoción solicitando del juez la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos o su inutilización o precinto de las máquinas destinadas a realizar la actividad ilícita⁵³.

Estos contenidos, a su vez, también pueden ser objeto de medida cautelar, según se observa en los casos de suspensión y retirada del comercio (art.136.2 y 3), sin perjuicio de que *ad cautelam* el infractor pueda «solicitar que la destrucción o inutilización de los mencionados ejemplares y material, cuando éstos sean susceptibles de otras utilizaciones, se efectúe en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita» (art.134.2). Correlativamente, el legislador ha intentado proteger al titular del derecho infringido pudiéndole otorgar «la entrega

⁵² JUFRESA PATAU, F., y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., (Coor. BERCOVITZ), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op.cít., pág. 415; MUERZA ESPARZA, J, *Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños en el ámbito del derecho industrial y de la competencia*, Cedecs, 1997, págs.19 y ss.

⁵³ DELGADO PORRAS, A., *Panorámica...*, págs. 93 y 94.

de los referidos ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios».

2) Respecto de la acción de indemnización, podrá constar de tres posibles contenidos a elección del perjudicado, a saber, «el beneficio que, presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita» se hubiera obtenido, «la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación» o, por último, cuando exista «daño moral ... aún no probada la existencia de perjuicio económico» (art.140).

Como vemos, la imprecisión del precepto es ostensible. «En la práctica, resultará muy difícil, cuando no imposible de prueba, ese beneficio hipotético o esa remuneración nunca pactada, por lo que, en suma, la *voluntas legislatoris* de amplia protección, podría devenir inoperante por efecto del *onus probandi*. Hubiera sido mejor que el legislador hubiera dotado al Juez de criterios objetivos de valoración» a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica y la igualdad ante la Ley⁵⁴.

3) Respecto de la posibilidad de solicitar medidas cautelares, sólo serán solicitadas a instancia de parte y deberá presentarse un principio de prueba de la existencia de temor racional y fundado de un peligro inminente.

El art. 727.8 LEC y 141 LPI reconocen como medidas cautelares específicas en la presente materia la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual. También será posible el depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre

⁵⁴ JUFRESA PATAU, F., y MARTELL, PÉREZ-ALCALDE, C., (Coor. BERCOVITIZ), pág. 417.

propiedad intelectual, así como el depósito del material empleado para su producción (núm.9).

En concreto y para el supuesto del art.25.20 LPI, la Disposición Final Segunda de la LEC desarrolla el antiguo art.141 LPI, y reconoce para la tutela del derecho de remuneración por copia privada a «entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que les asistan, (la facultad) de solicitar del tribunal la adopción de las medidas cautelares procedentes conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en concreto, el embargo de los correspondientes equipos, aparatos y materiales. Los bienes así embargados quedarán afectos al pago de la remuneración reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios».

Respecto del procedimiento, se debe acudir al regulado por el legislador con carácter exhaustivo para las medidas cautelares antes, con o tras la presentación de la demanda (arts.730 y ss LEC/2000).

La competencia para la adopción de las mismas corresponde a los Jueces de Primera Instancia que conozca o vaya a conocer de la demanda principal (art.723 LEC/2000).

Si la medida se plantea antes de interponer la demanda, según la LEC se dispondrá de un plazo de veinte días tras la adopción de la medida para la interposición de la misma (art.730.2, II LEC/2000). Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud (art.732 LEC). Respecto del tema de fianza, nada dice la Ley, pero si el

Juez lo estima necesario podrá solicitarla debiendo ser bastante para responder de los perjuicios y costas ocasionados (arts. 728 y 737 LEC/2000).

Con la aprobación de la LEC/2000 se ha producido una importante introducción con vocación de generalidad: se permite adoptar una medida cautelar con carácter urgente, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado. Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno (art.733 LEC).

2. Tutela penal

Consideramos oportuno observar la evolución sufrida por la tutela penal en un intento constante de acoplamiento a las novedades tecnológicas y las nuevas formas de defraudación que éstas traen consigo.

De esta forma, remonotándonos al Código Penal existente con anterioridad a la Constitución Española⁵⁵, se regulaba conjuntamente los delitos relativos a la propiedad industrial e intelectual, estableciendo un tipo básico y otro agravado⁵⁶.

Años después, el mismo día de la publicación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre sobre Propiedad Intelectual quedaba modificado la sección III,

⁵⁵ Ley 44/1971, de 14 de septiembre reguladora del CP y que con posterioridad fue nuevamente modificada por el Texto refundido por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre por el que se publica el CP (BOE del 12, 13, 14, y 15 de diciembre, de 1973, núms. 297, 298, 299 y 300).

⁵⁶ Art.534. «El que infringiere intencionadamente los derechos de autor será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30000 a 600000 pesetas, independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales (...). La reincidencia en ambos casos será castigada con la pena de prisión menor».

Capítulo IV, Título XIII del Libro II del Código Penal que ampliaba el antiguo art.534 CP y lo sustituía por los artículos 534 bis a), b), c) y 534 ter⁵⁷.

En coordinación con la Ley, se adoptaba en el CP una tutela acorde con la postura personalista y patrimonialista de estos derechos. La conceptualización que de estos derechos se tenga implicará una diferente penalidad y unas formas distintas de atentar contra los bienes jurídico-protegidos, a saber, derechos del autor y derechos afines y lo que por ésto se entienda en la tutela civil deberá extenderse a la penal⁵⁸.

Con posterioridad, se volvió a reformar el Código Penal por LO 3/1989 donde tan sólo se producía en materia de derechos de autor una agravación de las penas⁵⁹. Deberemos esperar al Código Penal de 1995 para encontrar diferencias sustanciales en la tutela penal de estos derechos⁶⁰.

En los artículos 270 a 272 se regulan los delitos relativos a la propiedad intelectual castigando a «quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte (...). Será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para

⁵⁷ LO 6/1987, de 11 de noviembre modificadora del CP (BOE 17 noviembre 1987, núm.275).

Art.534 bis a). «Será castigado con la pena ... quien intencionadamente reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte una obra literaria, artística o científica o su transformación o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. La misma pena se interpondrá a quien intencionadamente importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización».

⁵⁸ VEGA VEGA, J.A., *op.cit.*, págs. 124 y 125.

⁵⁹ LO 3/1989, de 21 de junio sobre actualización del Código Penal (BOE 22 de junio 1989).

⁶⁰ LO 10/1995, de 23 de noviembre por la que se aprueba el nuevo Código Penal (BOE del 24 de noviembre de 1995, núm.281).

proteger programas de ordenador» (art.270). Junto a este supuesto, se establece un tipo agravado para los casos en los que el benéfico obtenido a través de la infracción o el daño causado sean de especial relevancia (art.271) y regula la responsabilidad civil derivada del delito y las consecuencias que ella conlleva (art. 272)⁶¹.

La última reforma ha sido dada por la nueva LEC, a efectos procesales penales. El art. 143 LPI, relativo a las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en materia de propiedad intelectual, reconoce, en materia cautelar, la aplicabilidad de aquellas «medidas procedentes en procesos civiles, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estas medidas no impedirán la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal». Los presupuestos para la adopción de estas medidas en nada difieren de los clásicos; en relación con el *fumus boni iuris*, se entiende implícito en los indicios racionales de criminalidad del imputado en el proceso y el *periculum in mora* se centrará en el mismo riesgo de incumplimiento de la condena⁶².

3. Tutela arbitral

La propiedad intelectual también puede ser objeto de un arbitraje. Durante la vigencia de la Ley de Arbitraje de 1953 recibió regulación este cauce procesal a través del arbitraje especial encomendado a la Comisión Arbitral de la propiedad intelectual. Con la Ley de Arbitraje de 1988, se confirmaba el tratamiento privilegiado que podía recibir esta tutela arbitral y, coherentemente

⁶¹ Al respecto véase, ARROYO ZAPATERO y GARCÍA RIVAS (Coor. BERCOVITZ) «Comentario a la Lo 6/1987, de 11 de noviembre», Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op.cit., págs. 1985 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ (con PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ), Delitos patrimoniales y económicos, Madrid, 1993; VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTS BERENGUER, CARBONELI, MATEU, GONZALEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999; DELGADO PORRAS, *Panorámica...*, op.cit., Civitas, Madrid, 1988.

⁶² BARONA VILAR, S. /MONTERO/GÓMEZ-COLOMER/MONTÓN), *Derecho Jurisdiccional III*, Bosch, 2000, pág. 478.

con el régimen establecido por la LPI, se ampliaban sus competencias en relación con la mediación.

Desde 1989 existe un desarrollo reglamentario en su faceta arbitral⁶³ y nace con vocación colectiva, destinada a regular el tráfico jurídico de estos derechos entre los grandes usuarios, generados por medio de contratos-masa, donde se ejerce una suerte de control sobre el monopolio de hecho de las entidades de gestión. Pero este medio no se creó con carácter exclusivo y excluyente, sino, antes al contrario, se permite acudir al arbitraje general en la presente materia, alejado de la Administración, y para la totalidad de derechos, tanto del pequeño autor o usuarios, como respecto de las entidades de radiodifusión, asociaciones de usuarios, empresas de cable o entidades de radiodifusión.

Dentro del ámbito internacional, conforme a las expectativas creadas con el desarrollo de la ADR, ha habido un triunfo del arbitraje, pero, problemas todavía no superados por los diferentes ordenamientos nacionales, en relación con el régimen de ejecución y medidas cautelares, han impedido una maduración y arraigo de esta fórmula en la materia. El usuario ha optado por intentar evitar el litigio o resolverlo con carácter pre-procesal, es decir, la mediación⁶⁴. Se trata éste del antecedente inmediato para aproximarse las partes en confianza, alejado del sistema jurisdiccional que ofrece el Estado.

⁶³ RD 479/1989, de 5 mayo (BOE 112).

⁶⁴ *Training Programm on Mediation in Intellectual Property Disputes*, WIPO, 15-16 Mayo 1997.

CONTENIDO

Capítulo segundo

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

CONTENIDO

CONTENIDO

1977

1978

1979

1980

1981

I. LA INCARDINACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL MOVIMIENTO DE LA ADR

1. La ADR: un paso hacia la solución extrajudicial de conflictos.

La búsqueda de alternativas al proceso judicial no es un fenómeno exclusivo de nuestro Estado, sino que responde a una crisis global en el mundo en materia de justicia; muy al contrario, España es un Estado donde el movimiento de la ADR se encuentra presente de modo todavía incipiente.

Se trata éste de un fenómeno nacido en Estados Unidos durante los años setenta, fruto de una conciencia generalizada de fracaso del sistema estatal y de un cambio de mentalidad generado desde hacía tiempo. Ya en los años treinta nace en ese continente un movimiento filosófico denominado *Critical Legal Studies*, por el cual se reivindica la vuelta al realismo jurídico, mas allá de ese normativismo exacerbado que había demostrado sobradamente su incapacidad de dar soluciones efectivas a los problemas jurídicos que se presentaban en la sociedad. Entre otras, causas económicas, demográficas, la complejidad de la naturaleza de los conflictos, hacen del sistema judicial, un mecanismo inadecuado e ineficaz para otorgar tutela al ciudadano, de ahí que hoy se hable de un «derecho de acceso a la justicia», para referirse a cualquier medio que nos pueda garantizar una solución satisfactoria⁴³.

Este movimiento responde, fundamentalmente a tres tipos de razones⁴⁴:

⁴³ Vid. el estudio comparado de este movimiento en BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos*, op.cit., págs. 47 y ss. y entre otros, MUÑOZ SABATÉ, Ll., «La Ley de Arbitraje: un campo sembrado de minas», op.cit., pág. 11; CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *El acceso a la justicia*, op.cit., 102 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, F., «Medidas alternativas a la resolución de conflictos en el ámbito civil patrimonial», op.cit., págs. 812 y ss.; SINGER, L., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, op.cit.

⁴⁴ TWINING, W., *Alternative to what? Theories of litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics*, Modern Law Review, 1993, pág. 380.

- a) La congestión producida ante los órganos jurisdiccionales civiles y penales;
- b) El sentimiento creciente de falta de mecanismos privados para la resolución de controversias;
- c) La incapacidad del propio sistema de asegurar el acceso de los ciudadanos a la justicia.

Lo que en derecho anglosajón comenzó siendo algo alternativo al Estado, a los juzgados, se presenta en la actualidad como un nuevo estadio en las formas de tutela. Desde los juzgados se ha producido una muy considerable sensibilización hacia el uso de estas vías; se ha dado una indubitada proliferación legislativa en la materia; se ha introducido como materia objeto de estudio dentro de la Universidad; se han extendido a todos los ámbitos del derecho⁴⁵, sea patrimonial, laboral, empresarial, familiar, del consumo, de la administración e incluso del derecho penal⁴⁶.

Este cambio se traduce en que, en ocasiones, las medidas buscadas por el ciudadano serán novedosas y verdaderamente alternativas y, en otras, no dejarán de ser recursos a las fórmulas preexistentes en el ordenamiento. Lo que de común tendrán será su fuente de poder, la autonomía de la voluntad. Pero, paradójicamente, tal y como vayan afianzándose en el sistema, éste las asumirá y convertirá incluso en obligatorias⁴⁷, como medio de descongestión de la administración de justicia. Dicho esto, desde que surge el conflicto, las opciones que ofrece este sistema son muy variadas. Frente a la simple dejación del derecho

⁴⁵ Para el estudio de la transcendencia de la ADR en cada uno de estos ámbitos véase, BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos*, op.cit., págs. 56 y 69 y resultan muy ilustrativos los ejemplos de SINGER, E., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, op.cit., a lo largo de toda su obra.

⁴⁶ Se trata del *plea bargaining* por el cual el juez penal queda vinculado por las negociaciones realizadas por las partes.. Véase BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, 1994.

⁴⁷ Así puede observarse en sistemas como el de California o Francia, vid. MEJÍAS GÓMEZ, J., «Resolución alternativa de conflictos», op.cit., pág.22 e, incluso, en materia de arbitraje, en los denominados *Court-annexed arbitration* o *Mandatory*, de modo que en ocasiones, no se puede acudir ante los tribunales sin pasar antes por este pseudo-sistema arbitral.

en cuestión, es posible utilizar estos métodos con carácter extraprocesal y con el fin de evitar el nacimiento del litigio; en segundo término y, en los casos en los que el conflicto ya es inevitable, se puede optar entre una panoplia de posibilidades que van desde la autocomposición a la heterocomposición e, incluso, en ocasiones, se funden en una sola vía en la que el tercero mediador acabe decidiendo coactivamente el conflicto. Existen otros muchos métodos⁴⁸ que van desde el *Ombudsman* o defensor del pueblo, a los expertos imparciales, *mini-trial*⁴⁹ o las *settlement conferences*⁵⁰. Pero arbitraje y mediación se constituyen como los dos métodos de éxito indiscutible, de presente y, sobre todo, de futuro.

Sin embargo, las previsiones hechas en los albores de la ADR apuntaban hacia el arbitraje, y le preconizaban como la vía de mayor transcendencia práctica, por pretender ser «sustitutivo» de la jurisdicción del estado; pero, contrariamente, los acontecimientos se han decantado a favor de aquellas otras fórmulas autocompositivas⁵¹. De esta manera, el crecimiento desmesurado de centros de arbitraje ha sido compensado con la creación, dentro de su misma sede, de departamentos dedicados a la negociación, mediación y conciliación, creando ese tercer género nexa entre éstos, como es el *med-arb*⁵². En la

⁴⁸ MARSHALL M./RIEF, L., «The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution», *Alberta Law Review*, núm.34, 1995, págs. 215 y ss.; KAHANA, J., «Reevaluating the Nursing Home Ombudsman's Role with a View Toward Expanding the Concept of Dispute Resolution», *Journal of Dispute Resolution*, núm.2, 1994, págs. 218 y ss.; KATZ, L., «Compulsory alternative dispute resolution and voluntarism: two-headed monster or two sides of the coin?», *Journal of Dispute Resolution*, núm.1, 1993, pág. 1 y ss.

⁴⁹ Este método se aproxima a una representación de lo que en un futuro puede ocurrir ante un juez o árbitro. No produce vinculación alguna sino, antes bien, el respeto que por tal situación se deriva para las partes.

⁵⁰ Se constituyen como un medio de solventar conflictos de gran éxito en Norteamérica. A través de ellas los abogados defensores de las partes son convocados por el propio juez y éste toma papel activo dirigido a aproximar sus posiciones y a adoptar la firma de un acuerdo, sin que por ello se entienda prejuzgada la cuestión.

⁵¹ SINGER aporta al respecto un claro ejemplo en materia de construcción. En 1992 los arbitrajes en este sector sufrieron una disminución de un 15% a favor de las mediaciones, *op.cit.*, pág. 48.

⁵² Mediante éste, las partes se comprometen a someterse a una mediación y, de no funcionar, el mismo mediador pasa a adoptar una postura heterocompositiva y, por tanto, vinculante. Se trata de una mediación de la que se infiere el convenio arbitral.

actualidad, las grandes empresas tienen su propio centro de mediación, las aseguradoras incluyen este método como forma de acordar el pago en los casos de grandes indemnizaciones, etc.

En definitiva, el arbitraje sigue siendo el último recurso antes de una amalgama de intentos aproximatorios los cuales, estadísticamente, gozan de mayor cumplimiento por tomar partido las partes en su solución. Sólo cuando se busca heterocomposición de intereses, el arbitraje toma su protagonismo frente a los órganos jurisdiccionales del Estado.

Hace una década que el movimiento ha encontrado su lugar en nuestro continente y, desde la misma Unión Europea, se intentan impulsar tales fórmulas, como medio de descongestión de los tribunales, y como forma de potenciar la autonomía del individuo frente al intervencionismo estatal⁵³.

Un elemento decisivo en la cristalización de estos métodos ha sido la firma multilateral de convenios y tratados tendentes a asegurar la ejecutividad de un laudo (Convenio de Nueva York de 1958) o el recurso a estos mecanismos en materias especiales como la propiedad intelectual (TRIPS o Tratado relativo a Aspectos de la Propiedad Intelectual en vigor desde 1994). Además, también en nuestro entorno se han creado centros institucionales de arbitraje y mediación, y en la práctica comercial internacional no falta el recurso a estas fórmulas como único cauce posible para obtener una tutela en tiempo y forma.

En nuestros ordenamientos vecinos, Alemania e Italia, no existe una tradición en ADR en el sentido aludido, sin que ello nos impida reconocer el uso de estas fórmulas y la creciente proliferación legislativa y práctica de las mismas. De esta

⁵³ Recomendación del Consejo de Europa del Comité de Ministros de 16 de septiembre de 1986; o el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del Informe relativo a determinados aspectos de la Unión Europea (Corfú 24 y 25 de junio 1994), donde se fomentaban el uso de mecanismos preprocesales y extraprocerales que eviten los recursos ante el Tribunal de Primera Instancia y el de Justicia de las Comunidades.

forma, coexisten fórmulas de negociación como la mediación y la conciliación⁵⁴, con otros sistemas de autorregulación⁵⁵ y, por supuesto, el arbitraje. En definitiva, no se puede hablar de la existencia de una cultura mediadora o arbitral, pero las fórmulas han tenido su acogida y en la última década ya se han comprobado sus frutos. Materias como familia, medio ambiente, relaciones vecinales, protección del consumidor o delincuencia juvenil⁵⁶, son ya una realidad. Otro dato decisivo en la comprobación de su aceptación como parte del derecho a la tutela, tal vez sea, la acogida que desde la propia administración están teniendo, a través de lo que se denomina la «actividad arbitral administrativa» y el «arbitraje en derecho administrativo».

En conclusión, si bien la ADR tiene en Europa una vida corta, qué duda cabe que encuentra aceptación en el momento actual y que le espera un mañana enteramente proclive.

2. Las diferentes formas de tutela en el marco del Derecho Procesal español

La presente distinción que nos proponemos hacer es tan antigua como la sociedad misma. Desde que existen conflictos, existen formas más o menos evolucionadas de tutela, cuyo perfil irá cambiando en la medida en la que exista

⁵⁴ En el caso alemán, aunque la conciliación no es obligatoria en el proceso civil, se encuentra permitida en el parágrafo 279 ZPO incluso en fase de anulación y de casación. Al igual que en supuesto español, mediante una conferencia preparatoria o *Vorbereitung Haupttermins* se puede llegar a solucionar amigablemente el conflicto o se ponen de manifiesto aquellos vicios que pudieran invalidarlo.

Por su lado, el supuesto italiano regula la conciliación obligatoria a través del instituto de la *Prima udienza di trattazione* (art.183 Codice di Procedura civile). Por su lado, también regula una conciliación extrajudicial como medio para evitar el proceso, *vid.* CHARLIONI, S., «La conciliazioni stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute», *Revista Italiana de Diritto Procesuale*, 1996, págs. 694 y ss.

⁵⁵ En materia de publicidad, según acontece en el caso español, han tomado una gran importancia. *Vid.*, BARONA VILAR, S., *La tutela civil y penal de la publicidad*, *op.cit.* págs. 158 y ss.

⁵⁶ BREIDENBACH, S., «Mediation-Thesen zur Notwendigkeit eines komplementären Konfliktbehandlungsansatzes», *Familie Partnerschaft Recht*, 1996, pág. 5 y ss.; MÄLHER, H., «Mediation-Seminare in der Bundesrepublik», *Zeitschrift für Familienrecht*, núm.9, 1989, pág. 935 y ss.

En el supuesto italiano, *vid.* CHARLIONI, S., «La conciliazioni stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute», *op.cit.*, págs. 700 y ss.

un poder de *iuris dicere*, que sustituya las vías de *venganza* por otras formas de mantenimiento y restablecimiento de la paz social, único interés del Estado. Es más, si establecemos el alcance del litigio que interesa a éste, debemos limitarlo al «conflicto jurídicamente trascendente, que constituye el punto de partida o causa determinante de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa»⁵⁷.

A. Autotutela

La *autodefensa* o *autotutela* es la forma más primitiva de resolver un litigio, que surge como reacción a la amenaza o quiebra de un interés propio y que logra imponerse sobre el ajeno sin intervención de tercero.

Se trata, por tanto, de una fórmula de fuerza, donde quien logra la solución del litigio es parte del mismo o, en palabras de ALCALÁ-ZAMORA, es juez *in re propria* y resuelve movido por su egoísmo y parcialidad⁵⁸. Sin embargo, que conlleve dichas implicaciones no significa, por un lado, que se encuentre en todo caso prohibida y, por otro, que no exista cierta *procesalización* en alguna de sus formas. Siguiendo a CARNELUTTI, la misma prohibición de tomarse la justicia por la mano «encierra una obligación de carácter procesal, puesto que sacrifica el interés en litigio al interés, en cuanto a composición del litigio, y tiende así a garantizar la función del proceso»⁵⁹, incluso los propios supuestos de autotutela de intereses admitidos por nuestro ordenamiento, legítima defensa y estado de necesidad⁶⁰, requieren de una comprobación *procesal* para no ser penados y esto ocurre porque la «misma prohibición implica la aparición de la jurisdicción y la

⁵⁷ ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Unam, 1970, pág. 18.

⁵⁸ ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N., *Proceso,...*, *op.cit.*, pág. 47 y ss.

⁵⁹ CARNELUTTI, F., *Sistema de diritto procesuale civile*, Pádova, 1936, núm.352, citado por ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N., *Proceso,...*, *op.cit.*, pág. 58.

⁶⁰ Otras formas de autotutela no penada sería, por ejemplo, la actuación por obediencia debida, huelga, retorsión internacional, el derecho de la guerra, los propios sistemas secretos de autodefensa de un Estado, la retención en materia de hospedaje, la persecución de abejas por el fundo vecino, etc.

posibilidad de que los ciudadanos puedan acudir a ella, es decir, el derecho de acción»⁶¹. En definitiva, la contraposición se basa en utilizar la *acción indirecta* o, por el contrario, recurrir a la *acción dirigida al Estado* a través del proceso⁶².

B. La autocomposición

Entre autotutela y proceso existen numerosas formas de resolver pacíficamente un litigio. El reconocimiento del juego de la autonomía de la voluntad sobre los intereses privados y, por tanto, dispositivos, encuentra su respaldo en los arts. 33 y 38 de la Constitución, y permite que, entre las partes *compongan* o den solución al conflicto, haciendo cierta *disposición* de forma *altruista*⁶³, a favor del adversario, dejando subsistir el interés ajeno.

Se puede presentar de forma muy variada, pues lo significativo es que ambas partes deciden sobre su propio asunto e, incluso, si se permite la intervención de tercero, su posible decisión no provocará vinculación alguna. La participación de las dos no conlleva siempre equilibrio en la decisión, pues dentro de tal autocomposición se ubican aquellas formas anormales de terminar el proceso mediante *renuncia*, *transacción* o *allanamiento*, bien a través de una *mediación* o de una *conciliación*. Se tratan las tres primeras, de formas autocompositivas de finalizar, no solo lo que propiamente entendemos como una autocomposición de intereses, sino también la propia hetercomposición procesal.

Manifestaciones de la presente vía son las negociaciones, las fórmulas de autocontrol, la mediación y la conciliación, sin perjuicio de que puedan aparecer nuevos sistemas de resolver controversias entre las partes o con la intervención de un tercero *inter partes*, y no por ello dejan ambas partes de proponer la

⁶¹ MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, Tecnos, 1976, pág. 91-92.

⁶² ZAMORA y CASTILLO, N., *Proceso*,..., *op.cit.*, pág. 50.

⁶³ ZAMORA y CASTILLO, N., *Proceso*,..., *op.cit.*, pág. 77; también FLORES GARCÍA, F., «Medios dispositivos de los litigios civiles», *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pág. 142 y 160.166.

solución. El resultado al que se llegue a través de ellas, en cuanto contractual, será revisable por los órganos de la jurisdicción ordinaria o, en su caso, por un arbitraje. La ventaja de tal acuerdo es que, al ser consensuado por ambas partes partícipes en la adopción de tal solución, estadísticamente cuenta con mayor aceptación y cumplimiento voluntario.

La *negociación* es una práctica cada vez más frecuente en el tráfico jurídico, sobre todo, de gran utilidad en aquellos litigios en los que puede aparecer elemento público. Tiene una doble finalidad, pues las negociaciones pre-conflictuales tienden a evitar la aparición del conflicto y, las post-conflictuales resuelven el litigio y evitan el proceso heterocompositivo. La negociación es un mecanismo que se presenta especialmente útil en el orden civil⁶⁴.

Por su lado, en la actualidad van apareciendo fórmulas especializadas, basadas en el *autocontrol* de las relaciones jurídicas en las que aparecen inmiscuidos los usuarios de un determinado sector. De esta forma, no sólo disponen de códigos de conducta dirigidos a evitar el nacimiento de la controversia, sino que, una vez nacida, han regulado la forma de autocomponer el litigio e, incluso, si así lo desean las partes, fracasada la primera, existe un órgano facultado para resolver heterocompositivamente el conflicto. Ejemplo de ello es el Jurado de Autocontrol de la Publicidad⁶⁵ y, según se verá, debiera serlo incluso la propia Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual (CMAPI), como mecanismo asegurador del tráfico de tales derechos.

Por lo que a la *mediación* se refiere, debemos entenderla según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como «interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos». Se trata de una figura de gran arraigo en el derecho internacional. A través de la misma se

⁶⁴ BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos*, op.cit., pág. 175 y ss.

⁶⁵ BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos*, op.cit., pág. 197 y ss.

ofrece una solución consensuada, donde las partes son aproximadas por un particular que interpone sus buenos oficios y que actúa como canal de comunicación hasta llegar a la simple *propuesta* de la solución del litigio, que sin la posterior aprobación de éstas, carecerá de eficacia alguna. Por tanto, la solución obtenida por el mediador extrae su eficacia de tal acuerdo, que es un mero contrato, una transacción, normalmente, aunque nada obsta para que devenga en renuncia, desestimiento o allanamiento⁶⁶.

La bondad del sistema reside en el hecho de que, al ser las partes las que contribuyen a este acercamiento y adopción de la solución, no sólo cumplen con posterioridad sino que, además, ello les permite continuar con sus relaciones comerciales⁶⁷. La mediación es aconsejable en todo ámbito en el que existan intereses sociales o colectivos, como el laboral, y se hace especialmente útil en el ámbito del derecho de familia e, incluso, se apuesta porque sea un recurso obligatorio antes de acudir a la vía judicial⁶⁸. Hasta ahora el único óbice que encontrábamos, acorde con su carácter informal, era su falta de regulación en sus líneas procedimentales más básicas, en los requisitos exigidos en la persona que interviene como mediador, en fijar hasta dónde alcanza el deber de confidencialidad y la responsabilidad a la que se puede someter al mediador, sin embargo en Cataluña y Valencia ya existen.

⁶⁶ FLORES GARCÍA, F., «Medios dispositivos de los litigios civiles», *op.cit.*, pág. 166. En este punto, en nuestra opinión en nada se diferenciaría el mediador del árbitro que actúa irritualmente pues, si bien la primera forma es autocompositiva y, la segunda, heterocompositiva, la eficacia es idéntica en cuanto los efectos de una y otra son equiparables a los del contrato. Sin embargo, ello no obsta para que la naturaleza de estos «arbitradores» o «amigables componedores» sea distinta.

⁶⁷ MARGADANT, G., «Vías alternativas de la tramitación judicial de las controversias en Texas», *XV Congreso...*, *op.cit.*, pág. 221, afirma acertadamente que, «El peligro de todo conflicto es que, una vez en marcha, las partes se vulevan dogmáticas, ciegas ante ciertos argumentos del adversario (...), y así el conflicto tome una vida propia, con un mecanismo de sucesivas y alternativas sobrereacciones en escala...», lo que «quiebra» absolutamente cualquier expectativa de relación comercial.

⁶⁸ *Vid.* MEJÍAS GÓMEZ, J., «Resolución alternativa de conflictos», *op.cit.*, pág.22.

En cuarto lugar la autocomposición puede traducirse en una *conciliación*⁶⁹. Frente a la anterior institución, la conciliación ha gozado siempre de mayor raigambre en nuestro país y en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Disposición Derogatoria Segunda) continúa regulada en la audiencia saneadora previa al juicio del art.414.

En este caso, al conciliador no le corresponde hacer propuesta alguna a las partes sino, simplemente, aproximar o disponer a éstas para que lleguen al acuerdo de transacción, desistimiento o a un allanamiento o incluso de renuncia⁷⁰.

Los arts.19 y siguientes de la nueva LEC desarrollan estas formas *intraprocesales* de disponer del objeto del proceso. Por un lado, la *transacción* supone un sacrificio o concesión mutua⁷¹ y, es en este último concepto, donde reside la diferencia frente a las otras formas autocompositivas, pues si solo uno de los litigantes accede a la voluntad del otro renunciando a su petición, nos encontraremos ante un *desistimiento* (art.20), pero si es la parte atacada la que se aviene a la petición del litigante, se tratará de un *allanamiento* (art.21). Los tres casos pueden entenderse en un sentido material y si, adicionalmente, se dieran dentro de un proceso, se tendrá en cuenta que, además, de poner fin al litigio,

⁶⁹ BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, op.cit, págs. 158 y ss.; *Idem*, *Solución extrajudicial de conflictos*, op.cit., pág. 189 y ss., CHIOVENDA, G., «La llamada jurisdicción voluntaria. La conciliación», *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1954, págs. 27 y 28, MONTERO AROCA, J., «Las conciliaciones en el proceso laboral», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1973, pág. 495 y ss., HERCE QUEMADA, V., «La conciliación como medio de evitar el proceso civil», *Revista de Derecho Procesal*, 1968, págs. 51 y ss.; y, sobre la importancia histórica de la conciliación LORCA NAVARRETE, J.M., «La resolución de los conflictos laborales a través de la mediación, arbitraje y conciliación en el seno institucional», *La Ley*, 1990.3, pág. 896 y ss. y PEREIRA ANABALÓN, H., «Sentido de mediación», *XV Congreso Mexicano...*, op.cit., págs. 278 y ss.

⁷⁰ Según el Diccionario la conciliación se define como una forma de «componer o ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí».

⁷¹ ZAMORA y CASTILLO, N., *Proceso...*, op.cit., pág. 91.

El Código civil en su art.1089 la define como «un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado».

también acabarán con el proceso en sí, dejando imprejuzgada la pretensión⁷². En último lugar, la *renuncia* supone disponer, no solo respecto del derecho en sí, sino a la acción de tutela, siendo un acto unilateral del demandante que no requiere conformidad del demandado en juicio⁷³. Todas estas figuras tienen como límite, a tenor de este art.19 LEC, las normas imperativas (art.6.3 CC), el orden público (art.6.2 Cc) o las limitaciones establecidas por la ley en razón del interés general o en beneficio de terceros (art.6.2 Cc)⁷⁴.

C. La heterocomposición

Finalmente, un litigio puede resolverse mediante la fórmula tripartita de la *heterocomposición*. Ésta se presenta como la fórmula más evolucionada o compleja de resolver el litigio pues el tercero que interviene, se presume imparcial y se le reconoce autoridad para imponer a las partes la solución que crea más justa, atendiendo a derecho o, de ser posible, a las máximas de equidad.

Nos parece significativa la denominación otorgada por ALCALÁ-ZAMORA al utilizar, frente a autotutela y autocomposición, el término *proceso*⁷⁵. Efectivamente, arbitraje y jurisdicción son fórmulas heterocompositivas que se desenvuelven a través de un proceso, si no fuera porque heterocomposición también lo es el arbitraje irritual y, ni se conduce a

Por su parte, es numerosa la jurisprudencia que atiende a esta forma de ejercer el poder de disposición. Véanse, entre otras muchas, STC 24 abril 1996, SAP Asturias de 10 de diciembre 1992, SAP Madrid de 3 marzo de 1998 y STS 29 de julio 1998.

⁷² BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, Tirant Lo Blanch, 2000, pág. 367 y ss.; MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, op.cit., pág. 92, ZAMORA y CASTILLO, N., *Proceso*,..., op.cit., pág. 91 y GUASP, J., *El arbitraje en el Derecho Español*, Barcelona 1953, pág.18.

⁷³ Vid., STS 5 abril de 1997, SAP Jaén 19 de enero 1999, SAP Cádiz de 1 diciembre de 1995, SAP Barcelona de 2 de noviembre de 1998, STS de 22 de febrero de 1994, STS 31 de octubre de 1996.

⁷⁴ La LEC/2000 ha diseñado un proceso dispositivo, no sujeto, en principio, a norma imperativa o de *ius cogens*. Pero existen excepciones consecuencia de la existencia de este tipo de normas dentro del derecho privado y donde la autonomía de la voluntad pasa a un segundo plano a favor de los intereses públicos y de una tutela directa del Estado, vid., BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant Lo Blanch, 2000, En prensa.

⁷⁵ ZAMORA y CASTILLO, N., *Proceso*,..., op.cit., pág. 103 y ss.

través de tal instrumento procesal, ni produce los efectos de éste. El proceso - continúa el citado autor-, «representa la sustitución de la acción directa contra el adversario por la acción dirigida al Estado (...), la conversión de la acción física por la jurídica»⁷⁶, actuando éste último una vez como mero auxiliador y, otras, como jurisdicente.

Arbitraje ritual y jurisdicción gozan de ciertas identidades en cuanto a que se tratan de una heterocomposición *reglada* o sometida a unos mínimos sin los cuales no hay proceso y, por tanto, el Estado no se vincula con el resultado obtenido. Junto al derecho fundamental a pedir una *tutela judicial efectiva*, coexiste otro derecho a terminar nuestras controversias haciendo uso del arbitraje. No se tratan de opciones antagónicas, sino que, contrariamente, son vías que se complementan para conseguir un bien común: la solución de conflictos, bien de naturaleza privada o con elemento público⁷⁷.

Tras la nueva realidad que convive con los postulados jurisdiccionalistas, debe cambiar la óptica del procesalista. Ello «ha provocado que dos sean los puntos de mira en los últimos diez años: primero, el deseo de convertir en realidad el acceso a la justicia de todos los ciudadanos; y, segundo, buscar soluciones de justicia alternativa o complementaria que facilite(...), no sólo el descongestionamiento de los tribunales (...), sino en la búsqueda de una mejor calidad de la justicia. (...) El procesalista (debe) tomar conciencia de la existencia

⁷⁶ ZAMORA y CASTILLO, N., *Proceso...*, *op.cit.*, pág. 164.

⁷⁷ Así lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia en materia de sociedades y en arbitrajes de derecho administrativo. Debemos poner de manifiesto la tendencia actual introducida en la última exhaustiva reforma de la Ley 30/1992 de la Jurisdicción Contencioso-administrativo y de Procedimiento administrativo, donde se admite la posibilidad de recurrir el acto administrativo, una vez agotada tal vía, ante órganos arbitrales colegiados, cuando la Ley así lo reconozca (art.107.2).

Entre otros, PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo. Parte General*, Madrid, 1994, págs. 533 y ss.; RIVERO YSERN, J., *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*, Madrid, 1969; LOZANO CUTANDA, R., *La nueva Ley de Arbitraje y el Derecho Administrativo*, Madrid, 1989; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Civitas, 1991; CASTRESANA SÁNCHEZ, L.F., «El arbitraje desde la perspectiva del sector público», *RCEA*, 1994, pág. 93 y ss.; MARESCA CABOT, J., «El arbitraje en Derecho administrativo», *TAB* núm.7, págs. 41 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F., «Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje», *La Ley-legislación*, 1990-1, pág. 119.

de esos otros cauces que si bien todavía no son estadísticamente equiparables en cuanto al valor cuantitativo de los procesos judiciales, sí son y deben ser así tratados, medios de tutela extrajudiciales que, por ende, deben centrar nuestro estudio»^{78 79}.

II. EL ARBITRAJE EN EL PASADO

Señaladas las diferencias entre autotutela, autocomposición y heterocomposición, e incardinado el arbitraje dentro del movimiento de la ADR, se hace necesario aproximarse a la evolución de la presente institución, para comprobar el arraigo que éste tiene en nuestra sociedad, y que no se trata, pues, de un movimiento pasajero y transitorio en la actualidad, fruto de esta tendencia en boga.

El presente análisis histórico-jurídico nos va a permitir, además de comprobar su legitimidad histórica, comprender las notas y significancias que, desde antaño, han afianzado esta fórmula hasta nuestros días. Sin embargo, dichas notas no siempre han seguido una continuidad clara y definida. Junto a momentos o etapas de esplendor judicialista coexisten, en ocasiones, caracteres propios de la concepción contractual del arbitraje, pero durante la historia de la civilización se

⁷⁸ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos*, *op.cit.*, pág. 41. No obstante, debemos advertir que el término «solución extrajudicial» de conflictos nos parece correcto, pues engloba todas las vías ajenas a la Jurisdicción del Estado, pero creemos puntualizable tal concepto.

Según la posición que se mantenga en torno al arbitraje en los apartados siguientes, podemos encontrar ciertos giros en el concepto de «jurisdicción». En su sentido originario *iuris dicere* lo puede ser tanto la función jurisdicente del árbitro como la del Juez; lo que ocurre es que en la actualidad hemos atribuido tal concepto a la única función determinada como tal en el Estado, en su faceta Poder Judicial. En nuestra opinión, hecha esta salvedad, podría utilizarse el mismo término para designar ambas formas heterocompositivas, incluso cuando se trate de un arbitraje de equidad.

⁷⁹ En el mismo sentido afirma FLORES GARCÍA, F., «Medios dispositivos de los litigios civiles», *op.cit.*, pág. 144, refiriéndose al cambio que está sufriendo la disciplina, que «Dicha asignatura académica o campo de estudio, reglamentación y aplicación jurídica, será más amplio que la actual teoría general del proceso, que únicamente involucra (obvio) al proceso judicial (...). Si por un lado pensamos que es lógico y correcto el razonamiento de la existencia y necesaria distinción de esta más amplia área (...), por otro extremo, reconozco la dificultad de encontrarle una nomenclatura idónea, ya que mis intentos (...) van desde teoría de la composición litigiosa, teoría general de las soluciones a conflictos de intereses, hasta la teoría del litigio y su composición...».

deduce que siempre ha existido arbitraje⁸⁰. Éste es el mayor dato de relevancia para realizar nuestro trabajo.

1. Justificación

Consideramos que el punto de partida de nuestro estudio debe ser el *Derecho Romano*, por suponer el paso de las fórmulas de autocomposición y autotutela a la heterocomposición y, en concreto, al nacimiento del concepto de jurisdicción y monopolio de tal índole. Coherentemente con la aparición de una primera forma de organización política y con el fin de asegurar una convivencia pacífica, se presupone que se dio una progresiva desaparición de las fórmulas basadas en la venganza o en la fuerza, en el denominado «ojo por ojo, diente por diente», para ser sustituidas por otras formas que garanticen la paz en el sistema; cuanto mayor fuera la conciencia de «grupo organizado», mayores las restricciones que se irán forjando.

En la medida en que la sociedad se estructura y evoluciona hacia sistemas complejos, se deposita confianza en sujetos-terceros, reconocidos como imparciales, con verdadera «autoridad» para imponer la solución al litigio que ante él se presentaba. Surge así la idea de solución heterocompositiva de litigios

⁸⁰ Las fuentes con las que contamos en la actualidad para adentrarnos en la evolución histórica del arbitraje son escasas, en cuanto a monografías y estudios específicos sobre la materia, pero abundantes en lo que se refiere a obras de carácter general. Para la realización de este trabajo, hemos seguido a los autores que de manera más integral, han ahondado en el estudio de la evolución de esta institución, por haber trabajado de modo directo con las fuentes normativas originales, documentos de la época y, por supuesto, toda la bibliografía actual conocida.

Muestra de ello sería, DE CASTRO, F., «El arbitraje y la nueva “Lex Mercatoria”», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXII, 1979, pág. 624; D'ORS, A., «La experiencia histórica del arbitraje jurídico», en *Cuadernos informativos de Derecho Histórico público, Procesal y de la Navegación*, núm. 15-16, Barcelona, febrero, 1993; GUASP, J., *El arbitraje en el Derecho Español*, Bosch, 1956; BUIGUES OLIVER, G., *La solución amistosa de los conflictos: El arbitrer ex compromisso*, Montecorvo, 1990; FAIREN, V., «El arbitraje del Consulado de la Lonja de Valencia y la vigente Ley de arbitraje», en *Anuario de Derecho Civil*, 1957, pág. 3 y ss.; MERCHÁN ÁLVAREZ, F., *El arbitraje: Estudio histórico jurídico*, Universidad de Sevilla, 1981; CHILLÓN MEDINA J. y MERINO MERCHÁN, J., *Tratado de Arbitraje interno e internacional*, Civitas, 1991, págs. 45 y ss.; GONZÁLEZ SORIA, J., *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo arbitral*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1988; REGLERO CAMPOS, *El Arbitraje*, Montecorvo, 1991, págs. 39 y ss.; SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones y otras leyes y Proyectos políticos en España*, ed. Nacional, 1969, págs. 146 y ss.; PESET (junto a otros), *Historia del Derecho*, Valencia, 1989

que, si bien su forma más básica tomaría como base la autonomía de la voluntad, en la medida en que surja un poder institucionalizado fuerte, capaz de asumir el monopolio de tutela, dará paso a un sistema oficial, al concepto de Jurisdicción, tal y como hoy lo conocemos. Pero entre estas formas más simples y la heterocomposición, las partes podrán confiar en esos hombres buenos cuyos oficios sirven para obtener una solución al litigio cuyo resultado, sin embargo, solo posee una vinculación moral.

Ante esta nueva situación jurisdiccional, nuestro recorrido histórico pretende advertir del diferente talante que el arbitraje tendrá en cada legislación procesal. La *Ley de Arbitraje de 1988* supuso una vuelta a la tradición histórica que sobre la naturaleza jurisdiccional se ha mantenido, aunque con un acento más moderado, y poniendo fin a la etapa contractualista de la *Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953*. Pero hasta el declive que en la institución produjo esta Ley, se suceden una serie de Leyes, todas ellas portadoras de la presente institución. El *Breviario de Alarico*, *Liber Iudiciorum*, *Fuero Juzgo*, *Fueros Locales*, *Fuero Real*, *Espéculo*, *Las Partidas*, *Constitución de 1812*, *Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio de 1830*, *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855* y *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881* nos aportarán las huellas que el arbitraje ha ido dejando en el tiempo.

La evolución de esta institución puede englobarse, a su vez, en cuatro momentos o etapas, según la naturaleza que se le reconociera a la misma y las notas que le caracterizaran en las distintas regulaciones.

2. Primera fase: Etapa contractualista

La primera fase reconocible en torno a la naturaleza del arbitraje es la etapa contractualista. Queda restringida al momento durante el cual tuvo vigencia el Derecho Romano y prolongada hasta el año 605, con la aparición del Derecho visigodo que, aunque se hace eco de esta tradición, marca el inicio de una nueva

concepción -por momentos- judicialista en torno al arbitraje, la cual se perpetuará hasta el siglo XIX.

A. *El Derecho Romano*

Parece ser que el origen más inmediato del arbitraje reside aquí. En esa transición hacia la organización política, hacia la asunción del monopolio de *potestas* por el incipiente Estado y, en definitiva, hacia el nacimiento del elemento público y de autoridad pública, convivieron simultáneamente arbitraje y procedimiento ordinario, de forma que, en la medida en que éste se fortalecía, perdía virtualidad la otra fórmula de naturaleza privada⁸¹.

Ya el Digesto recogía bajo la rúbrica «*De receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant*», esta fórmula heterocompositiva de resolución de conflictos. Siguiendo a BUIGUES⁸², podemos distinguir a partir de aquí dos tipos de arbitrajes, el procesal y el extraprocésal. El primero se constituye como el *Arbitrium ex compromissum*, a través del que se dirimían las controversias y estaba seguido de la coacción pretoria; según el citado autor, a través de su uso «se pretendía evitar el recurso a la vía procesal ordinaria»⁸³. El segundo, denominado *Arbitrium boni viri*, era un arbitraje negocial que simplemente tendía a la integración de un negocio y que, como tal, no era heterocompositivo. Ambos podían ser a su vez públicos y privados, según el objeto sobre el que versaran y, sobre todo, por el cargo político y respaldo oficial que poseía la persona que actuaba como árbitro. En todo caso, incluso aunque fueran impartidos por un senador o magistrado elegido por las partes y el objeto del litigio fuera público, no dejaban de ser arbitrajes, pues lo que verdaderamente distinguió «al árbitro compromisario del *iudex*, es la sujeción o no a una

⁸¹ La primera manifestación de prohibición de autotutela se hizo en el Digesto por el Decreto de Marco Aurelio (D.IX, 2, 45, 4 y D.XLVIII, 7, 7).

⁸² BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa...*, op.cit., págs. 31 y ss.

⁸³ BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa...*, op.cit., págs. 255.

fórmula procesal»⁸⁴. Incluso el hecho de que aplicara o no el derecho objetivo parece irrelevante, según el aludido autor, al árbitro «nada le impide servirse de las normas si las conoce», y por ello no queda afectada, en forma alguna, su naturaleza de función de resolución de litigios en esa sociedad romana⁸⁵.

El arbitraje procesal, además de resolver conflictos entre particulares podía atender a otro tipo de controversias, dando lugar al arbitraje internacional, federal y administrativo. Aunque lo habitual es que los tres coincidieran en ser de naturaleza pública, por haber un tercero con autoridad política para imponer la decisión, también podían configurarse con naturaleza privada⁸⁶. El primero estaba destinado para los casos en que mediaran conflictos bélicos, el segundo para cuando la controversia surgiera entre pueblos relacionados con Roma mediante una alianza o *foedus* y, por último, cuando éstas surgieran entre ciudades o municipios.

Durante la vigencia del imperio romano se predica la contractualidad del arbitraje debido a la necesidad de estipulación de *poenas* para el nacimiento y eficacia del mismo, pero no parece que tal afirmación pueda hacerse con rotundidad. La estructura de arbitraje era compleja:

1) Por una parte, existe un pacto entre las partes por el que acuerdan someter su controversia al *arbiter* y no a la autoridad pública y al procedimiento ordinario⁸⁷. Este *cumpromisso facto* va acompañado de la estipulación de una

⁸⁴ BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa...*, *op.cit.*, págs. 257.

⁸⁵ BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa...*, *op.cit.*, págs. 256.

⁸⁶ En este sentido vid., BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa...*, *op. cit.*, pgs. 96 y ss.

También D'ORS, *La experiencia histórica...* *op.cit.*, pág. 3647, se ha pronunciado al respecto, negando la naturaleza pública de estos arbitrajes cuyo objeto excedía de la resolución de conflictos entre particulares. Para ello argumenta que en ningún caso el tercero llamado a decidir el conflicto "actuaba a modo de poder jurisdiccional superior a los dos pueblos en litigio".

⁸⁷ Llama la atención la claridad de los dos requisitos; el la actualidad se identificarían con una expresa voluntad de apartar la Jurisdicción del Estado, por un lado, y de no sujetarse a las formas procesales establecidas por la Ley, por otro.

pena para el caso de que alguna de las partes incumpliera lo sentenciado por el árbitro⁸⁸. Tal *poena* iba seguida de la coacción pretoria.

2) El segundo pacto que encontramos en el arbitraje es el *receptum arbitrii*, por el que quedaba obligado el árbitro a cumplir su cometido⁸⁹; el citado autor reconoce que en la base del *receptum* se encuentra el reconocimiento de autoridad moral que las partes hacen respecto del tercero, el cual tras la estipulación del mismo debe aceptar el cargo y obligarse a cumplirlo. Ante su incumplimiento nada se podía hacer, salvo una suerte de desaprobación social, debido a la obligación moral que derivaba de la *fides* en el árbitro depositada. Las partes carecían de medios para obligarle a dictar sentencia; en todo caso, se admitía «la posibilidad de que acudieran ante un árbitro diferente o incluso ante un juez ordinario, *puesto que la ausencia de forma contractual determinada imposibilitaba el ejercicio de una acción para exigir el cumplimiento*»⁹⁰. Posteriormente, tras el *Edicto del Pretor*, será la intervención del mismo la que dotará de eficacia coactiva al arbitraje⁹¹. Este principio marcó dos etapas claves pues supuso la intervención de *autoridad pública* durante la tramitación de este procedimiento arbitral.

Junto a estos dos pactos y sus medidas respectivas de coerción, con posterioridad, se instituyen en la época de Justiniano otros medios para conseguir la eficacia del arbitraje. Así, por un lado, encontramos que se le otorgó santidad al juramento y, por otro, se establecía una presunción de confirmación del laudo por silencio de las partes, cuando en los diez siguientes días a ser dictado, nadie

⁸⁸ En lo que refiere a la extensión y contenido de este compromiso véase el estudio realizado al respecto por BUIGUES OLIVER, *op.cit.*, págs. 211 y ss., y en particular, véase la discusión en torno a la no necesidad de estipulación de dicha poena, págs. 194 y ss.

⁸⁹ BUIGUES OLIVER, G. *op.cit.*, págs. 225-231.

⁹⁰ Llama la atención la presente afirmación en cursiva. El hoy conocido contrato de recepción de arbitraje, no tenía tal naturaleza en aquella época sino que, antes al contrario se tratabe de un cruce de estipulaciones y que, por tanto no podía dar lugar a una acción contractual, BUIGUES OLIVER, G., *op.cit.* pág. 256.

⁹¹ De este modo el pretor podrá coaccionar al árbitro para que dicte la sentencia o bien le podrá imponer una sanción.

se pronunciaba en contra del mismo. Además, resultaba inapelable e irrevocable, puesto que las partes eran las que habían depositado su confianza en el árbitro y debían correr con las consecuencias de dicha elección. Si esta sentencia obligaba, era por el reconocimiento que hacían las partes de la *auctoritas* de este tercero, y no por la función u oficio que éste desempeñara, pues no era público.

Desde una visión actual de los hechos, el arbitraje en el Derecho romano gozaba de una vertiente que lo dotaba de un matiz más público del que hoy posee, en cuanto el arbitraje podía ser incluso impartido por los magistrados y senadores⁹². Pero en aquel momento el arbitraje era público por razón de las personas que lo impartían, sin que tampoco este dato deba confundirnos y hacernos pensar que existía un sistema institucionalizado en el que este tercero representaba al Imperio, puesto que se trataría, entonces, de un sistema *ordinario* o *extraordinario*, pero en última instancia, ante un sistema oficial.

No nos debe confundir tampoco el hecho de que esta institución se estipulara en un contrato con que su función fuera puramente contractual. Y ésto es así porque el contrato de *litiscontestatio*, por medio del cual demandante y demandado se comprometían a sujetarse a un *iudex* durante el desarrollo de los procedimientos *formulario* y de las *legis actiones*, no era tampoco nada más que un simple contrato y, sin embargo, se estaba ante un juez. La función que ambos compromisos desempeñan se constituye como la base de dos procedimientos de esencia y estructura distintas, y por eso mismo, resultan inequívocos, sobre todo si atendemos al *imperium* que poseía el pretor, a la *res iudicata* y a otros efectos propios de las sentencias judiciales. Junto a esto se debe observar que no todas las causas civiles eran privadas –por ejemplo, las causas testamentarias-, ni todos los delitos tenían un alcance público –hurto, robo-.

Especial transcendencia tiene la posibilidad implantada a partir de la *Ley Julia* de elegir al *iudex* durante el procedimiento oficial conocido como el *Ordo*

⁹² BUIGUES OLIVER, G., *op.cit.*, págs. 69 y 70.

Iudiciorum Privatorum.¹ A la actuación de éste se le añadía «un complemento público, de potestad, (...) (siendo ésta) una de las felices creaciones del genio jurídico romano anterior al dominio burocrático de la justicia que sobrevino en la decadencia de los últimos siglos del imperio»⁹³.

Parece lógico, pues, que a partir de la aparición de este procedimiento ordinario, a los ciudadanos no se les hiciera tan necesario o recomendable acudir al arbitraje pues, al igual que en éste, podía elegir al juez, pero con la ventaja de saber que no podía rehusar el cargo y que gozaba del *imperium* necesario para coaccionar a la parte incumplidora de la sentencia. Sin embargo, se ha querido ver en este juicio una suerte de arbitraje, aunque controlado por el magistrado y sometido a las reglas de Derecho⁹⁴.

En nuestra opinión, compartimos que entre el *iudex* y el *arbiter ex compromisso* existirían muchas similitudes⁹⁵, pero los elementos que componen uno y otro sistema nada tienen que ver entre sí. Lo más importante para diferenciar ambos sistemas es el hecho de tener o no la voluntad de someterse a las fórmulas legales y a la especial función atribuida a la «autoridad magistratural» en el procedimiento oficial.

Esta situación perdurará hasta que la «potestad jurisdiccional» sea asumida totalmente por el Imperio, momento en que este contrato de *litiscontestatio* es sustituido en la Roma postclásica por el procedimiento de *cognitio extra ordinem*. Esto probablemente no signifique que a partir de este momento desaparezca el arbitraje, sino que convivió con el sistema oficial, si bien, irá perdiendo interés, de modo que el Derecho post-romano acabó relegando a un segundo plano la institución arbitral.

⁹³ D'ORS, op. cit., pág. 3644.

⁹⁴ D'ORS, op. cit., pág. 3649.

⁹⁵ BUIGUES OLIVER, G., op. cit., págs. 256 y 257 confirma que, incluso, «son aplicables al *arbiter ex compromisso* muchos de los requisitos de capacidad exigidos al juez privado ordinario».

Con el cristianismo también se produce una clara incidencia sobre el arbitraje. Fue la forma de evitar este derecho oficial y unos jueces pertenecientes al sistema imperial en los que no se confiaba. El arbitraje en su sentido más estricto, pasará a ser impartido por el obispo, persona de confianza para todos⁹⁶. Con el tiempo, llegó a institucionalizarse una especie de jurisdicción episcopal, llegando incluso hasta aquí el fenómeno de la burocratización.

De este modo, el frecuente uso del arbitraje durante los inicios del cristianismo, produjo en él, contrariamente a una mejora o perfeccionamiento del mismo, una asimilación al complejo y burocrático sistema oficial del imperio romano, aunque quedara restringido a los asuntos religiosos, pasando a denominarse, *episcopalis audientia*, y desembocando poco a poco en una situación de decadencia en torno a esta institución.

Asumido lo anterior, el arbitraje aparece así como la forma más antigua de resolución de controversias heterocompositivamente, incluso previa al procedimiento oficial. La evolución de la sociedad y el aumento de las relaciones en la misma hicieron necesaria la existencia de un proceso caracterizado por un *imperium*, así como un monopolio *jurisdiccional*. Pero las diferentes civilizaciones, culturas, religiones han requerido siempre de una fórmula «alternativa» a la complejidad y formalidad ofrecida por las vías establecidas por la organización política. Un exceso de burocratización y la desconfianza en el derecho oficial por parte de la minoría, fueron también en Roma la causa del recurso al arbitraje pero –sólo- cuando ya existía la jurisdicción. El arbitraje, parece, pues, algo previo a todo esto.

⁹⁶ Este tipo de arbitraje que realizaba el obispo no gozaba de las notas propias caracterizadoras del arbitraje, a saber: compromiso y recepción. Nada obsta a que los pontífices, que llegaron a ejercer ciertas funciones jurisdiccionales como las del pretor, actuaran a modo de árbitro a la hora de solucionar las controversias.

Si bien comenzó estando restringido a cuestiones religiosas, con la creciente complejidad y burocratización que se estaba generando, pasó a obtener el respaldo del emperador y a ampliar su ámbito de aplicación. En este sentido vid. BUIGUES OLIVER, op. cit., pág. 163.

B. *El Breviario de Alarico*

En el estudio de las fuentes históricas, el Breviario de Alarico, que data del año 506, se presenta como otra obra que toma reflejo de la institución.

En esta obra se hace referencia al *arbitrali iudicio*, al que se le atribuye una naturaleza puramente privada. Esta naturaleza deriva de la herencia romana, la que se tradujo en el hecho de que los pronunciamientos de los árbitros carecían de fuerza coactiva si previamente no se ha estipulado una *poena* en el acto de constitución del arbitraje, es decir, no se le otorga al arbitraje. Esto repercute directamente sobre la institución ya que se le están negando los efectos públicos⁹⁷.

Excepción a esta postura iusprivatista, parece hallarse en el arbitraje especial que sigue impartiendo el obispo a través de la llamada *episcopalis audientia*, a la que se pretende atribuir una eficacia diferente, con las notas propias de una resolución de naturaleza pública. Según se vio, todo hace pensar que se tratara de un arbitraje que nació como alternativa y que, con el tiempo, se institucionalizó y derivó en una verdadera «jurisdicción».

En todo caso, la regulación que el Breviario hace del arbitraje es realmente parca. El Derecho visigodo reconoce su existencia, así como la función del *arbiter* que actúa *ex compromisso iudex*, aunque se desconoce cuál debió ser el ámbito objetivo del mismo. A pesar de la falta de un mayor desarrollo en el texto, puede afirmarse que la justificación de la existencia de esta figura responde, una vez más, a la necesidad que tienen determinadas comunidades nacionales, religiosas o locales de evitar el derecho oficial, en cuanto es perjudicial o menos beneficioso para ellos, como podría ser en el caso del pueblo judío.

⁹⁷ MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *op. cit.*, pág. 38.

3. Segunda fase. Etapa judicialista

La aparición de nuevos textos transforma el sentido y naturaleza de la figura arbitral. En el inicio de esta nueva etapa destaca el papel esencial del *Liber Iudiciorum*, que abre una nueva tendencia en torno a la naturaleza del arbitraje. El reconocimiento de los caracteres jurisdiccionales que en esta obra se predicaban en torno al arbitraje, se perpetúa a través de los diferentes textos, hasta la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953.

A. El *Liber Iudiciorum*

Debemos esperar hasta el año 654, cuando con el *Liber Iudiciorum* se inicia la tradición judicialista. Comienza una nueva etapa en el derecho cuyos efectos perdurarán hasta prácticamente después de la Codificación.

En su Libro II se establece el desarrollo del sistema arbitral. Se observa que en dicho texto la denominación que recibe el árbitro responde al concepto que de tal institución se tiene en el momento: *iudex ex consensum partium*, por el que resulta equiparado casi totalmente al juez. Del *Liber* se derivan unos derechos, obligaciones y una responsabilidad para los *omnes bonos* que llevan a cabo el arbitraje. Esto reafirma la nueva concepción que sobre su naturaleza se está generando, y trae como consecuencia que se prescindiera de la necesidad de estipular el sistema romano de las *poenas* para dotar de fuerza coactiva a la resolución arbitral. En línea con lo aquí expuesto, la ley llegó a confirmar que los árbitros son ostentadores de la potestad para juzgar⁹⁸. Como vemos, el cambio es sustancial.

El legislador se atrevió a ir más allá, en cuanto no bastándole el reconocimiento de los efectos, atribuye ese elemento congénito a la idea de Estado: la "potestad". Todo ello nos hace pensar que estos *iudex* ejercieran

⁹⁸ MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *op.cit.*, pág. 39.

función pública, porque en la etapa de vigencia del *Liber*, el proceso oficial se va implantando en todo el territorio casi por igual. Resulta sorprendente que un cuerpo tan profundamente legalista como es éste, deje la puerta abierta a un derecho no oficial, lo cual sólo se puede entender si se concibe al arbitraje como una figura dentro del sistema estatal, no como vía de evitarlo.

En la regulación del *Liber* subyace un cierto formalismo, manifestado en la obligación de constituir el arbitraje a través de un pacto escrito firmado por tres testigos. Esta necesidad de cubrir unas formas concretas se explica desde la atribución de determinados efectos a la resolución que se dicte, que son equiparables a los de la sentencia de un *iudex*, y además, no se derivan de ese pacto escrito, sino del reconocimiento que la Ley hace de la naturaleza jurídica del arbitraje.

B. *El Fuero Juzgo*

El *Liber* logró una extensión y presencia grandes en siglos posteriores y, consecuencia de ello, el derecho contenido en aquel texto se traducirá a lengua vulgar y se convertirá en el Fuero Juzgo. En cuanto que simplemente éste es una traducción del *Liber*, mantendrá prácticamente sus mismos caracteres, y una concepción del arbitraje eminentemente judicialista, aunque aminore, en cierta medida, la formalidad del sistema anterior.

Esta continuidad que lleva a cabo el Fuero Juzgo, ahora aplicado en las distintas ciudades, se ve, una vez más, favorecida por ser el arbitraje la vía para evitar el proceso oficial, para evitar costes y defectos técnicos de los que adolece el sistema, de modo que el uso de éste parece que responderá única y exclusivamente a razones estrictamente procesales.

La tradición vuelve a ser oral a la hora de constituir el arbitraje, sin necesidad de que concurren testigos, manteniendo un predominio de los caracteres judiciales sobre los obligacionales e incluso utiliza términos

propriadamente judiciales para la denominación de los árbitros. Por supuesto, existe una equiparación entre los derechos, deberes y responsabilidades del árbitro y del juez, y la resolución que dicten tendrá fuerza ejecutiva y constituirá *res iudicata*.

Se observa una cierta aproximación a lo que el arbitraje supone en la actualidad. Cada vez resulta más palpable su similitud, pero esta progresión ha sido siempre pendular, de modo que, las consecutivas etapas legales no se configuraban como un eslabón más hacia el reconocimiento pleno de la institución objeto de estudio.

C. Los Fueros Municipales

En una sociedad carente de un poder real fuerte, en la que se dan unas relaciones feudovasalláticas y en la que la incipiente burguesía se va asentando en las grandes ciudades, necesitará de una ley local que proteja el territorio ocupado y las nuevas conquistas⁹⁹. De esta forma aparece el Derecho Local o Municipal.

Es ahora en la Edad Media cuando una Ley, por primera vez, refleja una regulación vertebrada sobre el arbitraje. La existencia de esta primera burguesía agilizará el proceso de asunción de esta institución, pues buscará la solución de sus conflictos en sus propios gremios, de una forma rápida y eficaz.

A pesar de este avance, la nota predominante es la heterogeneidad en la regulación de esta figura, dependiendo de Derecho Local ante el que nos encontremos.

Unas veces se les denomina «*alcaldes de abenencia*», otras «*De lo que iudgan dos omnes bonos*», pero a lo largo de todos los Fueros se les reconoce caracteres propios y, tan sólo asimilables a los predicables de la actuación de un juez. Una vez más, el árbitro sigue siendo responsable, hasta tal punto que, la

propia Ley, reconoce en dicho sujeto una obligación de llevar a término dicho arbitraje.

En lo que respecta al objeto de éste, si bien hasta ahora ninguna Ley se había pronunciado sobre el mismo, por primera vez encontramos en algunos Fueros una limitación cuantitativa, por encima de la cual ya no se puede acudir al mismo.

D. El Fuero Real

En el S.XIII, se produce un intento de reintroducir el Derecho romano, por obra de Alfonso X el Sabio. En 1255 se redacta el Fuero Real, compuesto por el Fuero Juzgo, el Derecho Romano y el derecho de otras ciudades, pero quedará dicho compendio relegado a un derecho dealzada.

A pesar de su escasa aplicación, también es merecedor de ser mencionado. Pues, aunque mantiene en gran medida la naturaleza judicial del arbitraje y la equiparación entre el juez y el árbitro es casi absoluta, supone un retroceso en cuanto se vuelve al sistema romano de imposición de penas estipuladas a la hora de constituir el arbitraje. La utilización en aquel momento de esta fórmula parece deberse exclusivamente al complejo procedimiento oficial romano-canónico que introduce el Fuero Real, de modo que este cauce alternativo se utilizará, sobre todo, por su carácter simplificador.

El Fuero Real supuso una superación del localismo jurídico y unificó toda la legislación sobre el arbitraje en un único Libro¹⁰⁰. Sólo los «*alcaldes de abenencia*» pueden actuar como árbitros, bien fueran determinados por las partes o por el monarca, quedando lejos de su alcance de actuación las causas criminales que conllevaran penas corporales o el destierro.

⁹⁹ En este sentido PESET, M. (y otros), *Historia del Derecho*, op. cit., págs. 112 y ss.

¹⁰⁰ PESET, M. (y otros), *Historia del ...*, op.cit., pág. 156.

E. El Espéculo

Simultáneamente a la aparición del Fuero Real, encontramos el Espéculo. En lo que a nosotros nos concierne, supuso una perpetuación de la naturaleza judicial del arbitraje, de modo que en la mente del legislador tiende a identificarse el juez y el avenidor.

La regulación que el mismo realiza respecto del arbitraje recuerda más a la seguida por el Derecho Local que a la romanización que subyace de las Partidas. A pesar de ser ésta su tendencia, este cuerpo legal continuó con la superación del localismo jurídico.

F. El Código de las Partidas

Con esta sucesión de obras llegamos a aquella que realmente se ocupará de regular de manera extensa el arbitraje. El Código de las Partidas destinará la Partida III, Título IV a concentrar toda la regulación arbitral.

En dicha obra se sigue la tradición judicialista sobre la naturaleza del arbitraje. Como decíamos, el legislador tiende a identificar con el juez al árbitro o juez avenidor según la terminología de las Partidas. Pero, aun siendo ésta la declaración expresa del legislador, la propia Ley no acaba de atribuirles potestad jurisdiccional, pues le priva, en cierto modo, de la fuerza ejecutiva y también de la eficacia de cosa juzgada. Consecuencia de ello, nuevamente, será la restauración del requisito romano de establecimiento de penas en el momento de estipular el arbitraje, como medio de dotación de eficacia coactiva al laudo¹⁰¹. No obstante no hacerse dicha determinación en el compromiso, el arbitraje podía continuar siendo eficaz si las partes confirmaban, expresa o tácitamente, la decisión arbitral.

¹⁰¹ REGLERO CAMPOS, El arbitraje, Montecorvo, 1991, págs. 39 y ss.

«*Los que fazen justicia juzgando*», según la denominación que allí se le otorga, pueden distinguirse a su vez en avenidores y en árbitros, según resuelvan el conflicto en equidad o en derecho, respectivamente. En lo referente al acto de constitución del compromiso se hacía en una «carta de compromiso», cuyo contenido, por primera vez, queda totalmente delimitado por la ley, sin perjuicio de que, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, se introdujera cualquier tipo de cláusulas o limitaciones¹⁰². Esto traerá como consecuencia, la necesidad de que la formalización del arbitraje se haga por escrito, como un requisito jurídico expreso.

En Partidas se observa claramente la posibilidad de someter todo tipo de materias al arbitraje, antes o durante la pendencia judicial del litigio, salvo las materias que expresamente prohibiera la Ley¹⁰³.

4. Tercera fase. El inicio de la etapa codificadora y las distintas Constituciones

A. El inicio de la etapa codificadora

La regulación sobre el arbitraje que se determinaba en Partidas se mantendrá hasta la época de la Codificación, pero las manifestaciones en torno a la naturaleza judicialista todavía se acentuarán más cuando en la Ley de Madrid de 1502 se acabe reconociendo el carácter ejecutorio de la sentencia arbitral, su posibilidad de apelación¹⁰⁴ e incluso la susceptibilidad de someter al arbitraje aquellas materias sobre las que ha recaído sentencia judicial firme.

Junto a la estipulación de la pena se le añade la virtualidad que ahora tiene la confirmación tácita de la sentencia por silencio de las partes en el plazo de 10 días que, como vimos, es lo que ocurría en Derecho Romano.

¹⁰² MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *op.cit.*, págs. 157 y ss.

¹⁰³ En torno a las limitaciones que imponía la Ley, véase en MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *op.cit.*, págs. 133 y ss., cuando excepciona ciertas causas criminales, causas relativas a la libertad y servidumbre, causas matrimoniales y los pleitos sobre tutela y curatela.

¹⁰⁴ REGLERO CAMPOS, F., *op.cit.*, pág. 42 y GONZÁLEZ SORIA, J., *op.cit.*, pág. 78. En esta última obra se explica claramente un cambio de tendencia respecto a Partidas, en cuanto que se rompe

En este momento histórico asistimos a una época de fortalecimiento del poder del monarca; es decir, la monarquía absoluta pretenderá la aplicación exclusiva de sus normas, subordinación de la Administración de Justicia a la corona, y aplicación del Derecho Real: las Partidas. Con el fin de llegar hasta la última de las relaciones jurídicas, se produjo una prolífica creación de leyes reales que hacen necesaria una codificación¹⁰⁵.

Dicho esto, las primeras obras de la etapa codificadora en las que aparece recogida la figura del arbitraje serán la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación. En éstas se siguen las tendencias judicialistas en torno a la naturaleza de la institución, pero no son innovadoras al respecto, en cuanto no introducen un elemento que contribuya a la identificación del concepto. Debemos esperar hasta el siglo XVIII cuando comienzan a surgir en Europa los primeros códigos ilustrados, que supondrán unas nuevas técnicas y un pensamiento distinto. La revolución burguesa supone, como sabemos, un cambio transcendental en la historia. Frente al antiguo poder absoluto del rey, aparece la monarquía constitucional y, a través de esta Ley de leyes, se propugnarán por encima de todo, los principios de igualdad y de libertad.

Nace, entonces, un nuevo argumento para legitimar el arbitraje: el reconocimiento de la libertad que tiene el hombre para disponer de los derechos que la ley le reconoce como suyos.

B. La Constitución de 1812

La primera constitución, entendida como ley fundamental, aprobada por el Parlamento español fue la Constitución de 1812. Supuso el máximo auge de la

con el principio de inapelabilidad de las resoluciones arbitrales que hasta entonces caracterizaba a la institución. Ello no obstaba para que el laudo pudiera ser impugnado y anulado cuando le faltara alguno de los requisitos esenciales. Para el estudio de las causas de nulidad vid. MERCHAN ÁLVAREZ, A., *op.cit.*, págs. 263 y 264.

¹⁰⁵ PESET, M., *op.cit.*, págs. 215 y ss.

institución arbitral, que paso a ser catalogada a modo de derecho fundamental¹⁰⁶, lo que denota que estamos ante una concepción individualista del Estado, en la que el respeto por los derechos del hombre va a ser la pauta primordial a tener en cuenta a la hora de legislar.

La Constitución gaditana otorgó al arbitraje esta categoría siguiendo a la Constitución francesa de 1791, que lo concebía como el medio más razonable para terminar con los litigios entre los ciudadanos. De este modo, no existen materias expresamente excluidas al arbitraje sino que, al encontrarse el arbitraje dentro del capítulo destinado a la Administración de Justicia en lo civil, y no en el siguiente reservado a la Administración de Justicia en lo criminal, debe entenderse una identidad en el ámbito objetivo entre la Administración y la Jurisdicción¹⁰⁷.

En la Exposición de Motivos de la Constitución de 1812 se plasma «el derecho que tiene todo individuo de una sociedad a terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, (que) está fundado en el incontrastable principio de libertad natural. Nuestra antigua Constitución y nuestras leyes le han reconocido y conservado en medio de las vicisitudes que han padecido desde la Monarquía goda. Y el espíritu de la concordia y de la liberalidad que hacen tan respetable la institución de jueces-árbitros, persuade cuan conveniente sea que los alcaldes de los pueblos ejerzan el oficio de conciliadores en los asuntos civiles e injurias de menor momento, para prevenir en cuanto sea posible que los pleitos se originen o se multipliquen sin causa suficiente. Las reglas que han de observar los alcaldes en estos casos se dirigen a evitar que esta precaución no sea ilusoria. Las Leyes doctrinales, sólo manifiestan el buen deseo del legislador, mas la obra queda

¹⁰⁶ SEVILLA ANDRÉS, D., *Constituciones y otras Leyes y Proyectos Políticos de España, op.cit.*, pág. 146.

¹⁰⁷ Quiere ello decir, según ya ha interpretado MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *op.cit.* pág. 135 que, implícitamente, se integran como objeto, del arbitraje todas las materia que podrían configurarse como causas civiles ante la jurisdicción ordinaria.

incompleta si la ley no comprende dentro de sí misma el medio de asegurar su observancia».

El constituyente de 1812, quiso ver en el arbitraje una forma de participación del individuo en la Administración de Justicia, y por esa razón creyó conveniente elevarlo a categoría de derecho fundamental al afirmar que «no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes» (art.280). Y lo mismo hace respecto de la conciliación y mediación. Tal concepción supone un reconocimiento a favor de un modelo de estado liberal, donde se valora al individuo y se limita la intervención del estado a un mero «lasser faire». Se entiende, entonces, fruto de tal postura que se garantice igualmente un derecho al recurso contra este laudo (art.281)¹⁰⁸.

Fruto del momento histórico y, siguiendo las tendencias que vienen de Europa, se intenta crear un orden judicial libre e independiente, en el que el constituyente de 1812 procuró constitucionalizar los principios que tuvieran transcendencia en el orden judicial; de este modo, propugnó la unidad procesal (art.244), la garantía procesal (art.247), igualdad de fuero (art. 248) y el derecho de las partes a terminar sus pleitos por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes. Junto a éstos, como ya se apuntó, se le dota a la resolución arbitral de eficacia ejecutoria si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieran reservado el derecho a apelar.

A pesar del avance y de las buenas intenciones que en relación con el arbitraje se derivan de la Constitución de 1812, las constantes luchas entre absolutistas y liberales no hicieron posible un verdadero desarrollo de la voluntad del constituyente.

¹⁰⁸ El art.281 de la Constitución de Cádiz era claro al respecto: «La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubiere reservado el derecho a apelar».

Referente a la apelación vid. MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *op.cit.*, pág. 226 y GONZÁLEZ SORIA, J., *op.cit.*, pág. 80.

C. Las posteriores constituciones

En lo referente a las sucesivas Constituciones, nada se dice sobre la institución arbitral.

La primera Constitución tras la conocida «Pepa», fue el Proyecto de constitución de «La Isabelina», fracasado y en el que nada se dice respecto del arbitraje, reservándose la función de juzgar a los jueces. En 1837 aparece la Constitución de la Monarquía española de 18 de junio, donde en el Título referido al Poder Judicial se omite cualquier referencia al arbitraje. Con posterioridad, en la Constitución de 23 de mayo de 1845, la de 1856, 1869 y, por último, la de 1876, el silencio del constituyente al respecto sigue siendo la tónica general y el único cambio que en estas Constituciones se registra es prácticamente reducido a la rúbrica del Título, el cual en ocasiones es denominado Poder Judicial y en otras Administración de Justicia.

5. Cuarta fase. La etapa codificadora

Una vez asentados sobre una perspectiva jurídico-constitucional, la regulación del arbitraje adoptará un nuevo cariz. Consecuencia de ello será su desarrollo dentro de los códigos procesales de la época y su consideración, por tanto, como una figura de naturaleza procesal, aunque revestida de ciertas matizaciones. «La recepción del arbitraje en las dos Leyes de Enjuiciamiento del siglo XIX se hizo bajo el planteamiento de concebir el procedimiento arbitral como un juicio» más¹⁰⁹.

A. La Ley de Enjuiciamiento sobre Negocios y Causas de Comercio

El Código de Comercio de Saínz de Andino de 1829 trajo como consecuencia su propia ley procesal. Ello parece más indicativo de la necesidad

¹⁰⁹ VÁZQUEZ SOLTELO, J., «Arbitraje y proceso judicial. Interferencias entre el arbitraje y el proceso judicial», *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, *op.cit.*, pág. 250.

comercial y, por tanto, del soporte jurídico que se requería en aquel momento, dirigido a que sus conflictos se resuelvan de una manera eficaz.

La Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 24 de julio de 1830 fue un cuerpo legal donde se regulaban los arbitrajes de derecho y de equidad, los cuales, según afirma DE CASTRO¹¹⁰, se acabaron utilizando solamente para causas mercantiles. Esto ocurrió a pesar de que se concebían todas las materias susceptibles de arbitraje, cualquiera que sea el momento de su celebración, "haya o no el pleito empezado y cualquiera que sea su estado hasta su conclusión" (art. 252). En concreto, la Ley de Enjuiciamiento de negocios y causas de comercio puntualiza en su Título VI sobre los dos posibles juicios arbitrales existentes: el juicio arbitral *strictu sensu* y el de amigable componedor.

Parece, pues, que continúa la tradición judicialista sobre la naturaleza del arbitraje, e incluso la concepción de éste se eleva, en ocasiones, a la de arbitraje forzoso, de modo que se quiebra el principio de autonomía de la voluntad como fundamento de esta fórmula de resolución de controversias. Además, también parece significativa la tradición de equiparar la capacidad para comprometerse en el arbitraje con la capacidad necesaria para comparecer en juicio (art.253).

Si bien la expresión máxima del carácter jurisdiccional de la institución arbitral la podríamos encontrar en el Derecho de la Codificación, en cuanto los códigos que la regulan son procesales, esto no va a ser así. Contrariamente, como se verá, la situación desembocará en una doble regulación, contradictoria y llena de lagunas, que traerá como fruto, el nacimiento de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953, que se encargará de extraer del Código procesal la regulación del arbitraje con el fin de negar su naturaleza judicial.

¹¹⁰ DE CASTRO, F., «El arbitraje y la nueva "Lex Mercatoria", *Anuario de Derecho Civil*, 1979, pág. 642.

B. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855

A la luz de lo visto hasta ahora, la tendencia que vamos a encontrar durante la etapa codificadora será contradictoria. Por una parte, las Leyes de Enjuiciamiento otorgarán al arbitraje unas notas similares a las de un procedimiento judicial; por otra, la doble regulación a la que estará sometida el arbitraje (Código Civil/Código procesal) perturbará su propia naturaleza.

GARCÍA GOYENA¹¹¹ por primera vez concibió expresamente el compromiso del que surge el arbitraje como un contrato, regulándolo como tal en el Código civil. En 1855 se publica la LEC, en cuyos títulos XV (*Del juicio arbitral*) y XVI (*De juicio de amigables componedores*) se regulan, respectivamente, los arbitrajes de derecho y de equidad, y se trasladan al Código civil los artículos relativos al compromiso (arts. 1820 y 1821).

Es a partir de este momento cuando surge la dicotomía conceptual, y cuando nacerán las mayores controversias en torno a la naturaleza del arbitraje. Ejemplo de ello es que una de las características más predominantes en relación con el arbitraje de derecho, es la exigencia de escritura pública para la formalización del compromiso, so pena de nulidad (art. 773). Junto a estos requisitos volvemos a la necesidad de estipulación de dos tipos de penas: Una, para el caso de que una parte no realizara los actos necesarios para que se lleve a cabo el compromiso (774.6); la otra, debía ser pagada al que se conformare con el fallo por el que se alzare contra él, para poder ser oído (art.774.7). Sin el previo pago de dicha pena, no era posible interponer el recurso de apelación (art.813) y éste era tasado y sólo tenía cabida por las causas que determinaba la ley (art.810). Finalmente, la LEC recogía la posibilidad de que dicha sentencia arbitral fuera objeto de recurso de casación (art.816).

¹¹¹ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, Madrid, 1852, IV, pág. 139 y ss.

Respecto del arbitraje de equidad y los amigables componedores que podían decidir conforme a su leal saber y entender (art.819), se exigía igualmente que se formalizara el compromiso en escritura pública bajo pena de nulidad (art.821). La sentencia dictada por éstos era ejecutoria, sin posibilidad de interponer recurso alguno.

Tampoco establecía ningún tipo multa o coacción para el rebelde que se negaba a someterse al arbitraje, no teniendo cabida, en aquel entonces, la formalización judicial del arbitraje, en cuanto el consentimiento de la parte era de carácter personalísimo. «En este supuesto, al no ofrecer la Ley medios coercitivos, que permitan vencer al rebelde obligándole a otorgar la escritura pública compromisoria, (...) quedaba sin efecto el pacto de amigable composición con la consiguiente devolución jurisdiccional a los Tribunales ordinarios, aunque con la sanción al rebelde de indemnizar a la parte contraria los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya producido...»¹¹².

A pesar de tal matización, los autores del momento señalan que «los árbitros aunque deben su nombramiento a un acto privado, cual es la elección por los litigantes, (...) tienen por ministerio de la Ley verdadera jurisdicción para conocer del litigio sometido a su fallo; por eso nuestras leyes les han dado siempre el nombre de jueces y se han declarado aplicables a los mismos»¹¹³.

En el código procesal de 1855, sigue siendo el arbitraje el cauce alternativo y eficaz, capaz de eludir los defectos técnicos del proceso oficial. No importó el ostensible aumento de formalidades que se dio en la figura del arbitraje tras su inclusión en dicho código, pues aún así, se intentó evitar el

¹¹² Así versa la STS de 21 de junio de 1946, RA 836. Será ésta una de las razones más importantes por las que la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953 supuso un avance aunque, por contra, cambió la naturaleza del arbitraje comenzando una nueva era doctrina en torno a la misma, la contractual.

¹¹³ VÁZQUEZ SOLTELO, J., «Arbitraje y proceso judicial. Interferencias entre el arbitraje y el proceso...», *op.cit.*, pág. 252.

formalismo innecesario, los gastos consiguientes, la tardanza y daños derivados del proceso judicial.

C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*

La Ley de Enjuiciamiento seguía una sistemática análoga a la anterior y, aunque fue este cuerpo procesal el único encargado de regular el arbitraje, todavía persistía la referencia y remisión que el Código civil de 1889 hacía a la LEC¹¹⁴. Así, encontramos dedicado al arbitraje el Libro 1: De la *Jurisdicción contenciosa*: Título V: *De los juicios arbitrales y de amigables componedores*. Sección 10: *Del juicio arbitral*; Sección 21: *Del juicio de amigables componedores*.

La existencia de un desfase o falta de acoplamiento entre ambos cuerpos derivó, con el tiempo, en la disminución del recurso al arbitraje, durante la vigencia paralela de estas dos regulaciones, muestra de ello es que la doctrina tampoco se interesara respecto de esta forma de resolver los conflictos.

La formalidad que requería el juicio arbitral, tras incluirlo en la LEC, se manifiesta en la necesidad de formalización del compromiso en escritura pública, bajo pena de nulidad. El contrato preliminar de arbitraje o cláusula compromisoria era un pacto previo, anterior a la aparición de la controversia, desprovisto de formalidad y del que sólo se derivaba la obligación posterior de otorgar el contrato de compromiso. Los efectos propios de la sumisión del arbitraje nacían del contrato de compromiso, que era un acuerdo formal, recogido en escritura pública.

Esta dualidad de contratos derivó en numerosas dificultades prácticas. Cuando una de las partes era requerida para proceder a la formalización del

¹¹⁴ En el Código Civil de 1889 el art. 1821 decía: «... en cuanto al modo de proceder en los compromisos y a la extensión y efectos de éstos se estará a lo que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil».

arbitraje, y ésta se negaba, el pacto compromisorio devenía ineficaz, puesto que el consentimiento era de carácter personalísimo o insustituible. De este modo, la única sanción imponible, conforme se deriva de la Jurisprudencia del Supremo, era una indemnización por daños y perjuicios que le podía haber producido la negativa a someterse al arbitraje. Quedaba, por tanto, sin efecto el pacto sobre arbitraje y pasaba el asunto a los órganos jurisdiccionales (STS 21 de junio de 1946)¹¹⁵.

Dentro de este formalismo se exigía que se determinara lugar, objeto, partes, etc., la designación de los árbitros e, incluso, se señalaba la prohibición de delegar esta facultad a un tercero¹¹⁶. Se ha planteado la duda sobre las posibles materias que eran susceptibles de sometimiento al arbitraje durante esta época. Comúnmente, coincide la doctrina en señalar que la Ley reconoce como posible el sometimiento de todas las controversias existentes entre las partes¹¹⁷, haya o no comenzado el pleito ante el juez.

El problema surge en relación con los conflictos sobre los que ya ha recaído sentencia judicial firme y, por tanto, la eficacia de cosa juzgada ya ha desplegado sus efectos. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹⁸ había llegado a la conclusión de que, efectivamente, se podía someter dicha cuestión al arbitraje, sea cual fuere el momento o estado procesal en el que se encontrara, siempre que se renunciara en el mismo compromiso a los beneficios que se derivan de la sentencia ejecutoria.

¹¹⁵ Por otra parte, y según afirma REGLERO CAMPOS, J., *op.cit.*, págs. 45 y ss., la existencia de una posición doctrinal partidaria de mantener que la simple existencia de la cláusula compromisoria ya era suficiente para oponer la excepción de falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios, determinó una actitud muy crítica y poco receptiva en relación al arbitraje para un cierto sector doctrinal, sector que, con posterioridad, elaboraría la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953.

¹¹⁶ MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *op.cit.*, págs. 161 y ss. y REGLERO CAMPOS, F., *op.cit.*, pág. 43.

¹¹⁷ Salvo aquellas materias en la que fuere preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal (art. 772 LEC de 1855), con lo que se deja una cláusula abierta para posibles nuevas exclusiones en las que, evidentemente, prime el interés público sobre el privado. En consecuencia, y así lo afirma expresamente la LEC en dicho artículo, también quedan excluidas las cuestiones relativas al estado civil de las personas.

¹¹⁸ En este sentido se pronuncia el citado autor en relación a la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de diciembre de 1860.

A pesar del carácter judicial, que se le reconoce unánimemente a la institución durante la época, todavía podemos encontrar estipulado en el compromiso una multa para el supuesto de no cumplimiento de las obligaciones que se deriven del juicio arbitral, de modo que se impida la celebración del mismo. Junto a esta pena o multa aparece otra, para el caso de que una de las partes se alzase contra el fallo, de modo que deberá pagar dicha pena al que se conformara con él¹¹⁹. Sin embargo, el pago de una multa no pretende imponer un carácter coactivo a la resolución arbitral que se dicta, sino que la eficacia se deriva de la elevación a escritura pública del compromiso previo. Se pretende, tan sólo, sancionar el incumplimiento de cualquier acto procesal u obstaculización durante el procedimiento arbitral, y esto es demostrativo de que por fin se ha tomado una conciencia distinta a la de otros tiempos, de modo que si se ha posibilitado acudir a este cauce de resolución de conflictos es, únicamente, por su carácter más ágil y eficaz.

Esto es lo que se conoce como principio general de apelabilidad de los laudos arbitrales. Es decir, que es posible que la resolución que dictan los árbitros se recurriera a ambos efectos ante la Audiencia del Distrito, siguiendo el procedimiento establecido para las sentencias definitivas en los juicios de mayor cuantía. Contra la resolución que ésta dictara era posible interponer un recurso de casación.

Claramente nos encontramos ante una mayor semejanza entre el *iter* procedimental del arbitraje y el que sigue un procedimiento judicial y esto también nos parece denotativo de su naturaleza. Dicha semejanza hace que se otorgue a la sentencia arbitral la calidad de ejecutoria, como si de una resolución judicial se tratara, produciendo, si no se apela en tiempo y forma, la eficacia de cosa juzgada.

¹¹⁹ MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *op.cit.*, pág. 167 y REGLERO CAMPOS, F., *op.cit.*, pág. 43.

6. Quinta fase. La vuelta al contractualismo en 1953

Con esta situación llegamos al siglo XX y al antecedente histórico más inmediato a la Ley actual. Con la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado asistimos a una nueva etapa en lo que respecta al arbitraje; que supone un avance respecto de las épocas anteriores donde era escasa la preocupación por la institución, pero también supone un declive en cuanto que su configuración pasa a ser la propia de una figura de Derecho Privado.

Supuso un intento de romper, al menos formalmente, con la tradición judicialista. Por este motivo, se extrajo la institución arbitral del Código procesal y al concepto de arbitraje se le añadió la coletilla «*de Derecho privado*». Un sector de autores partidarios de la naturaleza contractual del arbitraje, fueron los encargados de realizar esta Ley, alejando su conceptualización de la tradición jurídica española mantenida durante siglos.

En la Exposición de Motivos de la Ley de 1953 se reconoce que la institución del arbitraje «no consiguió en nuestra Patria, por desarrollo equivocado del planteamiento del problema, la repercusión bienhechora que teóricamente estaba llamada a producir». No nos cabe duda que, con dicha afirmación, se pretende poner de manifiesto la errónea naturaleza judicial que se le estaba otorgando a la institución arbitral, y en cierta medida se entiende, debido a las absurdas situaciones a las que se había llegado¹²⁰. Esto hizo que GUASP¹²¹, junto con otros procesalistas y algunos cultivadores del derecho privado otorgaran a la institución del arbitraje una naturaleza puramente privada.

El presente autor justifica claramente su posición contractualista sobre la naturaleza del arbitraje, argumentando, que la existencia de un procedimiento, un

¹²⁰ Con ello nos referimos a la situación antes citada (nota 58) sobre la imposibilidad de poder obligar a la parte, de un lado, a que preste su consentimiento para la formalización del arbitraje y, por otro, a la causa de oposición frente a la jurisdicción ordinaria que constituye la existencia del compromiso, de modo que se llegaba a un absurdo.

¹²¹ GUASP, J., *El arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956.

juez y unas partes no es suficiente para afirmar una naturaleza jurisdiccional en la institución¹²², pues lo característico del fenómeno procesal no es tanto la resolución de un conflicto, sino que en cada resolución judicial posee soberanía estatal. Al encontrarnos dentro del campo de la autonomía de la voluntad, la resolución judicial carece de dicha soberanía; si obliga, es sólo porque las partes, haciendo uso de ésta, deciden obligarse.

Partiendo de esta concepción, se entiende que dicho autor haya intentado recortar en aquellos aspectos en los que históricamente se pretendía hacer ver que los árbitros actuaban haciendo uso de una cierta potestad jurisdiccional. La LAP, a pesar de la voluntad pacificadora con la que nació, no contribuyó a promocionar y fomentar el uso del arbitraje como cauce procesal de resolución de conflictos, sino más bien partió de la idea de dejar el mayor camino libre posible para la actuación de la jurisdicción estatal, permitiendo solamente vía libre a la autonomía de la voluntad en materia de aislados conflictos intersubjetivos civiles y mercantiles¹²³.

Una visión general de las notas caracterizadoras de la Ley de arbitrajes de 1953 podría ser la siguiente:

1) En la Ley de 22 de agosto de 1953 se sigue manteniendo la distinción entre arbitraje de derecho y de equidad, presumiéndose pactado el primero, si expresamente no se optaba por el segundo.

¹²² Estos mismos argumentos los utiliza MUÑOZ ROJAS, para defender exactamente la postura contraria a la mantenida por GUASP, cuando declara que el arbitraje tiene "los ingredientes básicos o fundamentales de la función jurisdiccional, de tipo declarativo..." en «Una introducción a la nueva Ley Española de Arbitraje», *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Estudios Vascos de Derecho Procesal, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1989, pág. 12.

¹²³ Estos mismos argumentos los utiliza MUÑOZ ROJAS, para defender exactamente la postura contraria a la mantenida por GUASP, cuando declara que el arbitraje tiene "los ingredientes básicos o fundamentales de la función jurisdiccional, de tipo declarativo..." en «Una introducción a la nueva Ley Española de Arbitraje», *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Estudios Vascos de Derecho Procesal, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1989, pág. 12.

2) El punto de partida es la distinción entre derecho público y privado, rompiendo con la tradición entre materias incluidas y excluidas, propia de la etapa judicial anterior, lo cual es un error, pues ni todo el derecho privado es susceptible¹²⁴, ni en todo el ordenamiento público es excluible del arbitraje. Lo más acorde es, conforme se determinaba en las etapas anteriores y hoy hace la Ley de arbitraje de 1988, hablar de "materias".

3) La Ley deslindó totalmente los efectos producidos por el contrato preliminar de arbitraje, que vincula a las partes a la futura "institución" de un arbitraje, y respecto de los del contrato de compromiso, que obliga a las partes a pasar por la decisión del tercero.

4) Se suprime la necesidad de elevar el "contrato de compromiso" a escritura pública y se sustituye por la posibilidad de formalizar judicialmente el arbitraje (art.9). En su obra, GUASP se queja de la exigencia que se derivaba de la LEC de elevar a escritura pública el "contrato de compromiso", cuando a ningún contrato se le exige esta formalidad¹²⁵. Se entiende, pues, que el legislador habilite a la parte a acudir ante el juez y que formalice el "contrato preliminar de arbitraje" cuando la otra se negare a realizar los actos necesarios para que dicho arbitraje pueda tener efectos: se pretende hacer una equiparación entre este contrato y otro cualquiera, salvando los requisitos que se consideran propios del arbitraje. Nos encontramos, pues, ante otra muestra más de la pretendida naturaleza contractual de la institución.

5) Desacertadamente afirma la propia Ley que los requisitos del contrato deberán ser conformes a los requeridos en el Derecho Privado en materia de contratación sin especificación alguna.

¹²⁴ En este caso es la propia Ley la que determina que deben ser disponibles (art. 14).

¹²⁵ En este sentido se pronuncia GUASP, J., *op.cit.*, pág. 36.

6) Otra muestra de la voluntad de evitar que se diera una jurisdicción paralela a la que nos ofrece el Estado, es el excesivo formalismo del que adolece el arbitraje en la Ley, que le asemeja al procedimiento judicial ordinario, -en cuanto a complejidad- sin dejar al margen la autonomía de la voluntad, desapareciendo ese «plus» o ventaja que caracterizaba al arbitraje.

7) Otra negativa a la efectiva virtualidad que debe tener el arbitraje, es la recogida en el artículo 28, cuando determina que contra el laudo arbitral se podrá interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, tanto por cuestiones de forma como por el fondo, dentro de los límites que determina la LEC para conocer de un recurso extraordinario como éste. Es decir que, a pesar de que las partes han acudido al arbitraje con fin de evitar la jurisdicción ordinaria, pueden encontrarse con que, en última instancia, sea ésta la que se pronuncie al respecto.

8) Aplicación estrictamente nacional de la Ley sin conexión con el arbitraje internacional y, junto a ello, se une la prohibición de delegar el arbitraje en un tercero, Cámara de Comercio, Colegios profesionales... Para la regulación de cualquiera de estos arbitrajes se estaría a lo dispuesto en las leyes correspondientes; es decir, cualquier arbitraje que no se ajustara al modelo legal y no fuera estrictamente un arbitraje de Derecho privado, quedaría excluido del ámbito de aplicación de la Ley de 1953.

9) En la Disposición Derogatoria de la Ley se establecía que quedaban derogadas cualesquiera disposiciones anteriores relativas al arbitraje, quedando sustituido íntegramente su texto por las prescripciones de la nueva Ley. Ello contrasta con las sucesivas Leyes que fueron naciendo y que introducían vías de escape respecto del formalismo de la Ley de 1953. Prueba de la insatisfacción que generaba esta Ley en el ámbito más necesitado de este tipo de tutela son, de una parte, el Real Decreto 1094/19815 de 22 de mayo, sobre el arbitraje internacional impartido por las Cámaras de Comercio y, de otro, la modificación sufrida tras la reforma urgente de la LEC por Ley 34/1984. Poco tiempo después

se haría patente la urgencia de una nueva regulación sobre el arbitraje y el desfase legal que se estaba produciendo. Se necesitaba una Ley más acorde con las necesidades impuestas por el tráfico jurídico y con la esencia de la propia institución.

7. La Ley 36/1988 de Arbitraje, de 5 de diciembre

A. El sentido de la Ley

El legislador, en 1988, haciéndose eco de las reivindicaciones que en esta materia, en las últimas décadas, se daban desde los foros de los prácticos del derecho o, incluso, desde las propias instancias comunitarias y, tras haber rastreado la evolución del arbitraje y haber comprobado su legitimidad histórica en cada una de las fuentes más antiguas, decidió romper con la tradición y dotar al arbitraje de unas notas que le aseguraran el éxito, y contribuir con ello, a crear lo que cabría denominar una «cultura arbitral».

Durante mucho tiempo se hizo responsable a la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953 de la falta de una práctica arbitral, sin tomar conciencia de que otro elemento, no menos importante, que impedía la creación de un clima favorable al uso de tal institución, era la misma burocratización de la sociedad, que apenas dejaba espacio para solventar litigios sin acudir al Estado-Juez, con la consecuente jurisdiccionalización que se generó. Con la Ley 36/1988, 5 de diciembre, se creó el marco legal favorable al arbitraje, pero sólo un verdadero cambio sociológico pudo afianzar esta institución milenaria, pero de relativo calado en nuestra sociedad: la toma de conciencia del individuo de su capacidad para autorganizarse e incluso solventar sus conflictos prescindiendo del estado en su faceta juzgador y, haciendo uso de otros mecanismos de tutela puestos en manos de terceros privados o públicos.

La Ley partía con la afirmación aclaratoria de que, en ningún caso, el recurso al arbitraje suponía la renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva del

art.24 CE. Cerraba con ello la clásica disputa doctrinal sobre la naturaleza del convenio arbitral y tomaba una posición mixta y favorable al arbitraje. Sería una labor posterior de la doctrina y jurisprudencia la de crear sobre estas bases una postura más próxima o alejada a la que concibe el arbitraje como una suerte de jurisdicción. Para conseguir tales cambios, la Ley introdujo las siguientes líneas rectoras:

En primer lugar, se observa, por contraposición al sistema anterior, una pronunciada flexibilización y sencillez en las formas requeridas para acudir a esta institución; bajo el principio de libertad formal se reducen las exigencias en la constitución del convenio arbitral, se declara la separabilidad de la validez y eficacia de este acuerdo de arbitraje y el contrato principal y se asegura en la constitución del convenio una situación de equilibrio entre las partes, so pena de nulidad. Con ello se lograba una dinamización del acuerdo que debía dar lugar al nacimiento de la institución arbitral a través de la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de adhesión.

Igualmente se delimitó el alcance del objeto de un convenio arbitral, deslindando la institución de figuras afines pero de diferente naturaleza y se acabó con la distinción entre contrato preliminar de arbitraje y el compromiso que establecía la Ley anterior, reconociéndose la posibilidad de pactar arbitrajes sobre cuestiones futuras. Junto a esto, se establecía facilidades, para los individuos que pretendían deferir el nombramiento del árbitro a un tercero o la gestión en general de la constitución y el procedimiento arbitrales, recogiendo con ello las pretensiones de las Cámaras de Comercio de crear arbitrajes institucionales y sus correspondientes reglamentos, donde se aseguraran un amplio margen de actuación.

Por lo que a los árbitros se hacía referencia, se creaba un régimen bastante similar al que se encontraban sometidos los jueces, tanto en materia de incompatibilidades, abstención y recusación, derechos y deberes, salvando

siempre las características irreconciliables de uno y otro. Especial transcendencia tiene la responsabilidad a la que se les sometió a partir del momento en el que aceptaban el cargo, con el fin de afianzar en mayor medida la confianza de los ciudadanos en la institución. Tal idea de responsabilidad se hacía extensible a los arbitrajes institucionales y a la mala gestión que a éstos se les pudiera imputar.

Haciendo gala de la simplicidad que pretendía impregnarle a la institución, el legislador creó un procedimiento basado en la autonomía de la voluntad, salvando esos mínimos sin los cuales se entendía que no podía haber proceso ni actividad procesal de tal tipo. Para ello, aseguró la igualdad, contradicción y audiencia y determinadas fases procedimentales, remitiendo, en la medida que fuera conveniente y posible, a las normas de proceso civil. Igualmente, se establecieron unas normas de Derecho Internacional Privado con el fin de evitar fugas del Derecho en ciertas relaciones internacionales.

De especial importancia es la intervención jurisdiccional diseñada por la Ley. El juez pasó a ser un verdadero complemento para la actividad arbitral, sin habilitar vías de posible encauce de abusos, ante la desconfianza que en el momento tenía la judicatura por la institución. De esta forma, se aseguraba el éxito del arbitraje desde una doble óptica. Por un lado, al garantizar la formalización judicial del mismo y el consecuente nombramiento de árbitros; por otro, en materia de prueba e impugnación. Sin embargo, quedaba en el aire la posibilidad de acudir ante éste para la tutela cautelar y, ante el silencio del legislador, se tenía que sujetar a la fase de anulación, por lo que quedaba limitada la tutela declarativa arbitral.

Coherentemente con la postura mixta mantenida por el legislador en torno a la naturaleza del arbitraje, creó un recurso de anulación del mismo, tasado y basado en motivos formales, otorgando la competencia para conocer del recurso a la Audiencia Provincial. A tenor de la *Exposición de Motivos* «es ésta una solución ecléctica entre (la Ley de 1953), cuyo conocimiento se atribuye al

Tribunal Supremo, como si se tratara de una sentencia judicial, y los que postulan que, siendo el laudo una decisión puramente privada, su anulación debería incumbir a los Juzgados de Primera Instancia».

Por último, la Ley remitía la fase ejecutiva, casi en su totalidad, a las normas procesales civiles, estableciendo ciertos mínimos especiales que, antes bien, dificultaron la consecución de una verdadera ejecución del laudo. Nos referimos al traslado de la demanda al ejecutado. Por su parte, al no regularse una posible ejecución provisional, se estableció a tal efecto la adopción de medidas cautelares, previo recurso del laudo. Sin embargo, si se trataba de un laudo extranjero, el régimen era completamente distinto, previo *exequatur*, y ante los Juzgados de Primera Instancia.

Sin duda alguna, el avance fue notable, pero el mayor éxito de la Ley se derivó del reconocimiento que se hacía de los arbitrajes especiales, logro con el tiempo confirmado por las estadísticas.

B. Arbitrajes especiales

El legislador, consciente de que ciertas materias requieren, por un lado, de una protección muy rápida pues, de otra forma, carecería de efectividad la tutela y, por otro, de que su disponibilidad les hacía especialmente susceptibles de beneficiarse de las ventajas del arbitraje, reconoció, a través de la Disposición Adicional Primera de la Ley de Arbitraje de 1988, cuatro arbitrajes especiales, a saber, para los consumidores, la propiedad intelectual, los transportes terrestres y el seguro privado. En ella se estableció su supletoriedad y, haciendo gala de un ánimo de simplicidad en su desarrollo, declaró expresamente la no necesidad de protocolización notarial del laudo, así como su gratuidad.

Se trata de una relación entre ley especial y ley general, donde se deja paso a unos procesos especiales, sobre materias en las que aparece el elemento público. Es decir, con el reconocimiento de estos arbitrajes se daba inicio a una

nueva etapa en el arbitraje, donde se le dotaba de un cierto protagonismo a la Administración. En ellos se tiende a que, a la hora de determinar el tribunal arbitral, el presidente del mismo sea un miembro de la Administración y los otros dos sean representantes de las partes en conflicto. Se intenta lograr que estas fórmulas alternativas también funcionen en este tipo de conflictos privados pero de cierta intervención pública, teniendo en consideración, que una excesiva intervención de la Administración podría quebrar la propia esencia del arbitraje. Unas veces, la Administración representa y defiende unos intereses de un consumidor o de un transportista. Otras veces, es la sede de la celebración de los mismos a través del ministerio. Lo que parece indudable, es que, por un lado, ha pretendido dotar de garantías de seguridad a dichas fórmulas y, por otro, se marca una nueva tendencia de apertura del mercado de los arbitrajes voluntarios a la Administración¹²⁶.

a. El Arbitraje en materia de consumo (Art. 34 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Se trata éste de un arbitraje que ha recibido una exitosa acogida¹²⁷. Responde a un cambio de mentalidad en la sociedad, donde el consumidor pasa a desempeñar un papel primordial y cualquier regulación, bien de derecho material o de Derecho Procesal, que pusiera en tela de juicio los intereses del mismo resultaría inconstitucional.

De este modo las notas, a nuestro parecer más relevantes son las siguientes:

a) El art.51 de la Constitución Española establece que los poderes públicos garantizan la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Asimismo, promoverán su información y educación,

¹²⁶ PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo. Parte General*, 1, Madrid, 1989, pág. 376

¹²⁷ QUINTANA CARLO/ BONET NAVARRO/ MUERZA ESPARZA/ CARPI PÉREZ, *El sistema arbitral de consumo*, Aranzadi, 1997.

fomentarán sus organizaciones y las oirán en las cuestiones que puedan afectarles. Dicho mandato se reafirma en el art.53.3 del mismo cuerpo cuando reconoce que el respeto y protección de estos intereses informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. En conclusión, la citada Ley es el fruto del desarrollo del mandato constitucional de protección al consumidor.

Para la redacción de la Ley General de Consumidores y Usuarios, también se han contemplado los principios y directrices provenientes de la Unión Europea, que fomentan la protección de los consumidores y usuarios, reconociéndoles para su defensa el uso de unos mecanismos que «no excluyen ni suplantán otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene, salud pública y ordenación de la producción y comercio" (Exp. Mot. Pfo.20).

De la lectura de dicha Exposición se desprende una verdadera y firme voluntad de protección efectiva de este colectivo. De modo expreso y enumerativo se reconocen como objetivos perseguidos por la Ley: 1. Establecer un procedimiento eficaz; 2. Disponer de un marco legal adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en este campo; 3. Reconocimiento de los derechos y deberes que configuran la defensa de los consumidores y usuarios frente a los poderes públicos «en el marco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional».

b) Se reconoce en materia de consumo la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para representar y defender a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios (art.20 LGDCU).

Este protagonismo de las asociaciones de consumidores se ve incrementado con el desarrollo legal posterior. Conforme el mandato previsto en el artículo 31 de la citada Ley, y «previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral, fruto del cual aparece el RD 3 de mayo de 1993, regulador del sistema arbitral de consumo. También incrementa su importancia en lo que se refiere al proceso arbitral, puesto que éstas representan a los consumidores (art.5 del citado RD), pero también se les reconoce que podrán formar parte o participar en la designación del representante de la parte consumidora a la hora de constituir el colegio arbitral (art.11 del RD).

e) Con posterioridad, en la Ley de Arbitraje de 1988, en su Disposición Adicional segunda, se introduce un párrafo que pasará a completar la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984. Allí, se exige claridad a la hora de crear el convenio arbitral, de modo que la falta de ésta podrá acarrear la nulidad del mismo, pero nunca la del contrato principal, y viceversa. Según se desprende del espíritu de la Ley de 1988 existe una desvinculación total entre los contratos que se dan en el tráfico jurídico y los convenios arbitrales, y ello es fruto de esa voluntad del legislador de respetar la libertad de las partes, las cuales, haciendo uso de la misma, deciden someter sus futuras o presentes controversias a esta fórmula legal y efectiva de resolución de controversias. Consecuencia de ello, tuvo que adherirse este párrafo a la Ley de 1984, la cual todavía se había gestado durante la vigencia de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953.

Se entiende, pues, que años más tarde, en el RD de 3 de mayo de 1993, núm. 636/1993, regulador del sistema arbitral de consumo, todavía se haga mención a los obstáculos que suponía la Ley de 1953. A partir de esta fecha, la Ley de Arbitraje de 1988 pasa a ser supletoria respecto del citado RD en todo aspecto arbitral que allí no se disponga (art.1 RD).

d) Si bien las Juntas Arbitrales de consumo surgieron, según la afirmación que se desprende de la Exposición de Motivos del Real Decreto, párrafo tercero, con carácter experimental, el éxito de las mismas supuso su extensión en todo el territorio nacional. Primero en el ámbito municipal se crearon las Juntas Arbitrales de Madrid, de Valladolid y de Badalona. Con posterioridad se expandió el proyecto al ámbito de las Comunidades Autónomas, donde se elaboró un borrador de Reglamento conocido en el ámbito del consumo con el sobrenombre de Reglamento de Culera¹²⁸.

Durante un tiempo se planteó la duda sobre la naturaleza jurídica de estas Juntas Arbitrales, llegándose a preguntar la doctrina si estábamos ante un órgano administrativo. Pero tras el RD de 1993 y a la luz de las funciones atribuidas a éstas en el artículo 4 del mismo texto, se llegó al convencimiento de que la labor de dichas Juntas es meramente de gestión, de modo que, en ningún caso, son ellas quienes emiten el laudo arbitral, cerrándose así pues la etapa de las clásicas diatribas sobre la naturaleza del órgano administrativo que dicta un laudo arbitral en materia de consumo.

El art.31 de LGCU, se constituye como una extensión del derecho a la tutela, en este caso, arbitral, y sin perjuicio del derecho que le asiste a las partes a optar por una protección administrativa y/o judicial, de acuerdo con lo establecido en el art.24 de la CE.

b. El Arbitraje en materia de Transportes Terrestres, conforme a la Ley 16/1987, de 30 de julio de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE 31 de julio 1987).

La LOTT realiza una ordenación del transporte terrestre en su conjunto y reconoce en su Título I, Capítulo VIII, la existencia de unas Juntas Arbitrales de Transporte, que vienen a sustituir a las antiguas Juntas de Detasas.

¹²⁸ En este sentido podemos ver a BADENAS CARPIO, Sistema Arbitral de Reclamaciones de

En la actualidad se encuentra desarrollado en el RD 1211/1990, de 28 de septiembre, regulador de tales juntas, donde se le atribuye «no sólo funciones de arbitraje, para las cuales se regula un procedimiento sumario, sino otras referentes a la información sobre condiciones del cumplimiento de los contratos y depósito, subasta y peritación de las mercancías. Se trata (...) de establecer las reglas complementarias necesarias para la solución de los problemas propios del contrato de transporte en la época actual». Igualmente se debe tener en consideración la regulación que se les dé en el ámbito autonómico.

Las funciones que le corresponden a las Juntas Arbitrales pueden agruparse en 4 grupos, funciones que van más allá de lo que puede ser el arbitraje como fórmula heterocompositiva. Estas son las siguientes: resolver controversias de carácter mercantil surgidas en relación con los contratos; informar sobre las condiciones de cumplimiento de los contratos, cláusulas de los mismos y tarifas aplicables; actuar como depositarias realizando, en su caso, la enajenación de mercancías no retiradas o cuyos portes no hayan sido pagados; por último, también se le atribuyen funciones de peritación. Como vemos, su campo de actuación es mayor pero desvirtúa la naturaleza de la función propia del arbitraje.

Las notas que en mayor medida caracterizan al dicho arbitraje son las siguientes:

a) Las citadas juntas están compuestas por miembros de la Administración, representantes de las empresas de transporte y representantes de los cargadores y usuarios. Son éstas mismas las que decidirán con los efectos previstos en la legislación general sobre arbitraje en torno a las controversias susceptibles de ser sometidas al arbitraje y cuantas atribuciones le sean confiadas.

Como vemos la intervención del Ministerio en este arbitraje es patente, y va más allá de lo que ocurría en el arbitraje de consumo, en el que dicha intervención estaba más bien dirigida a la administración del mismo que a su celebración. No sólo se limita a la intervención de la Administración en la junta arbitral, sino que todos los conflictos que pudieran surgir a su vez entre éstas, se resolverán por la Dirección General de Transportes Terrestres.

Debe observarse que este intervencionismo estatal no se limita, tan sólo, a aquellos puntos que tienen que ver con el arbitraje, sino que, en general, del tenor de la Ley se desprende esa necesidad de que se regulen las condiciones generales y obligaciones que deben cumplir los usuarios. Por tanto es la Administración y no las empresas de transportes quienes regulan las relaciones entre éstos, siguiendo lo dispuesto en el artículo 10.3 de la LGCU, las cuales estarán sometidas a la vigilancia y control de las Administraciones Públicas competentes, bajo pena de nulidad de las cláusulas que no cumplan dicho requisito.

b) Las juntas arbitrales decidirán, con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, las controversias que, en general, puedan surgir en materia de transporte terrestre y, en especial, la Ley determina la obligación de someter a arbitraje (salvo pacto expreso) los conflictos derivados de los contratos cuya cuantía no exceda de 500.000 pesetas (art.38.2.1).

Sin embargo, la STC 174/1995, de 23 de noviembre, declaró inconstitucional el presente párrafo de la Ley 16/1987 de ordenación de transportes terrestres, por violar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 en relación con el 117.3 CE al haberse establecido un arbitraje forzoso. De esta forma, todas las partes podrán pactar el sometimiento al arbitraje allí previsto cualquiera que sea la cuantía de la controversia, desapareciendo la presunción *ope legis* de existencia de pacto o convenio de sumisión al arbitraje

cuando la controversia es de escasa cuantía (500.000 pesetas). Junto a esto, el TC se ha pronunciado posteriormente en amparo¹²⁹, reafirmando en lo dicho.

Con anterioridad al pronunciamiento del TC, nos encontrábamos ante un pacto de adhesión. Era la LOTT la que presuntamente determinaba que las partes se sometían al arbitraje, salvo cuando expresaran lo contrario, y siempre entendido bajo el límite de 500.000 pesetas. El contrato de transporte actuaba en este sentido de contrato de adhesión: era suficiente con pactar un transporte para que las partes debieran someter sus controversias a las juntas arbitrales de Transportes. Por supuesto. Ahora, nada de esto es válido. Así se confirma tras la modificación de este art. 38 LOTT por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas y de orden social (BOE 31 diciembre), de donde se deriva una presunción legal de sometimiento a arbitraje de consumo en todos los contratos celebrados entre transportista y consumidor, «presunción que solo se destruirá cuando una de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra de dicho sometimiento»¹³⁰.

d) «Si el convenio arbitral se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión -independientemente de la cuantía del conflicto que pueda surgir-, la validez de este pacto y su interpretación se acomodarán a lo previsto por las disposiciones en vigor respecto de estas modalidades de contratación» (art.5.2 LA). Se entiende, pues, que se debe salvar este convenio arbitral fijado en un contrato de adhesión, pero siempre y cuando se cumplan los requisitos para la validez de los mismos y, sobre todo, bajo la exigencia de que sean claros y explícitos.

También debemos tener en cuenta el mandato de la disposición adicional segunda, párrafo segundo de la LA de 1988, por el que se añade un nuevo párrafo al art.10.1 de la LGDCU. Es decir, en cuanto que también el transporte es un acto

¹²⁹ 75/1996, de 30 de abril de 1996. BOE núm.132.

¹³⁰ QUINTANA CARLO, I., (junto a otros), *Sistema arbitral de consumo*, Aranzadi, 1997, pág. 40.

de consumo le es de aplicación toda las exigencias relativas a la promoción de ventas o servicios desarrollados en el citado artículo 10.1, por el hecho de tratarse de contratos normado¹³¹.

c. El Arbitraje en materia de Seguros (Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, BOE 9 de noviembre de 1995).

La presente Ley ha sustituido a la antigua Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado (artículo 34) y su Real Decreto 1348/1985, de 1 de agosto, por el que se aprobaba el Reglamento de Ordenación del Seguro Privado para desarrollo y ejecución de la citada Ley.

Las características que nos parecen de mayor relevancia en relación al arbitraje en esta materia, se reducen a dos puntos:

a) En la derogada Ley, la tramitación del arbitraje se ajustaba a lo prevenido en la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953, y así se le reconocían expresamente, como ha hecho el legislador en todas las leyes de arbitrajes especiales, los efectos de firmeza y de ejecutividad.

Durante el lapso de tiempo que se da hasta que aparece la nueva Ley, se aplicó, naturalmente, la Ley de Arbitraje de 1988. Con la actual Ley el procedimiento arbitral establecido remite a lo dispuesto en el artículo 31 de la LGDCU y al RD de 1993 que la desarrolla; en segundo término, se posibilita la sumisión de las controversias que surjan en materia de su libre disposición a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje de 1988.

¹³¹ Por tal se entiende los casos en que los contratantes sólo pueden establecer sus pactos o condiciones en relación a ciertas limitaciones que impone la ley.

b) Se entiende que la protección del asegurado se haya contemplado como un acto de consumo y que, por tanto, a la vista de la experiencia adquirida en la última Ley de Ordenación de Seguro Privado, se haya permitido -según reza la propia Exposición de Motivos de la reciente Ley- depurar las instituciones que tienden a la protección del mismo, remitiendo el citado art. 61 el mecanismo arbitral «sui generis» al de la Ley General para la Defensa de consumidores y usuarios, el cual, afortunadamente, ya se encuentra desarrollado por el Gobierno. Junto a ésta, se han introducido otras muchas novedades relativas a la protección del asegurado.

Así pues, esta doble posibilidad, bajo nuestro parecer, se puede interpretar del siguiente modo. Para todas aquellas controversias en las que el asegurado haya realizado un claro acto de consumo y se haya sometido a las condiciones determinadas en los artículos 5 y siguientes del RD 636/1993, de 3 de mayo, regulador del sistema arbitral de consumo, podrá acudir a éste último. Por el contrario, todos aquellos aspectos que voluntariamente decidan las partes no asociar al objeto del arbitraje de consumo, pero que sean sometidos a la vía arbitral, quedarán regidos por la Ley de Arbitraje de 1988. Dependerá ahora de lo que se entienda por acto de consumo para poder acceder a una vía u otra.

d. El Arbitraje en materia de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, de Propiedad Intelectual).

La existencia de este arbitraje especial fue fruto de la Ley de arbitraje de 1988, pues un año después, el RD 479/1989, de 5 de mayo, desarrolló la composición y procedimiento de actuación de la Comisión Arbitral de Propiedad Intelectual. Con posterioridad y, debido a las directrices europeas (Ley 28/1995, de 11 de octubre), pasó a cambiar su nomenclatura y funciones, al ejercer también una labor mediadora. A los capítulos siguientes nos remitimos.

e. Otros arbitrajes

Conscientes de que la expansión del arbitraje es impredecible y, que desde la misma Ley de 1988, se ha fomentado tal apertura, debemos hacer una aproximación no taxativa hacia aquellos otros arbitrajes posibles.

Excluimos de nuestro objeto de estudio las figuras del arbitraje laboral¹³² y el testamentario¹³³. En relación con el primero, por la razón de que, expresamente, el artículo 2.2 LA lo considera fuera de su objeto, por lo que no le es de aplicación la Ley 36/1988 que ahora estudiamos. Por lo que se refiere al arbitraje testamentario, mencionado en el artículo 7 LA, lo excluimos también, al ser un arbitraje de objeto tan específico, y en cierta medida forzosa para las partes, por la razón de que, aunque el testador sea libre para decidir que sus herederos resuelvan sus posibles controversias por este cauce, para éstos últimos resulta obligatoria la sumisión de sus conflictos a esta fórmula.

1. Arbitraje cooperativo

De la lectura del artículo 163.1 de la Ley General de Cooperativas es posible concluir que nos encontramos ante un arbitraje especial, a pesar de su falta de mención en la citada D.A. de la Ley de 1988. Salvo la especialidades que a continuación se verán, el arbitraje cooperativo se regirá por las disposiciones del "arbitraje de Derecho Privado".

Las peculiaridades que rodean a este tipo de arbitraje las podemos sistematizar en dos. En primer lugar, por los diferentes vínculos o relaciones que pueden unir a estas cooperativas, a sus socios o asociados -e incluso a las personas unidas por cualquier tipo de relación eventual o por la pertenencia a un gremio- y, en segundo término, por ser un arbitraje administrado por el Consejo

¹³² Regulado por el RD-1, de 26 de enero de 1979 (BOE 6 de febrero) por el que se creó el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación y a él se debía someter el arbitraje. Con posterioridad, en el RD 8 abril de 1985 (BOE 12 de abril) se suprimió el Instituto pero la actividad arbitral que éste llevaba a cabo pasó a la Dirección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

¹³³ Resulta convincentes en todo punto el estudio que al respecto ha realizado, ALBALADEJO, M., en «El arbitraje testamentario», *Actualidad civil*, 1990, VI, págs. 77 y ss.

Superior de Cooperativas, cuyo origen se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes (art.163.1.a) o por venir instituido por sentencia judicial (art.163.11) en virtud de una cláusula compromisoria determinada por los Estatutos de la Cooperativa o fuera de éstos¹³⁴.

Por lo que se refiere a la Ley 11/1985, de Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Valencia, de 25 de octubre, modificada por Ley 3/1995, de 2 de marzo, también hace mención del arbitraje. En su artículo 108 se desarrolla la función arbitral que lleva a cabo el Consejo Valenciano de Cooperativismo. Junto a las funciones de conciliación que allí mismo se le atribuyen, se encuentra la capacidad de dictar laudos arbitrales, ejecutorios y productores de los efectos propios de sentencias judiciales, siempre y cuando las partes se hubieran sometido a un convenio arbitral en virtud de una cláusula inserta en los estatutos sociales de las cooperativas o fuera de éstos.

Por último, existe en este tipo de arbitraje un matiz que le hace especial e irreconciliable en ese punto respecto de la Ley de Arbitraje. Nos referimos a la no necesidad de que el árbitro sea un abogado en ejercicio, sino simplemente licenciado en derecho experto en cooperativas. Y es más. Cuando el arbitraje sea de equidad podrán emitir y firmar el laudo, en nombre del Consejo, miembros de éste que no sean juristas.

2. Arbitraje en materia de arrendamientos urbanos

En la reciente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos también se ha hecho eco de la fórmula heterocompositiva que ahora nos atiende. En el artículo 39 de la citada Ley reconoce que las partes podrán pactar

¹³⁴ Lo importante entre estas personas es que exista una relación jurídica determinada, aunque la controversia no lo esté, pues ese vínculo que las une podrá dar lugar a un arbitraje cooperativo, vid. FERNANDEZ LÓPEZ, (y DE LA OLIVA), Derecho Procesal civil, *op.cit.*, págs. 445 y ss.; En este sentido vid. MUÑOZ SABATÉ, en «La sumisión arbitral para agremiados o en caso de relaciones eventuales», en La Ley, 1990, num.2479, págs. 1043 y ss. y MUÑOZ SABATÉ, en «La sumisión arbitral para agremiados o en caso de relaciones eventuales», en La Ley, 1990, num.2479, págs. 1043

el sometimiento de los litigios a los tribunales arbitrales, de conformidad con lo establecido en la Ley 36/1988, de 5 diciembre.

Consecuente con dicha afirmación, encontramos la modificación de la Ley de Arbitraje introducida en la Ley de Arrendamientos Urbanos en su Disposición Adicional séptima. De este modo se introduce un nuevo párrafo en el artículo 30 LA, por el que en los procedimientos arbitrales que traigan causa de contratos sometidos al régimen jurídico de la Ley de Arrendamientos Urbanos, a falta de pacto expreso de las partes, los árbitros deberán dictar el laudo en el término de tres meses. A partir de aquí, la remisión a la Ley de 1988 es absoluta. Con esto se abre una nueva etapa para la jurisprudencia y la doctrina en este campo del arbitraje¹³⁵. Ahora ya no habrá más dudas sobre su susceptibilidad de ser objeto de arbitraje.

III. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA INSTITUCIÓN EN EL PRESENTE

1. Introducción

Existe una dificultad a la hora de catalogar ciertos elementos de esta institución, pues los términos que se consideran «adecuados» o acordes al fundamento que en tal figura reconocemos, tradicionalmente, se encuentran asignados al sistema jurisdiccional del Poder Judicial, y se les ha asignado, por tanto, muchas notas que, en nuestra opinión, las entendemos irreconciliables con el sistema arbitral. Por tanto, de afirmar que los árbitros también desempeñan «función jurisdiccional» o, en su caso, en los términos del Tribunal Constitucional, que su actividad es «cuasi-jurisdiccional», se hace necesario diferenciar qué elementos configuran la jurisdiccionalidad de la función que

¹³⁵ La jurisprudencia al respecto ha sido tradicionalmente controvertida; en ambos sentidos vid. STS de 3 mayo 1961, 1 de abril de 1987 y 21 de noviembre de 1989. En lo que respecta a la doctrina, vid. NAVARRO LORENTE, «El sistema arbitral de consumo», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1993, págs. 59 y ss.

desarrollan jueces y magistrados para comprobar qué le diferencia del arbitraje y averiguar en qué reside precisamente ese “cuasi”.

Somos conscientes de la innecesariedad del tratamiento de este concepto «jurisdicción» en relación con el arbitraje. Si afirmáramos que el arbitraje es una fórmula extrajurisdiccional de resolución de conflictos, podríamos darnos por satisfechos al encontrar su razón de ser justificada en la base constitucional y, al ser extrajurisdiccional, no habría lugar a solapamientos conceptuales. Pero creemos útil el análisis del concepto jurisdicción desde una perspectiva no liberal pues, solo en tal sentido, es asimilable a la función declarativa de los jueces y porque, a través de él, se confirma la superación de las teorías contractualistas y se cierran las expectativas de los partidarios de la jurisdiccionalista.

Se debe tener en consideración, entonces, las repercusiones que, afirmaciones de tal tipo, pueden tener en los otros dos elementos que forman la denominada «trilogía estructural»¹³⁶ del derecho jurisdiccional. Con estas palabras no pretendemos justificar que su utilización debiera suponer una asimilación en cuanto a la naturaleza de tales preceptos, sino que, nos mostramos partidarios de mantener separados sus fundamentos; sin embargo, en cuanto que arbitraje y jurisdicción tienen su origen en una misma rama -la heterocomposición-, gozan inevitablemente de numerosas similitudes. Ésta va a ser precisamente la clave de nuestro estudio. Para ello, vamos a centrarnos en la situación actual y el respaldo constitucional que recibe tal institución como fórmula tripartita y heterocompositiva. Si esto es así, deberemos replantearnos la institución arbitral como una verdadera figura autónoma, con entidad propia

¹³⁶ PODETTI, R., «Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil», *Revista de Derecho Procesal Argentino*, 1944, I, pág. 112 (citado por GONZÁLEZ MONTES, J.L., *Instituciones de Derecho Procesal*, Parte general, Tomo I, pág. 15); ALLORIO, E., «Reflexiones sobre el desenvolvimiento de la ciencia procesal», *Problemas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1963; ALCALÁ-ZAMORA, N., «Notas relativas al concepto de Jurisdicción», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1972, pág. 478 y ss.; sobre la importancia del elemento Jurisdicción, PEDRAZ, PENALVA, E., «La jurisdicción en la teoría de separación de poderes de Montesquieu», *Revista Ib.DPr*, 1976, págs. 921 y ss.

frente a la misma jurisdicción del Estado y sólo asimilable a ella en la medida en que proceden de un mismo tronco.

No nos atrevemos a afirmar hacia dónde apunta tal evolución -o tal vez utilizando los términos de DE LA OLIVA podría tratarse de una «involución»- pero lo que resulta innegable es la presencia en nuestra sociedad de un proceso imparable de nuevas fórmulas de resolución de conflictos¹³⁷, resultado de la imparable globalización vigente en la sociedad. Si la función jurisdiccional del Estado ya ha sido definida y delimitada por la disciplina del Derecho Jurisdiccional, le corresponde ahora el desarrollo de esta otra forma de heterocomposición pergeñada por la Constitución. Nos encontramos, pues, en los albores de una nueva etapa.

2. Perspectiva constitucional del arbitraje

Del texto constitucional no se deriva ningún reconocimiento expreso de un derecho a solventar las controversias mediante el uso del arbitraje, pero ello no significa que no pueda tener base suficiente donde fundamentarse. El art.24 de nuestra Carta Fundamental sólo hace referencia a la tutela *judicial* efectiva y tal derecho resulta irrenunciable, según confirma la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje. Allí mismo, el legislador diseñó el entramado constitucional que debía fundamentar y, acorde con las nuevas tendencias de la ADR, estableció una obligación de futuro para el Estado destinada a «*facilitar un cauce sencillo y económico para la eliminación de los conflictos mediante el uso de su libertad por parte de los ciudadanos, garantizando al mismo tiempo, que el sistema que se instaure es igualitario*». Se trata –continúa el preámbulo de la LA-, de remover, conforme ordena el artículo 9 de la Constitución, los obstáculos que dificulten o impidan la libertad y la igualdad del individuo de los grupos en que se integra» (la cursiva es mía).

¹³⁷ DE LA OLIVA, A., *Derecho Procesal Civil*, Ramón Areces, 1993, pág. 25.

A. El fundamento constitucional

Afirmar en la actualidad que España es un Estado social y democrático de Derecho implica, de un lado, negar la idea de poder ilimitado, al igual que la de un intervencionismo estatal que no tenga una función social, y de otro, supone aceptar la configuración de la ley como expresión de la voluntad popular, con el consecuente compromiso público de legislar y fomentar esos valores considerados como superiores del ordenamiento jurídico. La presente situación no se hubiera alcanzado sin la correspondiente sumisión del poder real al Derecho, a la libertad del individuo y a su derecho a la propiedad privada^{138 139}.

Desde 1978, constitucionalmente, el Estado ha asumido la obligación de crear las condiciones necesarias para asegurar la libertad, igualdad y justicia social¹⁴⁰.

¹³⁸ Vid. a este respecto GARRIDO FALLA, F., (CAZORLA, L./ENTRENA, R./GÁLVEZ, F./RECORDER, E./SANTAMARÍA, J./ SANTAOLALLA, F./SERRANO, J.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1985, págs. 24-29.

¹³⁹ Remontándonos a los postulados de Cádiz se observa que, ya en aquel momento, abrieron una nueva etapa para el arbitraje, al reconocer un derecho fundamental a la tutela arbitral, por la razón de que no se confiaba en un poder judicial. El arbitraje se concibió, por tanto, como la máxima expresión de la libertad del hombre y de su disponibilidad sobre sus derechos.

Así, afirma la Constitución doceañista en su art.280 que «No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes» (arts.281,282, 283, 284).

¹⁴⁰ Art. 1.1 «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

Art. 9.2 «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Art. 33.1 «Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social (...)».

Art.53.1 «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art.161.1.a)».

Art.14 «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón del nacimiento, raza, sexo religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Art.117.3 «El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan».

Cualquier desarrollo legal de esta norma programática deberá velar por la opción política por la que se decantó el constituyente al promulgar la Constitución; por esta razón consideramos que, el hecho de que el legislador haya regulado en 1988 la Ley de Arbitraje *no constituye una opción libre del mismo*, sino que obedece a ese compromiso que adquirió con anterioridad, al configurar la forma de Estado que pretendía crear. Fruto de éste, nace la Ley de Arbitraje.

Para crear esta Ley, el legislador se basó en el respeto de los denominados valores superiores del ordenamiento jurídico establecidos en el art.1.1 CE¹⁴¹, es decir, la libertad e igualdad, dando respuesta al mandato del artículo 9.2 del mismo cuerpo, dirigido a obligar a los poderes públicos a hacer efectivos tales principios programáticos y a promover las condiciones necesarias para que se hagan realidad, removiendo los obstáculos que dificulten la plenitud de estos dos principios en abstracto. Pero no acaba aquí el entramado constitucional que sostiene y afecta al arbitraje.

De nada sirve un reconocimiento de libertad en el hombre si su facultad dispositiva se encuentra sujeta a injustificadas limitaciones. El artículo 33.1 es una forma de plasmar la libertad, al reconocerle el derecho a la propiedad privada¹⁴², dentro de una economía de libre mercado (art.38 CE). El legislador

¹⁴¹ PAREJO ALFONSO, L., «Constitución y valores del ordenamiento jurídico», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo I, Civitas, 1991, págs. 29 y ss., confirma que «el artículo 1.1 no tiene y, por tanto, no contiene más que la caracterización – única- del Estado, sólo que realizada desde la doble vertiente o imagen especular de éste como poder (Estado social y democrático de Derecho) y como ordenamiento (el creado por aquel según un orden de valores) (pág. 47).

¹⁴² En relación a este concepto véase DÍEZ-PICAZO, L., « Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», *Estudios sobre la Constitución Española...*, *op.cit.*, tomo II, págs. 1263 y ss. Allí se refleja la relación existente entre la libertad y la propiedad privada en la medida que ésta «sirve a la dignidad y libertad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, por una parte, y al reconocimiento de los sujetos jurídicos como sujetos de iniciativa económica y como agentes de un proceso económico inserto en lo que se llama la economía libre de mercado».

Indudablemente, tal reconocimiento se trata de una expresión de libertad. Ya lo afirmaba FENECH, M., (CARRERAS, J.), *Estudios de Derecho Procesal*, *op.cit.*, pág. 435 y DÍEZ-PICAZO, L., « Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», 435 al argumentar que «El derecho como facultad, corresponde a la esfera de la libertad; el deber, por el contrario, entraña necesidad».

cumple con su obligación, al reconocerle esa plena disponibilidad, «sin que pueda ser privado de sus bienes y derechos sino por razones de utilidad pública» (art.33); tal facultad le permite no sólo disponer materialmente de ellos, sino también elegir la forma en la que pretende su restablecimiento para los supuestos de perturbación en su título. Pero tal reconocimiento ha llegado más lejos al confirmar, a través de los arts. 51 y 54 de la CE que, verdaderamente, existe cobertura para exigir «la plena satisfacción de los intereses legítimos de los justiciables, incluso a través de procedimientos que implican la potenciación de los equivalentes»¹⁴³. Existe, por tanto, base constitucional para hacer uso de aquellas fórmulas basadas en la autonomía de la voluntad.

Debido a esta obligación pública, el Capítulo IV de la Norma Fundamental reconoce una serie de garantías específicas a favor de dichos derechos, como son la de exigir su regulación por Ley y la de ser susceptibles de recurso de inconstitucionalidad (art.53.1)¹⁴⁴. Si no se tratara ésta de una obligación para el Estado, y su incumplimiento no gozara de consecuencias de orden jurídico, conforme acontece con los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III de la CE¹⁴⁵, no se hubiera hecho necesaria la Ley de Arbitraje, ni la argumentación que en torno a su constitucionalidad se viene realizando.

Para entender tal mandato, baste ponerlo en relación al Art.1255 Cc. «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarias a la Ley, la moral y al orden público».

¹⁴³ BARONA VILAR, S., *La solución extrajudicial de conflictos*, Tirant Lo Blanch, 1999, pág. 169.

¹⁴⁴ Díez-Picazo, L., « Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», *op.cit.*, pág. 1261, aclara que «el artículo 53 de la Constitución dice que todos los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I vinculan a todos los poderes públicos y que sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 165.1.a). El Capítulo II del Título I no está sólo constituido por la Sección Primera (arts.15-29), denominados genéricamente derechos fundamentales y libertades públicas, sino también por los llamados «derechos y deberes de los ciudadanos», recogidos en los artículos 30-38».

¹⁴⁵ GARRIDO FALLA, F., *op.cit.*, pág. 28, cuando confirma que frente al Capítulo II, cuyas normas se constituyen como perfectas «hasta el punto de que su tutela puede recabarse directamente de los Tribunales de Justicia y contra posteriores leyes que los restrinjan podrá utilizarse, en su caso, el recurso de inconstitucionalidad. En cambio, los preceptos que se contienen en el Capítulo III del propio Título I, que configuran el Estado social, son por su estructura normas jurídicas imperfectas: en el mejor de los casos contienen un mandato al legislador que, de ser desobedecido, no entraña consecuencias jurídicas

Con carácter colateral, el legislador ha pretendido basar el sistema arbitral en el principio de igualdad. Respondiendo a esos mismos postulados que caracterizan a nuestro Estado, el constituyente consideró a la igualdad como valor superior de nuestro ordenamiento y sometió a los poderes públicos a la obligación de «promover las condiciones para que» tal principio también se hiciera real (art.9.2 CE). Obviamente, el verdadero fundamento del arbitraje se halla en la libertad y autonomía de la voluntad, pero debemos reconocer siempre presente este principio de igualdad¹⁴⁶. De un lado, se trata de un mandato concreto dirigido al legislador a la hora de regular la Ley de Arbitraje, requisito que sobradamente cumplió al crear un procedimiento equilibrado en el que las partes gozan de igualdad de armas y oportunidades. Por su lado, el ciudadano goza de garantía, tanto en el momento de creación del convenio (art.9.3 LA) como durante todo el *iter* procedimental (art.21 LA), so pena de nulidad de todo lo actuado. La igualdad se constituirá como un derecho fundamental cristalizado en un proceso, en cuanto principio natural del mismo¹⁴⁷.

Resta aludir a la compatibilidad existente entre el artículo 117.3 CE y el arbitraje. La Constitución encarga, con exclusividad, la función declarativa, ejecutiva y cautelar a los jueces y magistrados¹⁴⁸. «Sería inconstitucional que un

(...). Precisamente por ésto, y después de advertir que estos principios «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», el art.53.3 añade que «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». No son normas jurídicas directamente aplicables».

¹⁴⁶ Así se menciona en la STC 174/1995, de 23 de noviembre, aunque no constituye fundamento de la misma.

¹⁴⁷ Es en torno a este punto cuando surge una cuestión decisiva: ¿en cuanto se trata de un derecho fundamental (Título I, Capítulo I, Sección Primera) podría ser tutelable en amparo?. Aunque esta no es la sede oportuna para dar tratamiento a esta cuestión, sabemos que el recurso de amparo sólo es susceptible de interponer contra aquellas violaciones que se deriven de la actuación de un poder público. No faltan, pues, los pronunciamientos en sentido contrario según se observa en el ATC 326/1993, de 26 de octubre. Según se verá, el árbitro ejerce función de tal índole pero no tiene naturaleza ni consideración de poder público.

¹⁴⁸ Art.5 LEC «1. Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley. 2. Las pretensiones a que se refiere el apartado anterior se formularán ante el tribunal que sea competente y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida».

sujeto distinto (al Estado), público o privado, ejerciera la potestad jurisdiccional (del mismo). Pero no por exigencia del concepto de jurisdicción, sino porque quebrantaría el modelo de Estado proclamado en la Carta Magna»¹⁴⁹. Sin embargo, si concluimos en el sentido de que, en el arbitraje, no existe atribución de potestad jurisdiccional del Estado *ex lege*, no tiene por qué quebrarse tal principio de exclusividad porque, en puridad, nada tendrán los árbitros que pertenezca a la jurisdicción del Poder Judicial. Poder o autoridad para decir el derecho y jurisdicción estatal se encuentran en diferentes planos¹⁵⁰, si se les permite decir el derecho es por razones de heterocomposición y por ese entramado constitucional al que acabamos de aludir, pero no porque suplanten a los jueces haciendo uso de la potestad que el Estado en exclusiva les atribuyó.

B. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Un elemento más a tener en consideración en el presente estudio, es el de la doctrina constitucional.

En primer lugar, se reconoce el arbitraje como *medio heterocompositivo basado en la autonomía de la voluntad y la libertad* (SSTC 43/88 de 16 de marzo, 233/88 de 2 de diciembre, 288/93 de 4 de octubre y 174/95 de 23 de noviembre). Dicha autonomía goza de una valoración y protección constitucional de tanta relevancia como la que se le pueda otorgar al propio derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que ni aquella puede ser suplida ni presumida *ex lege*, según declaró el TC al reconocer la inconstitucionalidad del arbitraje forzoso, ni puede considerarse un óbice en el acceso a los tribunales ordinarios a través de la tutela judicial efectiva (STC 174/95 y 75/96 de 30 de abril), pues «esta actividad prestacional en que consiste (tal derecho), permite al legislador, (...) la configuración y determinación de los requisitos para acceder a ella, pero (...) no

¹⁴⁹ CABALLOL ANGELATS, Ll., *Tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Bosch, 1997, pág. 25 confirma el concepto que aquí mantenemos de «jurisdicción».

¹⁵⁰ GÓMEZ COLOMER, J.L., (MONTERO, J./ORTELLS, M./MONTÓN, A.), *Derecho Jurisdiccional*, II, Bosch, 1999, pág. 874.

puede incidir en el contenido esencial de ese derecho imponiendo para su ejercicio obstáculos o trabas».

El Alto Tribunal le concede, unas veces, la calificación de *jurisdicción arbitral* (STC 43/88) y, en otras, se refiere a un «equivalente jurisdiccional» o «cuasi-jurisdiccional» o «para-jurisdiccional» (ATC 259/93, de 20 julio), «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 cosa juzgada» (STC 62/91). Para ello, describe las diferencias que residen precisamente en ese matiz utilizado al calificar la función del árbitro como «cuasi» o «para-jurisdiccional»; por un lado, se atreve a calificarla de «función no equiparable a la de un ciudadano particular» sino que se trata de una «función pública» como la del notario, párroco, capitán de buque mercante etc. (ATC 259/93). Es, más, allí se afirma que «la semejanza entre el laudo y la sentencia, es sólo material. Una y otra son decisiones reflexivas de jurisconsultos o *iurisprudentes* sobre un conflicto de intereses cuya vocación es la justicia, (...) y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución para eso que hemos dado en llamar la seguridad jurídica. Las dos utilizan el derecho, ese *ars* o técnica, como medio para alcanzar la finalidad y cumplir la misión antedicha, ambos consagrados constitucionalmente (arts.1 y 9 CE)». «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 *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los tribunales civiles» (ATC326/93, 26 de octubre) y queda igualmente limitada su posibilidad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad, prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ATC 179/91, de 17 junio) o, incluso recurso de amparo (ATC 326/93).

De importancia significativa, nos parece las SSTC 174/95 y 75/96, 30 abril cuando se refiere al «derecho a la tutela», integrando al arbitraje como una opción más dentro de éste y equiparable, según hemos visto, a la jurisdiccional de

los Jueces y Magistrados. «La primera nota del derecho a la tutela –afirma el Alto Tribunal-, consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo», instrumento reconocido, por su parte, en el arbitraje en numerosas Sentencias¹⁵¹. Con ello confirma, por un lado, la no incardinación de este derecho a ser tutelado arbitrariamente dentro del derecho a la tutela judicial efectiva pues, por un lado, se hace dejación del mismo para optar por esta vía (Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje) y, por otro, porque incluso «el control judicial (en fase de anulación de laudo) resulta insuficiente para entender que (...) cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva del art.24 CE», pues el pronunciamiento del Tribunal no cubre «el fondo del asunto (sino) que nos hallamos ante un juicio externo que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre (este) derecho» (STC 75/96); en puridad, entenderlo de otra forma daría lugar a la admisión de recursos de amparo contra las sentencias de la Audiencia Provincial.

En conclusión, al Tribunal Constitucional no se le pasa desapercibida la proximidad existente entre arbitraje y jurisdicción, proceso arbitral y proceso jurisdiccional, «sin que por ello se le pueda hacer derivar la extensión de las garantías del art.24 CE al proceso arbitral», ni se confundan los fundamentos de ambas instituciones. En definitiva, el Tribunal hace referencia al elemento común de la heterocomposición y los efectos que sobre ésta también ha otorgado la Ley de Arbitraje.

Con estas líneas hemos pretendido hacer hincapié en la constitucionalidad del arbitraje y en el marco pro-arbitraje fijado en 1978. Si esto es así, el legislador de 1988 no puede haber pretendido menguar su sentido y contenido con posterioridad. Su configuración basada en la autonomía de la voluntad, de naturaleza heterocompositiva y, por tanto, destinada a que un tercero *supra*

¹⁵¹ STC 174/95, ATC 179/91, ATC 326/93 e incluso, en ocasiones, utilizando la denominación de «juicio arbitral», según se desprende de la STC 43/88.

partes resuelva conflictos es previa a la Ley y no puede ser modificada por ésta¹⁵².

3. Delimitación de la heterocomposición

Ya hemos aludido en las páginas precedentes a esta estructura tripartita. Los diferentes elementos que integran la heterocomposición son igualmente reconocibles en la jurisdicción del Poder Judicial y en el arbitraje, pero no se puede decir lo mismo respecto de las notas que impregnan la actuación del juez y el árbitro, pues a este respecto existen caracteres distintos, ya que el reconocimiento legal y los límites y/o garantías a los que se encuentran sometidos una y otra fórmula son muy diferentes, debido a los distintos fundamentos a los que obedecen. Pasemos a señalar dichos puntos comunes, propios de la heterocomposición.

A. Elementos definidores de la heterocomposición

Al tratar el elemento heterocomposición nos parecen comunes a ambas vías de resolución de conflictos las siguientes notas:

1. Se trata en ambos casos de la actuación de un tercero *supra partes*. Frente a la autocomposición, los conflictos se resuelven por un tercero que se erige como independiente frente a las partes. Las condiciones requeridas en este tercero y los sistemas de garantías de su independencia son distintos en ambos casos pero, gracias a esta especial estructura, se mantienen alejados y desinteresados frente a las mismas. Pero, mientras en el arbitraje corresponde a las partes dotar de tal poder al árbitro, con base

¹⁵² CABALLO ANGELATS, Ll., *op.cit.*, págs. 26 y 27 resume acertadamente esta postura cuando afirma que «La Ley de Arbitraje únicamente reconoce alcance jurisdiccional ante los poderes públicos a una realidad que por sí sola ya reúne unas condiciones que permiten hacerlo. La propia idea de reconocimiento supone que el sujeto activo no contempla como propia la actividad que reconoce. (...) Desde un punto de vista constitucional la legislación arbitral es el protocolo que rige las relaciones entre potestad jurisdiccional del Estado y actividad privada de contenido jurisdiccional. En cada momento histórico la ley articula esta relación en función de circunstancias coyunturales o de la concepción imperante sobre las relaciones entre la sociedad civil y los poderes públicos».

en ese especial reconocimiento que la autonomía de su voluntad posee, el sistema de heterocomposición de intereses, plasmado como derecho fundamental por la Constitución, protege al ciudadano mediante la configuración de un poder estatal.

2. Existe un reconocimiento de autoridad o poder de decisión. Para que este tercero que actúa pueda hacer valer su decisión, deben las partes reconocerle la denominada *auctoritas* del derecho romano. Esta autoridad se deriva de su posición superior, en el caso del arbitraje –como decimos– conferida por compromiso de las partes, simple y sencillamente, porque así lo desean; en el caso de la jurisdicción porque se trata del sistema preestablecido e institucionalizado por el Estado.

En materia de derechos dispositivos, los ciudadanos gozamos, conforme al principio de oportunidad, de libertad para «optar» por cualquiera de los cauces existentes. Conocerá del asunto aquel sujeto al que se le reconozca *autoridad* para decidir en ese caso concreto; dependiendo de quién la tenga y cómo lleve a cabo su actividad, el Estado otorgará en esta decisión eficacia muy distinta.

3. La eficacia legal reconocida no forma parte de la heterocomposición, sino que es un plus que el Estado ha reconocido a un determinado tipo de actuación. En el supuesto de la función jurisdiccional de los órganos del Estado, la explicación se encuentra en el hecho de que jurisdicción y proceso van íntimamente unidos hasta el punto de que la razón de ser del segundo concepto se encuentra en el primero¹⁵³. Pero no olvidemos que el proceso se trata de una categoría autónoma¹⁵⁴ y su necesidad se deriva de su consideración como instrumento a través del que se realiza, no sólo la

¹⁵³ MONTERO AROCA, J., (GÓMEZ-COLOMER, J.L./MONTÓN REDONDO, A./ BARONA VILAR, S.,) *Derecho jurisdiccional, I*, Tirant Lo Blanch, 2000, pág. 290.

¹⁵⁴ MONTERO AROCA, J., *Ensayos de Derecho Procesal*, Bosch, 1997, pág. 164.

función jurisdiccional señalada constitucionalmente para los jueces, sino aquella otra permitida también en la Constitución, desarrollada por el legislador de 1988¹⁵⁵. En ambos casos se resuelven conflictos intersubjetivos (no siempre aplicando al fondo del asunto el derecho objetivo), pero sólo la actividad que se ajuste «formalmente» a derecho, basada, entre otros, en los mínimos dualidad, contradicción y audiencia, será reconocida por el Estado como solución definitiva e irrevocable. En conclusión, mientras que en la jurisdicción el proceso se presenta como algo inherente a ella, en el arbitraje su uso sigue siendo opcional¹⁵⁶.

4. Que el árbitro actúe heterocompositivamente no quiere decir, con carácter general, que ejerza función jurisdiccional. La actividad de los árbitros solo será «jurisdiccional» cuando resuelva conflictos a través de un proceso, es decir, cuando actúe sujeto a la Ley de Arbitraje y, por tanto, ritualmente. Es más, atendiendo a los postulados jurisdiccionales actuales, ésta estrictamente sólo se cumplirá si se trata de un arbitraje de derecho, es decir, cuando aplique el derecho objetivo. Nada obsta a que exista heterocomposición fuera de un proceso (arbitraje irritual), pero a los efectos de nuestra disciplina realmente no interesa¹⁵⁷.

En la actualidad, un tema comúnmente aceptado es el relativo a la *potestad*. No ha lugar a plantear la necesidad de tal poder dentro de un marco estatal configurado como el nuestro, donde razones de

¹⁵⁵ Recibe la denominación de «juicio arbitral» en la STC 43/1988, y la de «proceso arbitral» en los Autos 179/91 y 326/1993, así como en la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1995.

¹⁵⁶ De hecho, también es heterocomposición el arbitraje irritual y no goza de esta eficacia. Recordemos el sometimiento al principio de legalidad que prima en nuestro Estado y el reconocimiento que éste hace, consecuentemente, de la heterocomposición que cumpla estos mínimos. En puridad al Estado es la única actuación de tal tipo que le interesa, en la medida que va a comprometerse a través de la vinculación de sus órganos a tales decisiones resultantes.

¹⁵⁷ El arbitraje heterocompositivo irritual sigue siendo impartido por un tercero que goza de autoridad *supra partes*, aunque la eficacia de su actuación pueda ser idéntica a la producida como resultado de una mediación, en la que el tercero se encuentra ubicado *inter partes*. Por ello no deja de tener el arbitraje su propia naturaleza, pero su eficacia será siempre contractual.

«exclusividad» y «monopolio» impiden a cualquier otro órgano, público o privado, ejercer o pretender ostentar tal potestad jurisdiccional.

B. La Jurisdicción. Diferencias con el arbitraje

Avanzábamos en la introducción de este trabajo, la no necesidad de estudiar los conceptos de arbitraje y jurisdicción conjuntamente, pues con afirmar que el arbitraje es una fórmula extrajurisdiccional sería suficiente para justificar su razón de ser y forma de poder o autoridad para resolver conflictos.

Pero, en nuestra opinión, creemos útil tal estudio con el fin de poner fin a las diferencias doctrinales en torno a la naturaleza de esta actividad arbitral. «Deben abandonarse los argumentos que explican la jurisdiccionalidad del arbitraje como si de la delegación de una potestad estatal se tratara. La actuación de los árbitros es jurisdiccional por su contenido. El arbitraje se sitúa en un plano distinto a la potestad del Estado»¹⁵⁸ y lo único que toma de él por mandato legal es el cauce, el proceso.

a. Introducción

En la constante evolución que el Derecho Procesal se encuentra¹⁵⁹, ha ganado la batalla por el protagonismo en dicha disciplina el elemento jurisdicción o ese conjunto de «actos mediante los cuales se desarrolla la función jurisdiccional, (en el que) el proceso queda como instrumento a través del cual aquella se realiza»¹⁶⁰, sin pretender con ello privarle de su debida importancia a los otros elementos integrantes del Derecho jurisdiccional.

¹⁵⁸ CABALLOL ANGELATS, Ll., *op.cit.*, pág. 25.

¹⁵⁹ DE LA OLIVA, A., (FERNÁNDEZ, M.A.), *Derecho Procesal Civil*, I, Ramón Areces, 1993, pág. 24 y ss. y MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, *op.cit.*, pág. 297; BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional....*, *op.cit.*, pág. 19 y ss.

¹⁶⁰ GONZÁLEZ MONTES, J.L., *Instituciones....*, *op.cit.*, pág. 14.

Pero, si bien la función jurisdiccional de los órganos del Estado, se caracteriza principalmente por ser actividad declarativa, no es ésta la única faceta. En la actualidad, el art.117.3 es claro. Junto a este tipo de tutela, los miembros del Poder Judicial deben otorgar una tutela ejecutiva y cautelar, configurando entre las tres su especial *status*¹⁶¹.

Solo desde una concepción romana del *iuris dicere*, preexistente a la asunción de monopolio por la organización política, podría entenderse tales facultades separables, es decir, la declarativa basada en la *auctoritas* reconocible en un tercero-privado, y la *potestas*, como accesoria o instrumental y derivada de su condición de *pretor* o funcionario. Desde esta perspectiva, se ha intentado justificar la función arbitral al afirmar que sólo la declaración, era inherente a la función del Juez y, en tal sentido, trasladable a los árbitros¹⁶². Sin embargo,

¹⁶¹ CARRERAS LLANSANA, J., «Inauguración del curso 1964-1965», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1965, pág. 373 opina que sus funciones ejecutiva y cautelar, toman como base su condición de funcionario, pues «Si el funcionario entendido jurisdiccionalmente sobrepasa y oscurece el concepto administrativista (...), es porque tiene atribuida precisamente esta autoridad de que carecen los funcionarios administrativos (...), (pues) el soporte jurídico de la Administración es la *potestas*, mientras que la actividad característica del órgano jurisdiccional se apoya en la *auctoritas*».

En torno a las diferencias existentes entre los conceptos de funcionario y Juez, *vid.* MONTERO AROCA, J. (GÓMEZ-COLOMER, J.L./MONTÓN REDONDO, A./ BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional*, I, *op.cit.*, 2000, pág. 134 y ss., DE LA OLIVA, A., (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A..) *Derecho Procesal civil*, *op.cit.*, págs. 25-27; HERNÁNDEZ MARTÍN, V., *Independencia del Juez y desorganización Judicial*, Civitas, 1991; GARCÍA DE ENTERRÍA E./FERNÁNDEZ T-R, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas 1995, págs. 486 y ss. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 1997.

¹⁶² Función encomendada a los jurisconsultos romanos por la que se les reconocía autoridad para decir el derecho; tras su *sententiae* se requería del *imperium* del pretor para su ejecución forzosa. *Vid.* CARRERAS LLANSANA, J.; «Inauguración...», *op.cit.*, pág. 372, cuando afirma que «La función jurisdiccional era así ejercida de modo dual, a través del sistema ingenioso de procedimientos *in iure* y *apud iudicem*; el pretor, que dictaba normas imperativas y autorizaba la fórmula, tenía potestad, pero no autoridad; ésta se reservaba al juez o persona prudente que emitía el juicio (...). Sólo en la *cognitio extra ordinem* y luego en el *solemne ordo iudicium* se otorga la autoridad al sujeto que, como funcionario, está ya revestido de potestad. Pero esta potestad se concibe como instrumento y complemento de la autoridad.». Tras tal descripción, el citado autor acaba planteándose si no se trata éste de «un reconocimiento de que, todavía entre nosotros, perviven aquellas antiguas *auctoritas* y *potestas*». Véase también, MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, *op.cit.*, págs. 26 y 67.

El mismo CARRERAS LLANSANA, J., *op.cit.*, pág. 184, confirma que «puede ser atribuida por las partes a unos árbitros no funcionarios por medio del compromiso; la potestad, en cambio, por su carácter público y territorial, no puede nunca atribuirse a los sujetos privados, y sólo puede ser ejercida por quienes integran los órganos estatales».

Véase también CHIOVENDA cuando se refiere a «el fraccionamiento de operaciones de juicio», en el sentido de que las partes encomiendan «a una persona privada, en vez de hacerlo a los jueces, la preparación de la materia lógica de una sentencia», citado por CARNELUTTI, F., *Estudios de Derecho*

conforme a los postulados constitucionales actuales, «la potestad dimanante de la soberanía del Estado, del *imperium*, también es indispensable para que un órgano pueda ser calificado de jurisdiccional»¹⁶³.

La función desempeñada por el árbitro es, efectivamente, una parcela de función jurisdiccional en el sentido originario o romano, de ahí la calificación recibida como función *cuasi*-jurisdiccional. Su existencia en nuestro ordenamiento actual se debe a su legitimidad histórica y, de acuerdo con la necesidad de crear un Poder Judicial fuerte, la Constitución de 1978 no pudo darle más que indirectamente cabida, sin considerar un verdadero derecho a litigar mediante el uso del arbitraje. Transcurridos unos años de solidez democrática y, hecha realidad, una Jurisdicción única, nació la Ley de arbitraje de 1988, como respuesta a las reivindicaciones a las que, a través de la regulación de los arbitrajes especiales, ya se había intentado dar satisfacción.

Hoy, la inoperancia del Poder Judicial ha reafirmado en la teoría y en la práctica al arbitraje. Se ha pasado de las controversias disponibles a la admisión de conflictos en materia de impugnación de acuerdos sociales, arbitrajes en derecho administrativo, etc., fruto de una preponderancia del orden socio-económico sobre los esquemas iuspositivistas. Cada vez más, se observa una merma de la autonomía de la voluntad a favor de lo público, fortaleciéndose, con ello, a la institución arbitral. En la actualidad, existe un derecho a acudir al arbitraje para la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, en nuestra opinión, calificable de derecho a recibir la «tutela» arbitral.

Procesal, II, Ed. Jurídicas Europa-América, pág. 458. Según este último autor, «el *principio dispositivo* opera también en el campo de la elección del órgano procesal y hasta respecto del órgano procesal por excelencia, el juez. (...) El juicio arbitral no representa propiamente más que una acentuación notabilísima del principio dispositivo en materia de elección del juez», *op.cit.*, pág. 463.

¹⁶³ MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, *op.cit.*, pág.

La razón por la que los árbitros no pueden tomar medidas coercitivas es clara, pues excede del poder que le han otorgado las partes basado en su autonomía de la voluntad. En la práctica encuentran atribuida tal función cautelar y, por qué no, ejecutiva, a través de contratos, cuyo incumplimiento al no someterse tan solo deriva en una indemnización por daños y perjuicios; no existe, por tanto, poder coactivo.

Junto a esto, en el momento actual, las tres formas de tutela del Poder Judicial se encuentran en transición. La función declarativa es idénticamente reconocible en el tercero que actúe heterocompositivamente a través de la Ley de Arbitraje. Con ello no nos posicionamos junto a los partidarios de la postura jurisdiccionalista. A través del arbitraje se obtiene función declarativa de protección de derechos subjetivos, la cual posee su propio fundamento y características.

Igualmente, los otros dos ámbitos de actividad exclusiva del juez, basados en la coactividad o *imperium* también se encuentran en evolución. Sirva de ejemplo observar como en derecho internacional es práctica habitual el delegar en un tercero-árbitro la posibilidad de adoptar medidas cautelares, en ocasiones, porque así se lo reconoce la Ley o, a menudo, basadas en un contrato¹⁶⁴. Por su parte, el derecho laboral también arroja muestras de esta nueva perspectiva de tutela ejecutiva, cuando delega a empresas terceras la realización de bienes en fase de ejecución de sentencias (art.261 Ley Procedimiento Laboral)¹⁶⁵ o cuando en materia penal, se encarga la ejecución y control del cumplimiento de la pena al centro penitenciario dependiente de la administración. No se afecta con ello el poder exclusivo del órgano jurisdiccional, por la misma razón que tampoco quedaba dañada su autoridad para dar tutela declarativa; es otra forma de poder la que entra en funcionamiento, destinada a la materialización de la función encomendada a los Jueces por el mandato del art.117.3 CE. No extraña entonces la tendencia actual de encontrar arbitrajes dentro de la sede de la propia administración, lo que puede provocar la conjunción de dos notas, en principio, irreconciliables en la persona del árbitro, como son la de autoridad y la de potestad por tratarse de un funcionario. Ello, de *lege data* resulta contradictorio e

¹⁶⁴ La potestad para que un árbitro adopte medidas cautelares viene reconocida por la *Copyright Act* inglesa y la *Arbitration Act* de este Estado. Pero es práctica habitual en el arbitraje otorgar tal poder a los árbitros según se desprende del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París o del Reglamento de tal tipo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

¹⁶⁵ También la LEC recoge este supuesto en el art.636 cuando, en materia de realización de bienes, en fase de ejecución, afirma que «A falta de convenio de realización, la enajenación de los bienes

imposible, pero a la vista de tales datos, todo apunta a que en un futuro pueda darse este tipo de situaciones.

El término jurisdicción es un concepto anfibológico¹⁶⁶, de modo que, lo podemos encontrar utilizado en numerosas y diferentes situaciones. Etimológica e históricamente viene del término *ius dicere*, y en tal sentido, la función de decir el derecho puede encontrarse ejercida por los órganos jurisdiccionales, arbitrales o por la propia Administración.

El concepto de jurisdicción puede hacer, efectivamente, referencia a una «función del Estado», que se contrapone a la legislativa y administrativa, pero también tal elemento puede observarse desde un punto de vista *dinámico*¹⁶⁷, mucho más amplio, identificado aquella actividad que atiende a decir el derecho de modo cualificado, «que destaca la correlación entre jurisdicción y proceso, dado que es en éste último donde aquella se desarrolla»¹⁶⁸. Incluso dentro de esta postura son dos las vertientes que explican los conceptos de jurisdicción y proceso¹⁶⁹.

embargados se llevará a cabo mediante alguno de los siguientes procedimientos: 1º. Enajenación por medio de persona o entidad especializada, en los casos y en la forma previstos en esta Ley».

¹⁶⁶ Terminología utilizada por GONZÁLEZ MONTES, J.L., *op.cit.*, pág. 23.

¹⁶⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, *op.cit.*, pág. 25; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Notas relativas al concepto de jurisdicción», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, pág. 478; CABALLOL ANGELATS, Ll., *op.cit.*, 19 y GONZÁLEZ MONTES, J.L., *op.cit.*, pág. 58.

¹⁶⁸ GONZÁLEZ MONTES, J., *op.cit.*, pág. 58.

¹⁶⁹ Acorde con la doctrina mayoritaria, existe una *perspectiva jurisdiccional del proceso*, como instrumento al servicio de la actividad tuteladora del Estado; pero, aunque hoy superada, también se pueden observar tales conceptos desde una *perspectiva procesal de la jurisdicción*, que configura a esta última como un «presupuesto del proceso». Para los partidarios de dicha postura, se podría decir que presupuesto de tal actividad es la jurisdicción, como un elemento más de ese instrumento a través del cual se dice el derecho heterocompositivamente.

No se pretende con tal afirmación menospreciar el elemento «jurisdicción» pues, contrariamente, consideramos que es el que caracteriza al proceso y para el que éste nace, concepto para cuyo estudio se constituyó esta disciplina del «Derecho Jurisdiccional». Pero no le falta razón a GÓMEZ-COLOMER, J.,L., *Derecho Jurisdiccional*, II, *op.cit.*, pág.874 cuando confirma el cambio conceptual que ha sufrido la disciplina al decir que «el arbitraje es una institución que debe caer dentro de la órbita del derecho jurisdiccional pero no de la Jurisdicción o del Poder Judicial».

Durante la vigencia de la Ley de Arbitrajes de 1953, se intentó dar explicación a la función que cumplen los árbitros incardinándola dentro de la esfera explicativa de la jurisdicción, desde una postura dinámica, o lo que es lo mismo, desde esa perspectiva procesal de la jurisdicción¹⁷⁰. GONZÁLEZ MONTES, consideraba «el compromiso como el primer y fundamental presupuesto del proceso arbitral.(...) pues su falta (...) puede atribuir el conocimiento del asunto a la jurisdicción ordinaria, es decir, que sin compromiso no hay arbitraje del mismo modo que, sin jurisdicción no hay proceso (...), también del compromiso depende que se pueda o no construir la relación jurídica arbitral y que un determinado asunto pueda ser conocido por árbitros en vez de por jueces. (...) Es la ley (misma) la que condiciona a un contrato privado entre las partes el nacimiento de una relación jurídica pública»¹⁷¹. No le falta razón a tal autor pero, en nuestra opinión, se vuelve a intentar dar explicación a la institución tomando como base el sistema constitucional preestablecido para configurar la jurisdicción pero, en esta ocasión, desde una perspectiva procesal de la jurisdicción, en la actualidad superada.

En nuestra opinión, hoy el acento vuelve a estar en el reconocimiento –legal- de la autonomía de la voluntad de las partes. Al Estado sólo le interesará esa actuación desarrollada conforme a la Ley y, en este sentido, se hace necesario hacer referencia al concepto de proceso. Con independencia de lo que en su sede se diga, nos mostramos partidarios de redefinir el arbitraje como medio o función destinado a resolver conflictos¹⁷², teniendo en cuenta que interesa la «heterocomposición ritual», pues es la única a la que se le reconoce eficacia de cosa juzgada y, en tal sentido, esta función se realizará a través del único cauce

¹⁷⁰ Desde esta perspectiva, la jurisdicción ya no es poder del Estado sino poder de decisión (esa acepción *abstracta* de la jurisdicción en cuanto *ius dicere*, basada en la autoridad *ajerárquica* y *aterritorial* y, por ende, *transmisible*). Si la potestad jurisdiccional del Estado era indivisible y lo que se repartía era su función en diferentes ámbitos competenciales (art.9.1 LOPJ), la conclusión es que la *función* también sería susceptible de ser afectada por la autonomía de la voluntad de las partes.

¹⁷¹ GONZÁLEZ MONTES, J., «La excepción de compromiso...», *op.cit.*, págs. 437 y 438.

posible: el proceso. Este es el único instrumento que pone el Estado al servicio de la tutela de derechos. Que a través de él actúe la jurisdicción o un tercero conforme a la Ley ha sido una decisión del legislador.

b. Jurisdicción, arbitraje y Administración

Partiendo de la concepción originaria del *ius dicere*, consideramos útil aludir a las diferentes formas de aplicar el derecho que tienen las tres fuentes de poder de decisión de eficacia pública existentes hoy en el Estado. Justificamos la necesidad de este estudio por tratarse el arbitraje de la LA de una heterocomposición de eficacia pública y, en cuanto tal, de hipotética confusión con tales fuentes de aplicación del derecho.

1. Para explicar la función de decir el derecho en la jurisdicción y el arbitraje no nos sirven las clásicas teorías¹⁷³ explicativas del por qué de la intervención de la jurisdicción civil cuando se aplica el ordenamiento jurídico-privado¹⁷⁴. La respuesta la encontramos en el hecho de que, en la actualidad, con el arbitraje no se da tan sólo respuesta a conflictos subjetivo-privados, sino que la práctica ha superado las propias expectativas de la Ley de Arbitraje incardinándose en el ámbito de lo público.

¹⁷² En la actualidad parece más adecuado el término «medio» -y no el de «función»-, por la misma razón que argumentábamos que también parecía excesivo hablar de una «tutela» de derechos por parte de los árbitros. Solo el tiempo lo confirmará como tal.

¹⁷³ Véase, respecto a las teorías subjetivas, ALCALÁ-ZAMORA, N., «Los conceptos de jurisdicción y competencia en el pensamiento de Lascano», *Estudios de teoría general e historia del proceso*, I, México, 1974; CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal civil según el nuevo Código*, Buenos Aires, 1962; y respecto de la postura objetiva, CHIOVENDA, *Principios del Derecho Procesal civil*, Madrid 1920 y MICHELI, G., *Curso de Derecho Procesal civil*, Buenos Aires, 1970.

¹⁷⁴ Para explicar la manifestación de la función arbitral, podía gozar de sentido la posición preconizada por HELLWIG, explicativa de la función jurisdiccional civil «como la defensa de los derechos subjetivos de los particulares, (...) el descubrimiento o declaración de lo que sea derecho entre las partes; el proceso civil, decía, está al servicio de los particulares».

No se puede perder de vista que estas teorías explican la función jurisdiccional desde un punto de vista liberal, partiendo de la idea de «servicio» y, sobre todo, de la existencia de un poder institucionalizado. Respecto a las teorías subjetivas, véase, ALCALÁ-ZAMORA, N., «Los conceptos de jurisdicción y competencia en el pensamiento de Lascano», *Estudios de teoría general e historia del proceso*, I, México, 1974, CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal civil según el nuevo Código*, Buenos Aires, 1962.

El arbitraje nace cuando un derecho se encuentra amenazado, pero no sólo cuando se trate de un derecho privado, antes al contrario, el ámbito fundamental de expansión ha sido el comercio y no el referido a las relaciones jurídico-privadas, sino fundamentalmente relaciones empresariales, ubicadas entre lo público y lo privado. La tendencia es admitir al arbitraje en materia de derecho público o de inescindibles conexiones públicas, siempre que el orden público no se quiebre. Si bien la función que el legislador le ha encargado al árbitro no parece ser la de tutelar el ordenamiento jurídico con carácter general, en ningún caso, puede restringirse hoy por hoy a la de resolver conflictos¹⁷⁵ de derecho privado.

La razón por la que actúa un árbitro simplemente obedece a un acuerdo de voluntades tendente a impedir conocer del asunto a los órganos jurisdiccionales, al considerar oportuno que sea un tercero el que resuelva el conflicto.

2. La segunda contraposición que cabe hacer en esta delimitación de actividades, se centra frente a los órganos del poder ejecutivo. Llama la atención que los mismos criterios que servían para la delimitación entre jurisdicción y administración sirven ahora para contraponer a esta última con el arbitraje, a pesar de que no se trata de ningún poder estatal y, *a priori*, parece carecer de sentido tal contraposición.

La razón del presente estudio la encontramos en el hecho de que, en la actualidad y, en concreto, en materia de propiedad intelectual, se puede reconocer el ejercicio de función arbitral dentro de la misma sede de la administración y por órganos designados por ella misma. Así se observará al estudiar la *Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual* (CMAPI), sita en el Ministerio de Educación y Cultura. Adelantamos que se trata de un órgano colegiado ubicado en la Administración, pero independiente de ella, y no se encuentra

¹⁷⁵ ATC 179/1991, de 17 de junio.

incluido en su estructura básica¹⁷⁶. Se trata de un organismo representativo de intereses sociales que actúa como «órganos de decisión que cuentan con la necesaria imparcialidad (...) porque no se encuentran sometidos a instrucciones jerárquicas»¹⁷⁷. Se presenta éste como un supuesto de actividad administrativa arbitral¹⁷⁸.

Cuando tratemos los lindes entre ambas figuras, (arbitraje/administración), comprobaremos que en nada difieren los argumentos utilizados, a los que se esgrimen para diferenciar los dos poderes del Estado desde antaño en conflicto (administración/jurisdicción). La explicación se encuentra en el hecho de contraponer la autotutela de la administración a la heterocomposición de la jurisdicción o arbitraje. Respecto de la primera, la forma en que resuelve los conflictos es vertical, con desinterés subjetivo (art.103 CE) pero interesada objetivamente al aplicar la norma; de ahí que su actividad deba ser revisable pues, en su actuación, no goza de la nota de independencia.

c. La noción de pretensión y resistencia en el arbitraje

Siguiendo con el intento delimitador de la actividad jurisdiccional arbitral y la de los órganos integrantes del Poder Judicial, debemos, en segundo término, aludir a los otros elementos que identifican la función de los jueces y magistrados, sin perder de vista que, originariamente, tal delimitación de los caracteres de la jurisdicción fue diseñada con el fin de contraponerla a la actividad que desempeña la administración.

¹⁷⁶ En el RD 1887/1996, de dos de agosto (BOE núm.189, de 6 de agosto de 1996).

¹⁷⁷ MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo II*, Aranzadi, 1996, pág. 424; LLISSET BORELL, F., ROMERO HERNÁNDEZ, F., LÓPEZ PELLICER, J.A., *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento administrativo común*, Abella, 1994, pág. 102.

¹⁷⁸ Por oposición al denominado arbitraje en derecho administrativo. Al respecto *vid.* PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, Parte general, 1994, Civitas, págs. 533 y ss; TORNOS MÁS, J., «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», *Revista de la Administración Pública*, enero-abril, 1995, págs. 149 y ss.; TRAYTER, J.M., «El arbitraje en Derecho administrativo», *Revista de las Administraciones Públicas*, mayo-agosto, 1997, págs. 75 ss.G

Sus diferencias más notables se derivaban de la forma en que aplicaba el derecho el Ejecutivo, conforme a su estructura de autotutela y, por tanto, completamente opuesta a la de los órganos jurisdiccionales del Estado; baste ahora saber que heterocomposición son tanto arbitraje como jurisdicción, para adelantar los caracteres de éstas no se hallan desmesuradamente alejados. Tan sólo la fuente de poder las diferenciará y condicionará sus matices.

La jurisdicción solamente aplica el derecho objetivo cuando alguien se lo pide, se trate de intereses públicos o privados, de ahí la noción de pretensión y resistencia¹⁷⁹. El proceso sólo se inicia por la interposición de ambas y parece suficiente con presentar una reclamación ante el juez, vaya o no ligada a un conflicto¹⁸⁰.

Se tratan éstos de dos conceptos vinculados a la jurisdicción y, por tanto, a la actividad del Estado pero inaplicables al proceso arbitral; sin embargo, en la medida que afirmamos que nos encontramos ante una heterocomposición de intereses, sobre la base imprescindible de oportunidad y contradicción o audiencia, nos hace plantearnos una suerte de pretensión y resistencia. La actuación del árbitro que aceptó el encargo no se pone en marcha ante «cualquier petición»¹⁸¹, sino sólo por aquella objeto de la demanda de tutela declarativa arbitral que, necesariamente, debe de ceñirse al derecho dispositivo sobre el que versa el convenio. Dicha petición dirigida al tercero *supra partes* se realiza frente a otro sujeto también determinado convencionalmente, y recae sobre un objeto

¹⁷⁹ GUASP, J., *La pretensión procesal*, Civitas, 1981; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, I, Tirant Lo Blanch, 2000, págs. 131 y ss.; *idem*, *Introducción al Derecho Procesal*, *op.cit.*, págs. 95 y ss.; DE LA OLIVA, A./FERNÁNDEZ, M.A., *Derecho Procesal Civil*, II, *op.cit.*

¹⁸⁰ GUASP, J., A., *La pretensión procesal*, *op.cit.*, pág. 16.

¹⁸¹ Tampoco en el proceso judicial sirve cualquier petición, sino que tiene que ser principal que recaiga «sobre un bien de la vida sobre el que recae la necesidad del pretendiente, configurando su interés, mientras que las demás peticiones que se formulan en el proceso son instrumentales, están en función de aquella y no se refieren directamente, sino indirectamente, a ese bien», MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, *op.cit.*, pág. 98.

posible de la vida. Tal petición debe estar fundada en hechos sobre los que el árbitro encontrará limitados sus poderes de investigación¹⁸².

Frente a tal petición, existe una segunda formulada en sentido contrario por la otra parte que dispuso convencionalmente (art.21 LA). Goza de las mismas características, adelantando que también en esta sede arbitral se reconocen las figuras del allanamiento y reconvenición, sin que ninguna de ellas constituya oposición a la petición del actor. Tampoco debe encontrarse fundamentada, de hecho, la Ley de Arbitraje le reconoce los mismos efectos a la no personación y a la personación sin contestar a la demanda (art.22 LA).

Por último, existe otro argumento importante a tener en cuenta en relación con la presencia de estos conceptos. Para la constitución de la «heterocomposición», se debe haber dado una oferta y aceptación del arbitraje. Sólo a partir de este momento existe heterocomposición, y cierta eficacia pública, y queda constituido lo que en este trabajo denominamos «relación procesal arbitral». Para ello se hace necesario un convenio arbitral, una demanda de arbitraje e, inevitablemente, «cierta delimitación de la controversia» y de «la petición que se formula», *conditione sine qua non*, para que el árbitro pueda aceptar el encargo y para que surja su obligación de congruencia y responsabilidad (art.16 LA). A la luz de esto, parece sentado el hecho de que el árbitro sólo actúa a partir de la formulación de dichas peticiones en sentido contrario.

d. La actuación irrevocable del derecho

Otro aspecto común a ambas fórmulas es el hecho de que la actuación del tercero produce la eficacia de cosa juzgada o, lo que es lo mismo, la actuación

¹⁸² Adelantamos que la Ley de Arbitraje y la Jurisprudencia han reconocido ciertos poderes discrecionales en el árbitro con el fin de poder conseguir a través del arbitraje la verdad material, bajo el límite de que cualquier diligencia tenga como base los hechos aportados por las partes al proceso.

irrevocable del derecho, y tal característica sirve para diferenciar la actuación heterocompositiva frente a la autotutela bajo la que actúa la administración.

Dos son las cuestiones planteables a este respecto. En primer lugar, delimitar el alcance de los términos del legislador de la Ley de 1988 cuando dice: «El laudo arbitral producirá efectos idénticos a los de cosa juzgada» y, en segundo término, parece aconsejable averiguar por qué fue ésta y no otra la opción del legislador.

Comenzando por este último aspecto, la solución ya se dio. Si conforme a la configuración de nuestro Estado *tuvo* el legislador que reconocer y regular este derecho a acudir al arbitraje, y lo *tuvo* que hacer con esta estructura, según los postulados del Estado social y democrático de Derecho¹⁸³, no puede extrañar la eficacia que de tal actividad se deriva. No debe, sin embargo, olvidarse que tales efectos no derivan solo de la estructura heterocompositiva, sino del hecho de que ésta, además, se lleva a cabo conforme a la Ley y, por tanto, goza de ese reconocimiento estatal.

Respecto de la segunda cuestión señalada, se debe averiguar a qué efectos se puede referir la Ley si no son a los de cosa juzgada¹⁸⁴; parece, más bien, que responde a esa indecisa postura que el legislador mantuvo al regular esta institución y, antes bien, «el adjetivo introducido en el artículo 37 sólo es relevante en el plano de las intenciones, ya que no existe diferencias cualitativas entre las expresiones comparadas»¹⁸⁵. No importa la definición que éste haga sobre un concepto pues no puede alterar la naturaleza de una jurisdicción

¹⁸³ En definitiva, responde a un reconocimiento cualificado de la autonomía de la voluntad del ciudadano, configurándola como fuente de poder dispositivo material y procesal, conforme intentaremos explicar a continuación.

¹⁸⁴ BARONA VILAR, S., «El laudo arbitral de consumo», *RCEA*, 1997, págs. 17 y ss.

¹⁸⁵ CABALLOL ANGELATS, LI., *op.cit.*, pág. 34.

heterocompositiva, canalizada a través de un proceso perfeñado en la Ley de Arbitraje¹⁸⁶.

El tercero erigido en árbitro es *independiente* respecto de las partes que le designaron, no tiene ningún interés en la aplicación del derecho privado. El árbitro sólo se encuentra sometido en su actuación, por un lado, «objetivamente», en el sentido de que sólo le vinculan las peticiones de las partes y, por otro, «legalmente», a la Constitución y al resto de ordenamiento jurídico pues, de otra forma, cualquier desviación podría ser objeto de anulación. La presente situación es contraria a la que configura la administración del Estado, pero idéntica a la que rige para los órganos jurisdiccionales; por esta razón la actividad del ejecutivo es siempre revisable, y la derivada de la heterocomposición, no.

La existencia de convenio arbitral implica dejar a un lado la jurisdicción e impide *ope exceptionis* entrar a conocer de ese asunto a los órganos jurisdiccionales del Estado. Consecuentemente, tras el procedimiento arbitral, la eficacia de la autonomía de las partes decae en favor de la eficacia pública de cosa juzgada, impidiendo de la misma manera, a los órganos del Poder Judicial entrar a revisar la declaración de derecho efectuada por el árbitro. Además, desde el momento que se constituye la denominada «relación procesal arbitral» con la aceptación del arbitraje, dicha eficacia dispositiva de la parte queda sujeta a límites legales, hasta tal punto que «la inactividad de cualquiera de las partes no impedirá al árbitro dictar el laudo» (art.22.2 LA) o, lo que es igual, surgiendo la obligación de fallar congruentemente.

El proceso será el instrumento mediante el cual se vincula el Estado. Si la función del árbitro consiste en dar solución a conflictos de los ciudadanos, el Estado no puede dejar que éste lo haga *ex abrupto*. Sólo la actividad

¹⁸⁶ CABALLOL ANGELATS, Ll., *op.cit.*, pág. 22 cuando dice «La actividad legislativa produce en un arbitraje el mismo efecto que sobre cualquier otra realidad que es objeto de regulación, pero no convierte en público lo que era privado y viceversa. Sin la ley, la actuación del árbitro continuaría siendo jurisdiccional pero no es contrario al poder estatal el respaldo que precisa para su plena efectividad».

desempeñada según el instrumento procesal que le dio a las partes y al árbitro puede sentirse vinculado.

e. Actuación con desinterés objetivo y subjetivo

Ya adelantábamos en el apartado anterior cuál era la forma en la que el árbitro juzgaba en cuanto tercero erigido y desvinculado de los intereses de las partes. Al pronunciarse sobre una relación ajena, goza de la nota de «alienitá»¹⁸⁷ y, por tanto, actúa desinteresadamente a la hora de resolver conflictos y su actividad no es instrumental de ninguna otra, acaba con la misma aplicación de la norma. Una vez más nos encontramos ante una nota propia de la heterocomposición e igualmente de la jurisdicción. Sin embargo, la distancia viene marcada por lo que a la imparcialidad se refiere.

Al no ser el árbitro un funcionario, no le es de aplicación un mandato similar al del 103 CE, predicable tanto de los miembros del ejecutivo como del Poder Judicial. En este supuesto, ha hecho falta una extensión expresa por parte del legislador de aquellas normas que tienden a garantizar la imparcialidad de los Jueces y Magistrados (art.12.3 LA). Imparcialidad se traduce en independencia de este tercero en el caso concreto o, como DE LA OLIVA le ha denominado, *imparcialidad subjetiva*¹⁸⁸. En este sentido también los árbitros actúan desinteresadamente y sujetos a la obligación de poner en conocimiento de las partes la existencia de alguna causa de recusación. Corresponde a éstas, ejercitar su derecho a recusar conforme a la LOPJ.

¹⁸⁷ DE LA OLIVA, A., (FERNÁNDEZ, M.A), *op.cit.*, pág. 26 la define como «la característica del quehacer jurisdiccional».

¹⁸⁸ «La imparcialidad, estrechamente relacionada con el *desinterés objetivo*, significa la posición trascendente de quienes ejercen la Jurisdicción respecto de los sujetos jurídicos afectados por el ejercicio. (...) La independencia consiste en la absoluta soberanía de cada órgano jurisdiccional y de los juzgadores que lo integran en el ejercicio de su oficio (legalmente atribuido), DE LA OLIVA, A., (FERNÁNDEZ, M.A), *op.cit.*, pág. 27.

4. Elementos identificadores del arbitraje

El arbitraje es una institución procesal en la que confluyen tres elementos: heterocomposición, autonomía de la voluntad y reconocimiento legal de eficacia jurídica-pública. El primero hace referencia a su razón de ser; el segundo se presenta como el detonante de toda la actividad; por último, el tercer elemento no es más que el resultado de la «heterocomposición reglada» o el desarrollo de un proceso arbitral.

En un sentido figurado, podríamos decir que la heterocomposición será el primer eslabón de una cadena a través de la cual se podrán obtener unos efectos idénticos pero que, dependiendo de la opción por la que se haya decantado la autonomía de la voluntad -proceso civil o arbitraje ritual-, los cauces para resolver los conflictos serán completamente diferentes tanto en cuanto a su naturaleza, presupuestos o por su forma de tramitación. Este poder de elección, se presenta como el fundamento último de la institución arbitral, que les otorga un derecho a acudir a este cauce reglado y obtener el restablecimiento de sus derechos subjetivos de naturaleza dispositiva con eficacia de cosa juzgada, ejecutividad y dotado de protección cautelar¹⁸⁹.

Si no concebimos el arbitraje como un simple medio de exclusión de la jurisdicción sino que lo observamos realmente por su función heterocompositiva, podemos encontrar en él un verdadero cauce alternativo al impartido por el Estado¹⁹⁰.

¹⁸⁹ En relación al fundamento constitucional del arbitraje nos parece acertada la definición aportada por GÓMEZ COLOMER, J., *Derecho Jurisdiccional, op.cit.*, pág. 874, cuando afirma que se trata de «una modalidad o posibilidad heterocompositiva (...) (que funciona) en base a la libertad (autonomía de la voluntad, libre disposición)».

¹⁹⁰ STC 174/1995, 23 de noviembre.

A. *La función heterocompositiva arbitral*

Una vez firmado el convenio arbitral y surgida la controversia las partes pueden acudir ante el árbitro solicitando la tutela de sus derechos en su faceta declarativa que, si bien se encuentra ampliamente desarrollada por la doctrina y jurisprudencia, no ocurre lo mismo con la tutela cautelar y ejecutiva, sujeta a la colaboración de los órganos jurisdiccionales¹⁹¹.

a. La tutela declarativa arbitral

La primera forma de tutela que se puede solicitar tras optar por acudir a un arbitraje es la *declarativa arbitral*, donde el tercero-árbitro, bien en derecho o en equidad, debe resolver el conflicto jurídico que se le presente. Al respecto son varias las precisiones que se deben hacer.

1) En primer término, cabría plantearse hasta qué punto la función del árbitro puede consistir en aplicar el derecho objetivo. Tal afirmación no ofrece lugar a dudas cuando se trata de un arbitraje de derecho, pero no parece tan clara la respuesta cuando nos encontramos ante un árbitro que resuelve en equidad. En nuestra opinión, en nada difiere esta situación de la que se desprende del art.17 *fine* Ley de Propiedad Horizontal, cuando habilita al juez para que resuelva en equidad. ¿Realiza éste función jurisdiccional a pesar de no aplicar el derecho objetivo? ¿Se podría entender que, incluso en este caso, se aplica el ordenamiento porque el contenido de esa norma le permite acudir a su leal saber para resolver esa disputa? La respuesta que se dé nos parece extensible al arbitraje de equidad.

La opción es doble en ambos casos. Por un lado, podría afirmarse que la función del juez no es jurisdiccional al no aplicar el derecho y que su eficacia deriva de que su actuación se realiza a través de un proceso. Admitir esto, sería

¹⁹¹ El art.5 LEC/2000 establece las diferentes formas de tutela declarativa, ejecutiva y cautelar jurisdiccional.

tanto como asumir que, a través de este instrumento, no siempre se realiza función jurisdiccional de los órganos del Estado. En segundo término, se podría admitir que el juez, efectivamente, aplica el derecho porque esa decisión en equidad no es más que el resultado de la aplicación de la voluntad de la Ley; por tanto, desempeñaría función jurisdiccional y actuaría, naturalmente, a través del proceso¹⁹².

Por lo que respecta al arbitraje, la solución nos parece aplicable, teniendo en cuenta que, en este caso, si bien es la Ley la que habilita al juzgador para que resuelva heterocompositivamente en equidad, les corresponde siempre a las partes formular opción expresa para que el árbitro aplique las normas jurídicas al fondo (art.4 LA). Tal exigencia es razonable si atendemos al momento histórico en el que nace la Ley de 1988, cuando se sigue desconfiando de la institución y se busca un fortalecimiento del poder estatal, de forma que, la aplicación del ordenamiento requerirá de una voluntad inequívoca.

2) En segundo lugar, en el proceso arbitral se pueden interponer tres posibles tipos de pretensiones, es decir, las merodeclarativa, las constitutivas y las de condena. En la actualidad, la viabilidad de éstas dependerá de la materia de la que se haya dispuesto arbitrariamente, aunque solo parecen viables las destinadas a la condena a una obligación de hacer, no hacer o dar, materializables en el pago de una cantidad indemnizatoria, y prácticamente ceñidas al ámbito estrictamente económico o patrimonial. Parece difícil, con el alcance legal actual, que la Ley de Arbitraje pueda admitir una declaración arbitral modificadora de un registro, si no media la intervención de un órgano jurisdiccional. La pretensión merodeclarativa, por su lado, será posible cuando la parte que acude al arbitraje solicita una declaración del órgano arbitral que no requiera de posterior

¹⁹² A este respecto, coincidimos con ALCALÁ-ZAMORA, N., que lo que el juez hace no es aplicar caprichosamente la solución que en equidad estime oportuna, sino basado en aquellos principios generales del derecho y máximas de experiencia que sean más acordes al caso concreto, pues si «la equidad es un concepto flexible, no llega al extremo de carecer de límites que vienen fijados (...) por el litigio, que restringen sobremanera el absolutismo judicial», en *Autotutela, autocomposición y heterocomposición*, *op.cit.*, pág. 204-205.

ejecución, sino que, con el solo pronunciamiento del árbitro, se reconoce o niega el derecho, autoría, título, etc.

b. La tutela cautelar en el arbitraje

Tras la entrada en vigor de la nueva LEC/2000 es posible solicitar de los órganos jurisdiccionales del Estado la adopción de medidas cautelares antes, durante y con posterioridad al proceso arbitral. Se eleva, por tanto, el nivel de protección del tutelado que decide ejercer su derecho de acudir al arbitraje obteniendo, si así lo quiere, la tutela preventiva de los derechos que reivindica. En la medida en que la potestad limitativa de derechos siga, con exclusividad, en manos de los jueces, se requerirá de su colaboración para poder obtenerla.

Con la entrada en vigor de la LEC/2000, las partes podrán solicitar medidas cautelares pendiente un proceso arbitral o, como mínimo, la formalización judicial del arbitraje (art.38 LA) o el encargo a un centro de arbitraje (art.10 LA), ante el Juez de primera Instancia del lugar donde el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (arts.722 y ss LEC). El contenido de la medida deberá ser acorde con el tipo de tutela declarativa solicitada, con la debida exigencia *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* que pudiera derivarse de no mediar la tutela preventiva.

c. La tutela ejecutiva en el arbitraje

Ante el incumplimiento voluntario del laudo arbitral, la parte ejecutora podrá acudir ante los órganos jurisdiccionales del Estado para que ejerzan su *imperium* y hagan efectivo el laudo arbitral. El contenido de su actividad dependerá de la pretensión que se hubiera interpuesto en el proceso arbitral.

Los poderes del árbitro y la ejecución del laudo se encuentran, hoy por hoy, en contradicción. Sin embargo, si bien se puede establecer un arbitraje en

fase de ejecución para aquellas cuestiones incidentales sobre liquidación de la condena, dicha actividad sigue siendo declarativa.

B. El principio de la autonomía de la voluntad de las partes

Tras la prohibición por el Estado del recurso a la autotutela¹⁹³, se autogeneró la obligación de crear cauces *legales* para que éstos sometan sus controversias¹⁹⁴. Tal razonamiento es el punto de partida para entender estas fórmulas alternativas a la jurisdicción. En concreto, el arbitraje es un reconocimiento que el Estado hace a la libertad del individuo, de modo que, cede ante ella y limita o impide la actuación de sus representantes.

Este respeto por la autonomía de la voluntad del individuo se traduce en un derecho para el ciudadano y, en contraposición, una obligación para el Estado. En definitiva, esta «concesión» es la que diferencia los intereses públicos de los privados. Allí donde se establezcan límites o barreras a dicha autonomía, encontraremos el elemento público y, por tanto, el arbitraje o los procesos judiciales dispositivos, en principio, no debieran tener cabida; pero la práctica ha superado, una vez más, las previsiones legales.

El derecho a resolver ciertas controversias mediante el uso del arbitraje es consecuencia de la configuración del Estado Social y Democrático de derecho.

¹⁹³ Véase también DE LA OLIVA, A. (FERNÁNDEZ, M.A.), *op.cit.*, pág. 24, al afirmar que «tanto la función jurisdiccional como el proceso encuentran su planteamiento originario en la *abolición de la justicia privada*. Y el Derecho Procesal es fruto de una evolución, generalmente perfeccionadora, de los instrumentos de tutela y realización del Derecho Objetivo (...); todo es el fruto de un esfuerzo humano excelente, es la conquista de la civilización (...) consistente en la supresión del tomarse la justicia por la propia mano y e su sustitución por la administración de justicia a cargo de tercero o terceros *imparciales, independientes y objetivamente desinteresados* (...)».

También GONZÁLEZ MONTES, J.L., *op.cit.*, pág. 26.

¹⁹⁴ MONTERO AROCA, J., *Introducción...*, *op.cit.*, pág. 91, «La prohibición de la autotutela no puede establecerse como medida unilateral; junto con ella es necesario ofrecer al ciudadano un medio pacífico de resolución de conflictos. (...) La prohibición implica, pues, la aparición de la jurisdicción y la posibilidad de que los ciudadanos puedan acudir a ella, es decir, el derecho de acción». Según CALAMANDREI (citado en esta sede por MONTERO) «La historia de las instituciones judiciales demuestra de un modo clarísimo el desarrollo paralelo de dos fenómenos: a la gradual limitación de la autodefensa, corresponde, en sentido inverso, una gradual extensión y un progresivo reforzamiento de la ingerencia jurisdiccional del Estado en la defensa de los derechos privados».

Corresponde al ciudadano permitir actuar –o no- a los órganos jurisdiccionales. Así se desprende de su libertad (art.1) y del artículo 33 de la CE.

Si el ciudadano es libre para determinar las relaciones jurídicas en las que interviene y, junto a ello, la misma Constitución le reconoce el derecho a la propiedad privada, en todo aquel ámbito que se predique como tal, podrá actuar con autonomía y disponer, no sólo de sus relaciones materiales (creando, modificando o extinguiendo las mismas) sino que dicha capacidad de decisión y determinación alcanza a la solución que decidamos darle a dichos conflictos intersubjetivos¹⁹⁵. Si se me reconoce como libre para hacer dejación de un derecho privado, igualmente permisible es optar por cualquiera de los medios – legales- existentes para resolver un conflicto (principios dispositivo y de oportunidad).

Se trata, en definitiva, de una «opción» que abrirá paso (o no) a la heterocomposición, y dentro de ésta, al arbitraje o a la jurisdicción¹⁹⁶.

La acentuada presencia de la autonomía de la voluntad durante el arbitraje ha dado lugar a la teoría contractualista frente a las denominadas posturas jurisdiccionalista y mixta, cuya valoración de la eficacia de dicha autonomía se hace enteramente distinta. A la luz de lo dicho, la pregunta inmediata que debemos plantearnos es la siguiente: ¿en qué medida se manifiesta la autonomía de la voluntad en el arbitraje? ¿se encuentra presente de igual modo durante sus

¹⁹⁵ La aceptación del derecho de propiedad privada en el artículo 33 CE supone el máximo reconocimiento para el individuo de su ámbito de autonomía sobre sus derechos e intereses privados, sobre todo en lo que se refiere al destino económico que se le quiere dar, frente al cual el Estado dispondrá de una limitada posibilidad de actuación. En este sentido, véase también MONTERO AROCA, J., *Trabajos de Derecho Procesal*, Bosch, 1988, págs. 233 y ss.

¹⁹⁶ MONTERO AROCA, J., *Introducción...*, *op.cit.*, pág. 94, afirma que «La naturaleza de ambas formas de heterocomposición es la misma, aunque, en un caso, el arbitraje, intervienen uno o varios tercero nombrados por las partes, al amparo de la disposición legal correspondiente, para la solución de un conflicto determinado, agotándose su *auctoritas* en un único ejercicio, mientras que el otro, la jurisdicción, el tercero imparcial está establecido por el propio Estado para solucionar todos los conflictos que surjan, estando investido de *auctoritas* y de *potestas*».

diferentes fases?. Ante tales cuestiones se deben distinguir los diferentes momentos que durante un arbitraje se pueden reconocer.

a') Fase convencional: Parece indubitado el alcance público que se le reconoce a la autonomía de la voluntad, es decir, a la opción que ésta formule¹⁹⁷. Dicha elección se presenta plasmada a través de un convenio o contrato de eficacia *procesal* derivada *ex lege*.

El convenio se presenta como algo independiente del contrato principal, pero no del arbitraje, sino que, precisamente, es la fuente u origen del mismo, aunque éste sea una institución procesal que tome forma *a posteriori*; es precisamente una consecuencia del mismo. En cuanto acuerdo privado de voluntades, la presencia de la autonomía de la voluntad funciona como en cualquier otro contrato. Pero, en nuestra opinión, a la hora de crear un convenio arbitral se tienen en cuenta dos relaciones contractuales, la del contrato principal que será base del convenio y la relación contractual arbitral propiamente, de cierta eficacia procesal¹⁹⁸. Por esta misma razón, ya en esa sede, las partes del contrato y del futuro arbitraje deben plantearse cuestiones no sólo de derecho material (capacidad para contratar, disponibilidad material) sino también las relativas a la capacidad para ser parte, capacidad procesal y legitimación¹⁹⁹.

En la firma del convenio debe corroborarse que existe una identidad subjetiva y objetiva entre las mismas personas que aparecen en el contrato principal, y en el convenio, y sólo, sobre la base de la relación contractual que

¹⁹⁷ En este sentido, CARNELUTTI, F., «Arbitraje extranjero», *op.cit.*, pág. 462.

¹⁹⁸ Es decir que de este contrato pueden derivarse efectos de repercusión procesal, que afectan a un proceso. Como afirmaba con anterioridad CABALLOL ANGELATS, Ll., *op.cit.*, pág. 22, la ley no otorga nada que las partes no puedan dar con anterioridad, por eso mismo la jurisdiccionalidad de la institución por la que se opta derivará de la heterocomposición que están constituyendo las partes, pero los efectos procesales sí se presentan como un reconocimiento *legal* a favor de ésta.

¹⁹⁹ Ya lo adelantó GÓMEZ ORBANEJA (junto a HERCE QUEMADA), *Derecho Procesal civil*, I, Madrid, 1979, pág. 141, al reconocer la equivalencia entre conceptos tales como la capacidad para contratar o el derecho de disposición sobre un bien, típicos del ámbito del derecho material, con la capacidad procesal y la legitimación, dentro del Derecho Procesal.

allí se delimita, se puede disponer convencionalmente²⁰⁰; ésta no es más que otra manifestación de su vertiente procesal.

En ningún caso, estos aspectos procesales actúan *ad substantiam* en el convenio, pero los podemos encontrar presentes si observamos el posible despliegue de efectos positivos y negativos que produce. Tales términos los comprobaremos al desarrollar el arbitraje de la LA 1988 en materia de propiedad intelectual.

El convenio goza, por tanto, de una naturaleza híbrida²⁰¹. Es un contrato de repercusión procesal pues provoca, por un lado y *ab initio*, el «efecto negativo»²⁰² del convenio, al apartar a los órganos de la jurisdicción, así como, el de *litispendencia* arbitral y, por otro, el «efecto positivo»²⁰³ o la obligación para

²⁰⁰ Obviamente, se admiten modificaciones en las partes basadas en la *representación*; en el arbitraje, según se verá, no existen legitimaciones extraordinarias. También cabe ampliaciones o delimitaciones de la controversia o relación jurídica de la que derivan, pero siempre consensuadas.

Sin perjuicio de admitir aquellas alegaciones extemporáneas que contribuyan a delimitar la controversia. «Los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del convenio pero tampoco se hayan viculados por una exégesis literalista y restrictiva, pudiendo resolver no sólo las cuestiones consignadas en el convenio sino también las que deban considerarse comprendidas en el mismo por inducción necesaria de sus palabras» SAP Pamplona 24 diciembre 1996, RGD 1997, pág. 13710.

²⁰¹ CREMADES, B., ha sabido reconocer tal naturaleza en este contrato afirmando que «La eficacia positiva de la cláusula arbitral implica la puesta en marcha del procedimiento arbitral a pesar de la resistencia eventual de una de las partes (...). La cláusula arbitral genera también la base procesal para eventuales medidas provisionales en garantía del cumplimiento final y efectivo del laudo. En caso de incumplimiento, los jueces impondrán forzosamente la decisión arbitral», «Arbitraje en el siglo XXI», *La Ley*, 1190-4., pág. 1186.

²⁰² ALCALÁ-ZAMORA, N., «Examen de la Nueva Ley Española de Arbitraje», *Estudios de Derecho Procesal*, Tecnos, 1975, pág. 44 y CABALLO ANGELATS, Ll., *op.cit.* pág. 51 y ss. Aunque sea respecto a la Ley de 1953, GONZÁLEZ MONTES, J.L., «La excepción de compromiso», *op.cit.*, 413 y ss.

²⁰³ Art.11.1 «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 mediante la declinatoria».

La propia Jurisprudencia se ha pronunciado reconociendo que «esa obligación puede quedar implícita en el mismo convenio arbitral sin necesidad de que se reflejen estos términos, SAP Madrid 7 noviembre 1995, (RCEA 1996, pág. 118). Igualmente, SAP Sevilla 27 junio 1995 (RCEA 1997, pág. 161).

Veáse también al respecto, GETE-ALONSO, M.C., «La caracterización...». *op.cit.*, pág. 1036; FONT SERRA, E., «La nueva configuración...», *op.cit.*, pág. 351; VULLIEMIN, J.M., «La Ley de arbitraje y la especificidad del arbitraje comercial internacional», *La Ley*, 1990, págs. 919-920; REGLERO CAMPOS, F., *El convenio...*, *op.cit.*, pág. 89; ALBALADEJO, M., «El artículo 8 de la Nueva Ley de Arbitraje», *AC*, 1990, núm.5, pag.75.

las partes de estar y pasar por lo estipulado, a saber, un proceso y un laudo arbitral. Con posterioridad, durante el *iter* procedimental, el alcance de la autonomía es diferente así como el grado de protagonismo o intervención de los órganos del Estado. Dictado el laudo, decae la eficacia de la autonomía de la voluntad en aras de la eficacia pública de cosa juzgada.

b') Fase procesal: Hablar de esta fase supone referirse a la denominada «relación procesal arbitral». Tras la constitución del convenio arbitral y surtida esa peculiar eficacia, resta a las partes «ofertar» el arbitraje y «dar» el poder de decisión al árbitro al que pretenden erigir *supra partes*. Sólo cuando éste acepte tal encargo, quedará constituida la «relación heterocompositiva», limitada la eficacia de la autonomía de la voluntad y, *ex lege*, debe comenzar el arbitraje o proceso de tal tipo. El árbitro quedará sometido a responsabilidad y el curso del arbitraje seguirá adelante con independencia de cuál sea la actitud de las partes (art.22 LA). De ahí que nos parezca acertada la denominación de «relación procesal arbitral».

El concepto de autonomía de la voluntad explica el denominado «contrato de dación y recepción del arbitraje», pero no desde una visión restringida y contractualista, pues la relación tripartita entre el árbitro y las partes no puede quedar restringida a algo meramente contractual. Éste, una vez aceptado el encargo, se ha independizado frente a ellas: se produce un reconocimiento *legal* en favor de la autonomía de su voluntad²⁰⁴, pero sólo si el aludido contrato se desarrolló conforme a la Ley de Arbitraje. Reiteramos que la eficacia del convenio y la del propio arbitraje, no deriva sólo de la heterocomposición, sino del reconocimiento que de ésta hace el legislador si se somete a mínimos. Ésta es la única forma de entender que también en el arbitraje irritual existe heterocomposición.

²⁰⁴ De hecho, para volver a romper tal virtualidad, se requiere que ambas partes –de consenso expreso en cualquiera de sus formas (art.11.1 y 2)- se pongan de acuerdo en deshacer la eficacia que el legislador le reconoció a su actuación.

Llegamos al momento donde mayor limitación legal sufre la autonomía de la voluntad de las partes, pues el poder de decisión ya se encuentra instituido: el proceso arbitral. Ahora ya no nos referimos a un contrato que produce cierta eficacia procesal, sino que los elementos que lo califican son de otra índole. Su existencia es indubitada tras la nueva LEC.

5. El proceso arbitral

El proceso es, junto al elemento heterocomposición, el único nexo que realmente tienen de común la jurisdicción y el arbitraje. Coherentemente con el tratamiento dado al concepto de función arbitral, debemos averiguar por qué en el arbitraje existe un verdadero proceso arbitral, instrumento hasta el momento exclusivo de la jurisdicción.

El proceso es otro concepto definido desde los parámetros establecidos en la Constitución Española y desde una *perspectiva jurisdiccional del mismo*²⁰⁵. Desde esta postura, la jurisdicción sigue calificando este devenir o actividad en que consiste el proceso que, aunque de él se predique una naturaleza autónoma, su razón de ser parece encontrarse restringida al elemento estatal, la jurisdicción²⁰⁶.

²⁰⁵ Recordemos que en torno al proceso pueden formularse dos posturas, dependiendo de cómo se observe al elemento Jurisdicción. La primera se basa en una *perspectiva procesal de la Jurisdicción*, es decir, concibe a la misma como algo estático, como un poder del Estado que se constituye como presupuesto del mismo proceso. Frente a ésta, existe una postura dinámica en relación al concepto Jurisdicción y, por tanto, decisivo a la hora de observar el proceso; en tal sentido, este último concepto sólo se entiende en la medida de que es instrumento de la actividad jurisdiccional, de ese devenir cualificado destinado a aplicar el Derecho. *Vid.* GONZÁLEZ MONTÉS, J.L., *Instituciones...*, *op.cit.*, pág. 58-63.

²⁰⁶ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, I, *op.cit.*, págs. 294 y 295. Aquí el citado autor confirma el especial carácter que posee este proceso pues es instrumento necesario para la actuación de la Jurisdicción, de modo que, fuera de él no existe actuación jurisdiccional y dentro de él sólo se actúa Jurisdicción pero, además, se trata de un instrumento puesto a disposición de las partes para impetrar de los tribunales la tutela de sus derechos.

En sentido contrario PEDRAZ, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, 1990, págs. 203 y ss.

Si ponemos el acento en esta faceta tuteladora, siguiendo a CARRERAS LLANSANA, estos conceptos no se conciben si no sirven a la tutela de los derechos de los ciudadanos y nunca a los intereses del Estado²⁰⁷. Por tanto y sin pretender con ello dar una definición sino, antes bien, explicar su finalidad, el proceso sería un instrumento público al servicio de la tutela de los derechos. Proceso y jurisdicción aparecen en esta primera acepción unidos y se identificarían con esa *perspectiva jurisdiccional del proceso*. Pero junto a esto, una vez más, no se debe catalogar el concepto en cuestión, partiendo de la concepción que de este mismo se tiene dentro de la óptica del Poder Judicial. En la medida en que no existe un poder institucionalizado tras el arbitraje este instrumento debe tener algo distinto.

En primer lugar, nuevamente nos encontramos ante una *voluntas legislatoris* de beneficiar o reconocer la autonomía de la voluntad²⁰⁸. Según el artículo 21 LA el procedimiento arbitral se encuentra regido por los principios de dualidad de posiciones, contradicción y audiencia, principios naturales del proceso, para añadir a continuación, que el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a los de cosa juzgada (art.37). Es decir, que el Estado se vincula a través del resultado de la actividad arbitral heterocompositiva desempeñada conforme a la LA, se haya resuelto en derecho o equidad. Pero puntualicemos que sólo reconoce el resultado del arbitraje ritual o llevado a cabo mediante proceso.

Parece difícil, en segundo término, que el Estado se comprometa con la decisión de un tercero si no es porque se han tutelado derechos de sus súbditos y se ha actuado de forma garantizada. Es más, al no haber tras este instrumento un

²⁰⁷ CARRERAS LLANSANA, J., «La enseñanza del Derecho en España», *Derecho Procesal*, Madrid, 1987, págs. 192 y 193.

²⁰⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil*, *op.cit.*, pág. 95 reconoce que «El proceso es una creación humana artificial (...) mediante ley positiva. La Ley crea el proceso (porque) responde a necesidades humanas individuales y sociales (...), pero no es una realidad que se puede producir voluntariamente...». También *idem* (DÍEZ-PICAZO, I./VEGAS TORRES, J.), *Derecho Procesal*, Ramón Areces, 1999, pág.36.

poder estatal, dicho medio sólo puede estar al servicio de los derechos y nunca – peligro que acontece cuando nos encontramos ante la jurisdicción del Poder Judicial- como medio o instrumento de la política del Estado.

En último lugar, parece que si el legislador dotó a los jueces de este instrumento autónomo al reconocer el derecho fundamental del 24.1 CE, fue por la concepción que mantuvo en torno a todo este paradigma, porque no podía ser de otra forma en aquel momento. Pero, en la actualidad, reconocido este derecho a recibir una tutela mediante el uso del arbitraje, parece normal que se haya asignado tal instrumento.

Los ciudadanos tendrían un único instrumento, autónomo y público, para esperar del Estado *la tutela* de sus derechos dispositivos; de ellos depende el recibir una tutela procesal y heterocompositiva (*principio de oportunidad*), pero, si la solicitan, le corresponde al Estado garantizar unos mínimos en su obtención. Forma parte de la responsabilidad a la que se encuentra sometido. Mientras que en el arbitraje al Estado no le importa el poder (o autonomía de la voluntad) sino el *modus operandi*, ante la actuación de los órganos jurisdiccionales ambos conceptos aparecen unidos.

Los caracteres o notas de tal instrumento son las mismas, salvando este elemento diferencial y, sin perder de vista, que tras el proceso siempre está la figura del Estado, sea mediante esa *perspectiva jurisdiccional del proceso* o mediante esa intervención *legal*, reguladora de los mínimos del proceso²⁰⁹. Esta disyuntiva sigue siendo acorde con el papel socializador que adopta el Estado en estos tiempos. Seguimos ante un problema terminológico para aquellos defensores de la dependencia entre proceso y jurisdicción del Estado.

²⁰⁹ Por este motivo el Estado encarga a sus órganos jurisdiccionales que, si así lo solicitan las partes, anulen el laudo resultante que no respetó esos mínimos.

1

Capítulo tercero

**LA TUTELA ARBITRAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
CONFORME A LA LEY 36/1988, DE 5 DE DICIEMBRE**

2

3

4

5

6

I. CARACTERES

El arbitraje especial en propiedad intelectual es preexistente a la propia Ley de Arbitraje de 1988. Ésta lo recoge en sus disposiciones adicionales y lo sujeta a posterior desarrollo reglamentario, fruto del cual nace el RD 479/1989, de 5 de mayo²³², regulador de la composición y procedimiento de actuación ante la Comisión Mediadora y Arbitral de la propiedad intelectual.

El arbitraje allí establecido es un arbitraje para materias muy específicas, basado en la gestión colectiva y en una «forma de vigilancia» de las obligaciones a las que se encuentran sometidas las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, nada obsta a someter a un arbitraje general cualesquiera otros derechos de autor o conexos. En nuestra opinión, la razón por la que puede interesar acudir a la Ley de 1988 y no al arbitraje especial se centraría, principalmente, en torno a dos argumentos:

a) Por un lado, el hecho de que este arbitraje especial se celebre en el seno del Ministerio de Cultura, ha provocado en los operadores jurídicos una desconfianza a la hora de optar por este medio de tutela, pues supone una nueva forma de intervención estatal añadida al elevado elemento público al que se encuentra sometida esta propiedad.

b) Porque, en segundo término, las controversias objeto del arbitraje especial son reducidas, lo que supone, que un gran número de derechos en la materia carecería de protección arbitral. Si existe un derecho a acudir al arbitraje, debe permitirse al ciudadano autor, intérprete, programador, entidad de gestión o radiodifusión, disponer arbitralmente de los derechos que afirma ser titular.

²³² (BOE del 11 de mayo).

Establecido este primer matiz, se debe olvidar la naturaleza especial de este arbitraje, su gratuidad o su no necesidad de protocolización. Se trata de un arbitraje general que, por la especial naturaleza privada y pública de estos derechos, resulta atractivo su estudio, como forma de observar el tránsito del arbitraje en la actualidad, es decir, de lo privado a lo dispositivo, con una merma de la autonomía en aras del elemento económico y comercial²³³. Así se observa en la práctica internacional en esta propiedad inmaterial.

Se trata de un arbitraje voluntario, celebrado *ad hoc* o administrado por un centro, donde criterios de especialización, flexibilidad, celeridad y confidencialidad se hacen especialmente atractivos para los titulares de estos derechos de propiedad intelectual.

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El objeto del presente arbitraje será resolver las controversias presentes o futuras que pudieran surgir entre autores, artistas intérpretes, productores de fonogramas o videogramas o fotografías, editores, entidades de radiodifusión o de gestión o titulares de derechos *sui generis* sobre bases de datos (arts.160-164 LPI), sobre cualesquiera creaciones u obras dignas de protección por la Ley, siempre y cuando versen sobre su faceta contractual o de explotación y no se encuentren sujetas a limitación legal alguna.

1. Ámbito subjetivo

La LPI da cobertura a estos sujetos titulares de derechos de propiedad intelectual siempre que el titular sea español, europeo, tenga su residencia

²³³ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo. Parte General*, Madrid, 1994, págs. 533 y ss.; RIVERO YSERN, J., *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*, Madrid, 1969; LOZANO CUTANDA, R., *La nueva Ley de Arbitraje y el Derecho Administrativo*, Madrid, 1989; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Civitas, 1991; CASTRESANA SÁNCHEZ, L.F., «El arbitraje desde la perspectiva del sector público», *RCEA*, 1994, pág. 93 y ss.; MARESCA CABOT, J., «El arbitraje en Derecho administrativo», *TAB* núm.7, págs. 41 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F., «Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje», *op.cit.*, pág. 119.

habitual en España o, de no tenerla, haya realizado la primera publicación de su obra en nuestro país (art.160 LPI).

Estos mismos criterios son sostenibles a la hora de delimitar el ámbito subjetivo de este arbitraje, teniendo en cuenta que se trata de un arbitraje nacional o, de ser extranjero, se eligió la LPI española para aplicarla al fondo del litigio y la Ley de arbitraje, al procedimiento arbitral. Si el arbitraje fue celebrado en equidad, al no haber norma de aplicación, podrán acudir al arbitraje cualesquiera autores, artistas, etc., con independencia de su nacionalidad; el criterio seguirá siendo la Ley aplicada al procedimiento arbitral, la Ley de 1988.

Dentro de las posibilidades que ofrece la propiedad intelectual, encontramos tres tipos de relaciones jurídicas:

a) En primer lugar, encontramos una relación entre *autores*. Junto a los derechos morales se sitúan los derechos de explotación, cuya titularidad y disponibilidad material y procesal no siempre les pertenece.

b) En ocasiones se les priva a los titulares de derechos de la disponibilidad material y, por tanto, la procesal a favor de las denominadas *entidades de gestión*, que tiene encomendada la administración y protección de sus derechos. Estas actuaciones no siempre tienen como base un contrato pues, en ocasiones, su actuación responde a un mandato legal. Para la solución de las controversias que de estos derechos se deriven, debe admitirse un arbitraje conforme a la Ley general; si se trata de uno de esos conflictos susceptibles de ser sometido al arbitraje de la CMAPI, lo que no podrán las partes hacer es modificar el procedimiento y objeto de tutela establecida en el RD regulador de tal comisión.

c) Junto a estos derechos de gestión colectiva encontramos aquellos que poseen los *autores*, que son de ejercicio y *gestión individual*. Nada obsta tampoco a que entre el autor y la entidad en cuestión se celebrara un arbitraje, pues de derechos subjetivos en su faceta económica o de explotación se trata.

d) Igualmente existe una relación entre la entidad de gestión y el intermediario que utiliza las obras para que las disfrute el público. Nos referimos a la explotación que, en cualquiera de sus modalidades, realizan los empresarios integrantes de una *asociación de usuarios o las entidades de radiodifusión* de obras. En este supuesto se observa una clara intervención pública. A los efectos de tutelar estos derechos de gestión colectiva necesaria y poder facilitar la actividad empresarial de estos usuarios, así como tutelar al autor frente a este uso masivo de obras, se le imponen ciertas obligaciones a las entidades de gestión (art.157 LPI). Las controversias que surjan de la aplicación del citado precepto serán susceptibles, previo sometimiento, de ser arbitrales ante la CMAPI, sin perjuicio de que las partes puedan optar por acudir a la Jurisdicción o al arbitraje de la Ley de 1988.

2. Ámbito objetivo

En la presente propiedad encontramos un marco legal de autorizaciones que sobrepasa al contractual²³⁴. Ello hace que no siempre encontremos un contrato entre el usuario y la entidad de gestión, lo que dificulta la celebración de un arbitraje, sea el de carácter general o incluso ante la aludida CMAPI.

Son numerosos los intentos de delimitación que se han llevado a cabo en relación con las materias que son *arbitrables*²³⁵, aunque ha sido labor de la jurisprudencia la ir abriendo el camino del arbitraje hacia los conflictos con elemento público²³⁶.

²³⁴ Nos referimos a las aludidas limitaciones *impropias* que podía sufrir el autor en relación a sus explotadores.

²³⁵ Vid. al respecto, CHILLÓN MEDINA, J. y MERINO MERCHÁN J., *Tratado de Arbitraje interno e internacional*, Civitas, 1978, 138-139; MUÑOZ SABATÉ, L., «La Ley de arbitraje: un campo sembrado de minas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1995, págs. 197-206; REQUEJO PAJES, J.L., «La nueva configuración del arbitraje», *RCEA*, 1988-1989, pág. 51; GARCÍA RUBIO, P., «El convenio arbitral en ...», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1988-1989, pág. 76; LOIS CABALLÉ, A., «Comentarios a la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje», *RGD*, núm.543, 1989.

²³⁶ Vid. dicha tendencia en CASTRESANA SÁNCHEZ, L.F., «El arbitraje desde la perspectiva del sector público», *op.cit.*, págs. 93 y ss.; PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo. Parte General*, *op.cit.*, págs. 533 y ss.; RIVERO YSERN, J., *El Derecho Administrativo y las relaciones entre*

A. Arbitrabilidad conforme a la normativa de propiedad intelectual

Para su estudio debemos partir de dos premisas. Por un lado, la de que sólo son susceptibles de arbitraje los denominados *derechos de explotación*, pues cualquier modificación o transformación de la obra, además de derivar derechos de este tipo, afectaría al derecho moral del autor, de naturaleza indisponible²³⁷. En segundo término, nos parece fundamental escindir los *derechos de ejercicio individual*, siempre disponibles para las partes, de aquellos de *gestión colectiva*:

a) Por lo que se refiere a los derechos de gestión individual, actuarán legitimados ordinariamente para iniciar un arbitraje, conforme a la Ley de 1988, aquellas personas que aparecen como titulares de la relación jurídica convencional. Estas controversias pueden versar sobre alguno de los siguientes derechos, con independencia del tipo de obra sobre la que recaigan y requieren de una autorización expresa para su uso singular.:

- Derechos de explotación del art.17 LPI en cualquiera de sus modalidades;
- Cesión en exclusiva del art.48 LPI;
- Contrato de edición (art.58) o de representación teatral y musical (art.84);
- Autorización de explotación en vídeo doméstico (art.88);

particulares, op.cit.; LOZANO CUTANDA, R., *La nueva Ley de Arbitraje y el Derecho Administrativo, op.cit.*; MARESCA CABOT, J., «El arbitraje en Derecho administrativo», *op.cit.* págs. 41 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F., «La nueva Ley de Arbitraje», *op.cit.*, pág. 119; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil, op.cit.*, pág. 101.

También la Jurisprudencia ha sido tajante en torno a este punto según se desprende de la SAP Pontevedra 13 de junio 1994 (RCEA 1994, pág. 247) y SAP Madrid de 7 de noviembre de 1995 (RCEA, 1996, pág. 10).

Dentro del ámbito internacional *vid.*, PEARSON, H., «Intellectual property disputes and arbitration. A comment on a Recent ICC Report», *The Journal of World Intellectual Property*, 1998, núm.5, págs. 852 y ss., sobre la posibilidad de admitir arbitraje en materia de validez de patentes, por ejemplo, en los diferentes países de nuestro entorno.

²³⁷ No faltan reivindicaciones en el ámbito del arbitraje internacional que intentan admitir como arbitrables tales derechos morales. En nuestra opinión, dentro del marco de nuestro ordenamiento, se hace difícil admitir tal posibilidad, pues el derecho moral forma parte del derecho fundamental a la integridad moral de la persona y de su personalidad. En el medida en que se acepta como derecho fundamental, la autonomía de la voluntad no puede alcanzarle.

- Cualquier otra autorización para uso de obra singular o «obra de gran derecho» sea por el autor, artista intérprete o ejecutante o por el productor de fonogramas u obra audiovisual o por el titular de fotografías, etc.

b) A fin de evitar paralizaciones en el uso de la obra y explotaciones no controlables y, probablemente, indebidas, el legislador ha sustituido la gestión individual de derechos por la colectiva. El silencio legal permite el uso del arbitraje pero, en este aspecto, la intervención estatal es mayor. Para estos casos se creó la tutela privilegiada arbitral de la *Comisión Mediadora y Arbitral de la propiedad intelectual*.

El mayor problema se centra en averiguar el sentido de los términos del RD regulador de la CMAPI, cuando afirman que se puede pactar un convenio arbitral conforme a la Ley 36/1988, «si bien no podrán incluirse en dicho convenio cláusulas que se opongan a lo establecido en esta disposición o impidan someter a la Comisión arbitral los conflictos que puedan plantearse al amparo de lo dispuesto en el artículo 143, b) de la Ley de Propiedad Intelectual (hoy 158 LPI)».

Este mandato del RD podría entenderse que es de orden público, en el sentido de reconocer una exclusividad competencial a la Comisión para conocer las controversias que los arts.157 y 158 LPI parecen atribuirle²³⁸. Sin embargo, son muchas las razones por las que debe de admitirse la compatibilidad entre ambos cauces arbitrales por las siguientes razones:

1. En nuestra opinión, el legislador ha creado un arbitraje especial y, si queremos obtener las ventajas que éste nos ofrece, debemos restringirnos a lo dispuesto por la LPI y el citado RD. Pero, como todo arbitraje, siempre será

²³⁸ De ser así, nos encontraríamos ante materias inarbitrables conforme a la Ley de Arbitraje general pero, incluso en este caso, debería admitirse tal posibilidad, si nos acogemos a la tendencia jurisprudencial actual, de aceptar la arbitrabilidad de aquellos aspectos dispositivos lindantes con materias reservadas como como tal. Sería, pues, posible aceptar arbitrajes generales en materias reservadas a la CMAPI, en tanto en cuanto no contraríen dicho orden y los mínimos de ese RD.

voluntario²³⁹. No priva, en este caso, del derecho a la tutela judicial efectiva ni tampoco del derecho a recibir una tutela arbitral (conforme a la Ley 36/1988), pues constituiría un atentado contra los principios dispositivo y de oportunidad²⁴⁰.

2. Tal expresión implica, en nuestra opinión, la obligación de no modificar la competencia, procedimiento, etc. regulado por el RD para acudir ante la CMAPI, *en aquellos casos en los que se acudiera voluntariamente a ella*.

Para solucionar esta cuestión, se hace necesario averiguar de qué tipo de controversias se está hablando²⁴¹:

- Aquellas que versen sobre la recaudación de los derechos de remuneración de cualquier clase, cuya gestión haya sido encomendada por la Ley a una entidad de gestión por ser de naturaleza colectiva. Nos referimos a los derechos de los autores y de los artistas intérpretes y ejecutantes de los arts. 25, 90, 116, 122, 108 y 157.2 LPI²⁴².

- En segundo lugar las autorizaciones para retransmitir por cable (art.157.4);

- Autorizaciones para uso de repertorio de obras (art.157.2);

²³⁹ Véase la STC 174/1995, 23 de noviembre (BOE del 28) y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Las pretendidas funciones arbitrales de la Comisión Arbitral y Mediadora de la Propiedad Intelectual», *Rev.Der.Procesal*, 1996.2, págs. 367 y ss, VALENCIA MIRÓN, A., «El derecho a la tutela judicial efectiva y la Ley de arbitraje», *RCEA*, 1997, pág. 155 y ss. y también mi comentario «La inconstitucionalidad del art.38.2 de la Ley de Transportes terrestres», *AC* núm.29, 1997, págs. 1 y ss.

²⁴⁰ Ante tal situación, resulta excesivamente forzada la búsqueda de aquellas materias que no son objeto de conocimiento de la CMAPI a pesar de lindar con sus competencias. Se nos ocurren conflictos como los siguientes. Por un lado y la vista de la limitada legitimación que permiten la LPI y el RD que desarrolla la Comisión, podría solicitar un arbitraje conforme a la Ley de 1988 un tercero (Ayuntamiento o empresario) que pusiera en tela de juicio los términos de un convenio marco, o cualquier modificación de las condiciones contractuales firmadas para la utilización de un repertorio de obras, por ejemplo.

²⁴¹ La legitimación a la que quedan sujeta los conflictos derivados de estas controversias queda limitada entre las entidades gestoras de estos derechos y las asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión, y son precisamente estos conflictos los que la CMAPI pretende atraer para sí.

²⁴² A la luz de esta afirmación nos parece conveniente advertir del diferente talante que tiene en España esta Comisión para la protección de la propiedad intelectual, frente a la *Schiedsstelle* alemana o el *Copyright Tribunal* inglés, según se verá en la sede correspondiente. Estos últimos se presentan como medios de control de la gestión colectiva y, en cierta medida, monopolística, que tienen encomendada las entidades de gestión. Ante tales tribunales no existe opción posible como la que nos planteamos ante la CMAPI. Se trata de arbitrajes y pseudo-arbitrajes forzosos pues a ellas se les encarga la protección de tales derechos, por cauces diferentes al judicial, pues requiere la especialización de sus miembros.

- Conflictos que versen sobre la determinación de las tarifas generales a desembolsar por el usuario de un repertorio de obras (art.157.2);

- Cualquier desacuerdo en torno a los contratos generales a los que está obligada a celebrar la entidad de gestión con las asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión (art.157.2).

En conclusión, los supuestos relativos a los derechos de explotación derivados de la propiedad intelectual en los que las partes pueden tener posibilidad de acudir a la Ley general de Arbitraje, serán los siguientes: a) arbitraje que, podríamos denominar «interno» entre la entidad de gestión y uno o varios autores; b) en segundo término, el arbitraje entre la entidad de gestión y la asociación de usuarios correspondiente o entidad de radiodifusión de obras²⁴³; c) en tercer lugar, también hallamos susceptible de este tipo de arbitraje las controversias que pudieran derivarse de la contratación de obras para retransmisión por cable²⁴⁴; d) por último, nada obsta a la arbitrabilidad de las consecuencias civiles económicas derivadas de un delito de propiedad intelectual.

B. Materias que no pueden ser objeto del arbitraje en materia de propiedad intelectual

El art.2.1 LA es poco preciso²⁴⁵ a la hora de determinar los criterios de exclusión de la arbitrabilidad de una materia. Junto a las aludidas con anterioridad, debemos distinguir aquellas otras que afectan al estatuto personal,

²⁴³ Dos precisiones son necesarias al respecto. Por un lado, que nunca podemos encontrarnos, según se vio al tratar la legitimación, ante un supuesto de «representación institucional», pues las entidades de gestión no nacieron con tal vocación. En segundo lugar, que, en cuanto representación voluntaria, debiera admitirse como representante del autor que pretende acudir a arbitraje, cualquier tercero al que se le otorgara poder suficiente.

²⁴⁴ Se trata ésta de otra competencia, en principio, asignada a la CMAPI pero solo en materia de mediación y/o integración del contrato. Debido a un descuido del legislador no se encuentra sometida a la competencia arbitral de la Comisión. Por esta razón creemos susceptible de sometimiento al arbitraje de la Ley 36/1988, si así lo determinan las partes.

²⁴⁵ Art.2.1 «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

al orden público y o que resultan adispositivas, bien por razones materiales o procesales.

a) Materias que afecten al *estatuto personal*: En la elaboración de un convenio arbitral resulta de rigurosa aplicación el artículo 1814 Cc., concerniente a la indisponibilidad sobre aspectos tales como el estado civil, matrimonio o alimentos futuros, ampliándose en la práctica a aspectos tales como la nacionalidad, adopción, tutela, emancipación, domicilio, cuestiones relativas a derechos políticos y honoríficos, etc., así como toda aquella materia que vayan inseparablemente unida a ésta.

El derecho moral, en cuanto supone una extensión de la personalidad del autor, quedará excluido de un posible arbitraje. Nada impide que —a la vista de la práctica internacional donde se admite el arbitraje en materia de patentes, licencias o marcas²⁴⁶— la autonomía de la voluntad también pudiera alcanzar a estos derechos. Pero hoy por hoy, en cuanto que se trata de un derecho irrenunciable, no se parece susceptible de arbitraje.

b) Materias que afecten al *orden público*: Salvo en materia de anulación del laudo, la LA no concreta los límites que, para la *arbitrabilidad*, este concepto conlleva. Obviamente, no se admiten en nuestro ordenamiento los actos que sean contrarios al *orden público*, a las *normas imperativas*, ni tampoco a *terceros* (art.6 Cc.)²⁴⁷, y así lo ha declarado la jurisprudencia y doctrina²⁴⁸ con carácter unánime, sin que falte alguna postura discrepante al respecto²⁴⁹.

arreglo a las leyes, debe intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos».

²⁴⁶ PEARSON, H., «Intellectual Property and Internet. A comparison of United Kingdom and US Law», *The Journal of World Intellectual Property*, 1998, págs. 828 y ss; *idem*, «Intellectual property disputes and arbitration. A comment on a Recent ICC Report», *The Journal of World Intellectual Property*, 1998, núm5, págs. 852 y ss.; REQUEJO ISIDRO, M., «Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional», RCEA, 1995, págs. 60-63; JAYME, E., «L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées», *Annuaire*, sesión Basilea, 1991, vol.64, pág. 16-17.

²⁴⁷ Art.6 Cc. «La exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el orden público ni perjudique a terceros».

Se encuentra formado por ese conjunto de principios y valores jurídicos, religiosos, morales, etc. que integran una sociedad y que debemos extenderlo, no sólo al *orden material*, sino que también existe un *orden jurídico procesal*²⁵⁰. Este último, no se quiebra al someter a arbitraje aquellas materias para las que el legislador creó un proceso especial, alejado de la tutela ordinaria²⁵¹. La tutela privilegiada no es lo que caracteriza la inarbitrabilidad de un derecho sino que, al contrario, es el carácter de privado o público de ese derecho material en cuestión. Es más, incluso en la materia objeto de estudio existe una tutela privilegiada arbitral (RD) y otra general, sin perjuicio de poder optar por aquella que se considere más oportuna.

Un carácter mucho más concreto tiene el concepto de *norma imperativa*, por la falta de «dimensión extrajurídica (organización del Estado) e incluso filosófica (principios generales) que tiene el concepto de orden público» y se caracterizan por incorporar una cláusula específica por la que se declara, en la misma norma, la nulidad de lo actuado. Así pues, la norma imperativa no puede ser derogada o afectada por la decisión de un árbitro pero, contrariamente, sí puede ser correctamente aplicada por él²⁵². Esta idea tiene especial

²⁴⁸ En torno a este concepto *vid.* ESPLUGUES MOTA, C., *La relatividad del orden público en el Derecho Internacional Privado Español*, Tesis de Licenciatura, inédita, pág. 22; AGUILAR NAVARRO, M., «El orden público en el Derecho Internacional Privado», *REDI*, 1953, pág. 188; BARONA VILAR, S., «El Recurso de anulación del laudo arbitral», *RCEA*, 1988-1989, pág. 111 y ss.; REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Tecnos, 1974, pág. 229; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 725; LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje...* *op.cit.*, págs. 514 y ss.

²⁴⁹ MUÑOZ SABATÉ, L., «La Ley de Arbitraje: un campo sembrado de...», *op.cit.*, pág. 199, estima que este artículo ni está pensado, ni literalmente sirve para una integración normativa del arbitraje, aunque indudablemente puede resultar provechoso para una interpretación analógica. El precepto, concretamente en su párrafo segundo se refiere al supuesto de que el árbitro al laudar hubiera aplicado de modo contrario a Derecho una norma concebida como *orden público*, pero esto —en opinión del autor— no afecta al convenio sino a la actividad arbitral. Según éste, no existe norma aplicable al convenio arbitral que sea relativa al orden público pues incluso el núm.4 del art.45 se refiere a la fase de anulación, no a la de creación del acuerdo de sumisión a arbitraje.

²⁵⁰ Tal distinción la recogen, entre otras, SAP Madrid 10 abril 1992 (RCEA 1993, pág. 196) y SAP Madrid 22 septiembre 1992, (RCEA 1993, pág. 201).

²⁵¹ En sentido contrario opina *vid.* REQUEJO PAJES, J.L., *op.cit.*, pág. 57; véase también MUÑOZ SABATÉ, L., *op.cit.*, pág. 200.

²⁵² MUÑOZ SABATÉ, L., *op.cit.*, pág. 202.

transcendencia en materia de propiedad intelectual. Todos los supuestos de gestión colectiva que vienen expresamente establecidos por la Ley, son norma imperativa para las partes y los árbitros; nada obsta, sin embargo, para someter a arbitraje ciertos aspectos de un derecho de gestión singular (materia arbitrable), sujeto a derecho de remuneración (materia inarbitrable), o para que sea la misma entidad la que disponga convencionalmente de estos derechos que la Ley le atribuye como suyos.

c) Indisponibilidad por *razones materiales*: Los derechos de propiedad intelectual, en sus dos facetas, derecho moral-derecho de explotación, gozan de aspectos que quedan fuera del alcance de la autonomía de la voluntad de las partes.

Respecto de la irrenunciabilidad del primero, el moral, no existe duda. En relación con los derivados de la explotación de la obra, solo deben quedar fuera del alcance de la capacidad dispositiva del autor, cuando se haya encomendado una gestión sea colectiva. A la parte titular se le privó de poder de disposición y de legitimación y ello le impide disponer arbitral o judicialmente de su derecho²⁵³. Lo que el legislador ha hecho en estos casos es desplazar la legitimación, habilitando a las entidades de gestión para el ejercicio de estos derechos. Precisamente para estos casos el legislador creyó aconsejable el arbitraje especial de la CMAPI.

Por último, resta aludir a los supuestos de *inarbitrabilidad material por la conexión* que se deriva de los arts.2 y 45.4 LA. En este caso, «la materia indisponible (por su naturaleza) se integra sustantivamente con la que, no

²⁵³ Esto es así por la razón de que un mismo derecho de propiedad intelectual puede ser objeto de una gestión individual (derecho a contratar con una editorial) y de una gestión colectiva (derecho de remuneración por copia privada). En todo caso, de aceptarse la posibilidad de permitir a la entidad de gestión actuar por derechos individuales, se trataría de un supuesto de representación voluntaria, nunca de legitimación.

siéndolo, se ve afectada por la indisponibilidad de aquella, todo ello en beneficio de la sustantividad única del objeto conflictivo»²⁵⁴.

Un ejemplo se presenta con el derecho de transformación, que afecta al derecho moral, y al derecho de explotación que se tiene sobre la obra. Nos cabe la duda de que, en el estadio actual en el que se encuentra el arbitraje, si un árbitro apreciara un abuso de posición dominante en el contrato sobre el que recae sobre este derecho y decidiera declarar la nulidad del contrato, sobre la base del artículo 5.2.a) LA y artículo 21 LPI, debería ser aceptada a pesar de que el árbitro se «entromete» en materia de orden público.

d) *Indisponibilidad por razones procesales*: Son varias las limitaciones que la Ley plantea a las partes y al árbitro.

En primer lugar, queda fuera del alcance de las partes aquellas materias sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva²⁵⁵. Efectivamente, la *eficacia de cosa juzgada* impide volver a disponer *procesalmente* de estos mismos derechos.

No resulta contrario, sin embargo, a la función que realizan los árbitros el poder decidir sobre aquellas cuestiones incidentales que afecten a la ejecución, por la simple razón de que se atiende a aquellos aspectos dispositivos, que deberían resolverse a través de un incidente declarativo y esa función corresponde, no sólo al juez, sino al árbitro²⁵⁶. Tras una sentencia judicial declarativa de derechos de propiedad intelectual puede que se acuda a un arbitraje destinado a obtener la liquidación de los derechos de explotación.

²⁵⁴ REQUEJO PAJES, P., «El convenio arbitral...», *op.cit.*, pág. 59 y GUASP, J., *El arbitraje en Derecho Español*, Bosch, 1956, pág. 122.

²⁵⁵ «salvo los aspectos derivados de su ejecución» (art.2.1).

²⁵⁶ MONTERO AROCA, J., *Comentario breve...*, *op.cit.*, pág. 28; PUIG FERRIOL, L., (Coor.BERCOVITZ), *op.cit.*, págs. 35 y 37.

La inarbitrabilidad por razones procesales incluye no confundir la legitimación *ad processum* (capacidad) con el concepto de legitimación *strictu sensu*. La limitación de la autonomía de la voluntad sufrida *ex lege* por ampliación o privación de la gestión de un derecho no priva de capacidad a su titular. Éste es perfectamente capaz y sólo carece de la facultad dispositiva de la relación jurídica material a debatir –bien por ser materia inseparablemente unida a una adispositiva por su propia naturaleza (orden público) o porque la ley le priva de su disponibilidad-.

La legitimación *ad processum* o capacidad queda afectada en otros supuestos. Observamos que existen cuestiones que afectan a la *persona*, bien por falta de capacidad de obrar o porque debe de intervenir un Ministerio Fiscal²⁵⁷. En este supuesto lo que hay es una inarbitrabilidad por falta de capacidad para comprometerse y comparecer en un juicio (art.2 LEC), por no poder «actuar por sí mismos» (art.2.1.c) LA).

II. LA FORMALIZACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

La Ley de Arbitraje de 1988 guarda silencio en torno al concepto de convenio arbitral y más bien realiza una simple descripción de sus contenidos y efectos²⁵⁸. Nos encontramos ante una *fuerza de poder o autoridad* que habilita a

²⁵⁷ Vid. O'CALLAGHAM, X., «El contrato de compromiso...», *op.cit.*, pág. 7; FONT SERRA, E., «La nueva configuración del arbitraje en el Derecho Español», *Justicia* 1989, pág. 348; PUIG FERRIOL, L., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 42.

²⁵⁸ Alguna doctrina se ha preocupado por dar una definición que abarque todos los extremos que reúne el mismo. Así, GETE-ALONSO, M.C., «La caracterización...», *op.cit.*, pág. 1037, define el convenio como «el medio técnico a través del cual se acuerda con voluntad de crear una necesidad jurídica (obligatoria) que la resolución de los conflictos surgidos de relaciones jurídicas se resuelva a través de una vía distinta de la de los Tribunales, es un pacto (acuerdo consensual) que pertenece al ámbito de los negocios jurídicos patrimoniales» pero de *eficacia procesal innegable*.

También nos parece acertada la definición de Díez-Picazo, L., «El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje», *ADC*, 1954, págs. 1155 y ss., cuando afirma que «es un negocio jurídico, un acto que crea una relación jurídica. La relación jurídica creada por el pacto compromisorio es toda la relación arbitral, (que tiene) dos fases: prearbitral y arbitraje estricto (...). El contenido de esta fase previa está formado por un derecho recíproco de ambas partes, cuyo dorso es un deber de las mismas; el derecho y el deber de someter a un juicio arbitral las cuestiones surgidas de una determinada relación jurídica (...). Cada uno de los contratantes tiene derecho o acción para exigir el cumplimiento de lo pactado y el otorgamiento de la escritura».

un tercero privado para que ejerza el *ius dicere* ante la controversia que le presenten las partes. El convenio es una «fuente ordinaria del arbitraje»²⁵⁹, cuya consecuencia directa y *ex lege* es el procedimiento arbitral. La imperfección de este acuerdo arbitral supondrá la ineficacia o imposibilidad de producir los efectos que le reconoce la Ley por inexistencia de poder para juzgar. Debido a una *voluntas legislatoris*, de un acuerdo contractual de voluntades se deriva una *dejación*²⁶⁰ del derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales civiles, manifestada, en sentido contrario, a través de los denominados efectos positivos y negativos del convenio arbitral (art.11.1 LA)²⁶¹.

1. El convenio arbitral en materia de propiedad intelectual.

Con la entrada en vigor de la LA de 1988, quedó superada la problemática distinción existente, durante la vigencia de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953, relativa a la *cláusula compromisoria* y al *compromiso arbitral*,

El contrato de arbitraje y el procedimiento arbitral se han identificado por un sector doctrinal como instituciones diferentes dotadas de una naturaleza y razón de ser propias, aunque necesariamente interdependientes la una de la otra. Se trata de un medio técnico de fijación contractual pero de repercusiones procesales; la más importante consiste en dar lugar a un procedimiento arbitral de naturaleza procesal. En este sentido, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., «El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje», *ADC*, 1954, pág. 1160; GETE-ALONSO, M.C., «La caracterización...», *op.cit.*, pág. 1037.

Vid. también REGLERO CAMPOS, F., *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de Diciembre de 1988)*, Montecorvo, 1991, pág. 66.

²⁵⁹ CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: interno e internacional*, *op.cit.*, pág. 57.

²⁶⁰ No constituye en ningún caso una renuncia al *derecho a la tutela judicial efectiva* como se ha pretendido hacer ver por algún sector doctrinal (CREMADES, B.M., «El Arbitraje en el Siglo XXI», *La Ley*, 1990-4, pág. 1184; MORENO CATENA, V., «Análisis crítico del Proyecto de Ley de Arbitraje», *Estudios de Derecho de Arbitraje*, 1988, pág. 194; REGLERO CAMPOS, F., *El arbitraje...*, *op.cit.*, pág. 83), pues continuamos teniendo un derecho subjetivo público frente a los órganos jurisdiccionales del Estado aunque limitado a determinadas actuaciones durante y con posterioridad al procedimiento arbitral. El Juez se convierte por Ley en un colaborador necesario del árbitro. Dicho acceso ante la Jurisdicción forma parte del mismo derecho a la tutela. Confirmando dicha postura, véase el tenor de la propia Ex.Mot. y GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., «La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de arbitraje», *La Ley*, 1990, núm.2477, pág. 1031 y ss.; GÓMEZ DE LIAÑO, F. (Coor. BERCOVITZ), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, *op.cit.*, pág. 173; indirectamente O'CALLAGHAN, X., «El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 1988, de 5 de diciembre», *AC*, núm.1 semana 2-8 enero 1989; VALENCIA MIRÓN, A., (Coor. LORCA NAVARRETE), *Breve Comentario a la Ley de Arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1989, pág. 42 y ss.

unificándose el acuerdo de voluntad de sometimiento y el consenso necesario para el nacimiento del arbitraje a través del denominado, *convenio arbitral*²⁶². No obstante, no se nos pasa inadvertido, el uso que en la actualidad todavía se hace de estos conceptos dentro del ámbito internacional²⁶³. Se tiende a diferenciar los supuestos en los que la controversia no ha surgido todavía (*cláusula compromisoria*), de aquellos en los que el litigio ya no es tanto potencial, sino real (*contrato de compromiso*), perdiendo el sentido de «pre-contratos» que se le reconocía en antaño; ahora, desde el momento que nace el litigio dicho *compromiso o convenio* despliega la eficacia negativa propia del arbitraje.

²⁶¹ Art. 11.1 LA «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 mediante declinatoria».

²⁶² Es abundantísima la Doctrina y Jurisprudencia existentes en torno a estos conceptos, característica de una transición -marcada por el nacimiento de la Ley de 1988 -hacia una nueva época en el arbitraje, que pretende alejarse del carácter obstruccionista que ambas cláusulas supusieron en el ámbito del arbitraje mercantil internacional, donde se requería *ad validitatem* una *formalización judicial o notarial* de la voluntad de someter al arbitraje el litigio en cuestión, con el fin de que tal compromiso produjera sus efectos negativos, impidiendo entrar a conocer del asunto a los órganos jurisdiccionales de un Estado. La cláusula compromisoria, por sí sola, no producía sus efectos, pues «*sólo el compromiso arbitral voluntariamente formulado o pendiente de formalización judicial*» puede impedir acudir ante la Jurisdicción (SAP Barcelona 21 diciembre 1990, RJC 1991, II, pág. 98). Con ello, una vez más, se hacía depender el arbitraje de la intervención de los órganos jurisdiccionales y se establecía una vía de escape para la parte demandada, de forma que, nacida la controversia, se hacía inviable por existir tan sólo un contrato preliminar de arbitraje no elevado, normalmente, a escritura pública.

Vid. LORCA NAVARRETE, J.M, *Derecho de Arbitraje Español*, *op.cit.*, pág. 74; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, *op.cit.*, pág.33; DíEZ-PICAZO, L., «El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje», *op.cit.*, pág. 1157; FONT SERRA, E., «Nueva configuración...», *op.cit.* pag.354; RAMOS MÉNDEZ, F., *Arbitraje y proceso internacional*, Bosch, 1986, pág. 74; CHILLÓN MEDINA, J. Y MERINO MERCHÁN, J., *Tratado de Arbitraje Interno e Internacional*, *op.cit.*, págs. 138 y ss.; LÓPEZ Y LÓPEZ, A., (Coor. BERCOVITZ), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Tecnos, 1991, pág. 67; CALVO CARAVACA, L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *El Arbitraje comercial internacional*, Madrid 1989, pág. 56; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., «La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de arbitraje», *op.cit.*, pág. 1031 y ss.; GARCÍA RUBIO, P., «El convenio arbitral en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *op.cit.*, pág. 71; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El largo camino hacia la Ley 36/1988, de Arbitraje», *RCEA*, 1988-1989, págs. 29 y ss.

²⁶³ *Vid.* Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958 (BOE 9 y 11 de 1977) y el Convenio de Ginebra de 5 de marzo de 1961 sobre arbitraje comercial internacional (BOE 4 octubre 1975) e incluso los Reglamentos de Arbitraje Institucional Internacional de la OMPI, según se verá en un capítulo destinado al estudio del mismo.

Hoy, se trata de un «negocio jurídico que crea, modifica, extingue relaciones jurídicas *disponibles* a través de un procedimiento arbitral»²⁶⁴, siendo éste consecuencia directa y necesaria para poder alcanzar los efectos deseados. En torno a este primer aspecto es donde se va a presentar el problema principal a la hora de aceptar, con carácter general, el arbitraje en materia de propiedad intelectual pues, ni todos los derechos derivados de tal propiedad son disponibles, ni su titular posee sobre ellos su disponibilidad material y/o procesal, debido a la gestión colectiva que, de algunos de ellos, encomienda la Ley a las entidades de gestión, convirtiendo dicha privacidad en colectividad, en interés digno de cierta intervención estatal.

El elemento fundamental en la constitución de un convenio arbitral es la plasmación documental de la voluntad que da nacimiento al mismo. Es lo que la LA denomina «voluntad inequívoca», sin la cual no existe contrato.

Resulta posible encontrar que en un contrato de representación de una obra dramática se encuentre incluida una cláusula de sometimiento a arbitraje de aquellas disputas derivadas de los derechos de explotación de esa obra, sin que ello prive a dicha declaración de entidad propia respecto de la que se prestó al contratar el representante y la sala. Esto es fruto del *principio de separabilidad* del convenio arbitral en relación con el contrato principal²⁶⁵.

Se trata de dos contratos que se constituyen como base de relaciones jurídico-materiales diferentes, una de ellas puramente contractual y reguladora del negocio jurídico sobre el que versa el contrato de representación de obra, y

²⁶⁴ LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje Español, op.cit.*,pág. 83.

²⁶⁵ Reconocidos en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje y en el artículo de la misma cunado afirma que «la nulidad de un contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio».

otra de eficacia procesal, pues predertermina elementos que integrarán la futura relación jurídica procesal cuando se constituya la heterocomposición²⁶⁶.

Esta idea de la separabilidad, unánimemente reconocida por la doctrina y jurisprudencia, tiene varias manifestaciones²⁶⁷. Por un lado, se dirige a preservar esta declaración emitida convencionalmente, con el fin de que le sea inviable a la parte demandante cualquier acceso a la tutela *judicial* de su derecho. Dicha separación ha conseguido que los árbitros, habilitados a través del convenio, puedan enjuiciar la validez del mismo (su poder) y la del propio contrato principal. Esto es lo que en Derecho Internacional se conoce como el control de la *Kompetenz-Kompetenz*²⁶⁸. Nunca por la nulidad del contrato principal se podría dejar sin poder de decisión al árbitro, salvo si se tratasen de vicios de la voluntad como el dolo o la intimidación pues, como dice ALBALADEJO, aunque no fuera nulo el pacto arbitral «si no hay nada que arbitrar, es *inútil*»²⁶⁹.

²⁶⁶ Ésta sólo quedará efectivamente constituida tras la *oferta y aceptación* del arbitraje. Es precisamente a partir de ese momento cuando surge, no solo dicha heterocomposición, sino también la fuente de poder individualizada.

²⁶⁷ A bote pronto, conlleva una incomunicación entre los vicios que afectan al contrato principal y al convenio de modo que, sólo en contadas ocasiones, la nulidad del contrato arbitrable conllevará la *ineficacia* del convenio de arbitraje.

Esto nos hace concluir que, en caso de cesión de los derechos del contrato principal, se requiere de una nueva declaración de voluntad para que pueda quedar sometido el nuevo titular a un arbitraje, pues el principio de disponibilidad de derechos que rige en la materia reconoce que nadie puede disponer procesalmente de ningún derecho que no dispone materialmente, salvo que la Ley diga otra cosa; por último, conforme acontece en el derecho convencional y en la práctica arbitral institucional internacional, son separables las leyes aplicables a ambos contratos fruto de diferentes declaraciones.

ALBALADEJO GARCÍA, M., «El artículo 8...», *op.cit.*, págs. 72 a 74 y también en «El arbitraje testamentario», *AC*, 1990, núm.6.; CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en Derecho Español*, *op.cit.*, pág. 59.

Véase también la SAP Madrid 7 noviembre 1995 (RCEA 1996, págs. 115 y 118)

²⁶⁸ Fue creado con el fin de acabar con la aporía de obligar a las partes a que acudan ante los órganos jurisdiccionales —de los que previamente pactó apartarse— para que enjuicien la validez del convenio. En la práctica dicho enjuiciamiento pretende evitar la frustración de la institución por intentar hacer valer la nulidad del contrato principal.

Al respecto puede verse MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *op.cit.*, pág. 131; GARCÍA RUBIO, P., *op.cit.*, pág. 77; ALBALADEJO GARCÍA, M., «El artículo 8 de la nueva Ley de Arbitraje», *AC*, 1990, pág. 75; STALEV, Z., «La “competencia-competencia” de los tribunales arbitrales», *Estudios de Derecho Procesal en honor a Victor Fairen Guillem*, Tirant Lo Blanch, 1990, págs. 533 y ss.; LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje...*, *op.cit.*, pág. 356-361.

²⁶⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., «El artículo 8...», *op.cit.*, pág. 72.

Que el contrato principal sea nulo «no es razón para entender que el convenio es nulo (también), dado que nada impide (...) que el arbitraje verse sobre un determinado efecto de esa relación jurídica nula»²⁷⁰.

En segundo lugar, el convenio es fuente de poder que nace de una declaración autónoma y un tratamiento como tal debe de recibir. Este reconocimiento alcanza incluso en los contratos de adhesión, donde la capacidad, objeto, causa y vicios de la manifestación de la voluntad que integran el convenio y el contrato principal, son diferentes. Incluso en los acuerdos complementarios que, formalmente, aparecen en documentos independientes (art.9.1) existe una *accesoriedad* entre ambas declaraciones que, en ningún caso, eclipsa sus diferentes objeto y autonomía.

Como todo contrato, se requiere de una causa para que sea eficaz (arts.1261, 1274 y ss. del Cc.). El contrato principal en materia de propiedad intelectual podrá traer como causa cualquier tipo de obligación derivada del LPI que no se oponga a la Ley y la moral, pero el convenio arbitral tan sólo puede traer como causa *la obligación de someter la controversia en cuestión a la solución de un tercero denominado árbitro*. No es ésta cuestión en absoluto controvertida que requiera de mayor precisión, de hecho, apenas ha sido tocada por la doctrina²⁷¹ y jurisprudencia; tan sólo cabe aludir a su «licitud» que, en este caso, quedará salvada por los requisitos de arbitrabilidad de la controversia y, a nuestro parecer, por la prohibición de que un convenio coloque en situación de privilegio a alguna de las partes (art.9.3 LA).

²⁷⁰ Vid. SAP Madrid 7 noviembre 1995, (RCEA 1996, pág. 118).

²⁷¹ Tan sólo algún autor como MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria...*, op.cit., pág. 115, a la que le dedica tan sólo tres líneas para decir que «*la causa típica del convenio arbitral es el apartamiento de la jurisdicción ordinaria para someterse a lo que podríamos denominar el Tribunal arbitral*».

2. Requisitos de su admisibilidad

Para que el convenio sea válido deben las partes tener capacidad de obrar, capacidad dispositiva, el objeto debe ser lícito y disponible y el acuerdo de voluntades debe haber sido plasmado conforme a ciertos mínimos obligatorios.

A. Elementos subjetivos

Los operadores jurídicos que aparecen en las relaciones de propiedad intelectual pueden ser personas físicas y jurídicas, que poseen desde su nacimiento capacidad como titulares de derechos y obligaciones sobre una obra (capacidad jurídica), así como capacidad para pretender su tutela en un proceso (capacidad para ser parte); a su vez, deben tener también aptitud para contratar (capacidad de obrar) y ésta le dotará de capacidad para comparecer en juicio (capacidad procesal) por lo que, necesariamente, quien haya contratado aparecerá como titular de la relación jurídica-material y podrá iniciar o bien un procedimiento arbitral o bien contestar a una demanda de arbitraje.

Nos encontramos todavía en la fase de creación del convenio arbitral, pero éste no se trata de un simple contrato sin más que nos permita remitirnos al Código Civil con carácter general. En el arbitraje, más que en cualquier otro tipo de contrato, la identidad objetiva y subjetiva entre las partes y objeto de éste y los del proceso arbitral es, salvo novación contractual, inamovible. Por tal razón, ya en esa sede convencional, deben plantearse cuestiones no sólo de derecho material (capacidad para contratar) sino también las relativas a la capacidad para ser parte, capacidad procesal y legitimación²⁷².

²⁷² Ya GÓMEZ ORBANEJA reconoció la equivalencia entre la capacidad para contratar y el derecho de disposición que se tiene sobre los bienes –ambas cuestiones de derecho material- y la capacidad procesal y la legitimación –dentro del ámbito procesal-, (junto a HERCE QUEMADA), *Derecho Procesal civil*, I, Madrid, 1979, pág. 141.

a. Capacidad

En principio, las mismas personas que son titulares de la relación jurídica material del contrato principal, son las que se vinculan eficazmente mediante el convenio y van a ser parte en un proceso arbitral o judicial. Sobre todo, la identidad se confirma por la imposibilidad de que cualquier tercero se convierta en parte sin que medie una novación contractual y una nueva emisión de voluntad inequívoca de sometimiento, por ser el convenio arbitral «un contrato de obligación de hacer de naturaleza personalísima, respecto del cual el deudor no puede ser ni coercido ni sustituido»²⁷³.

Con ello no negamos la naturaleza contractual del convenio arbitral; el convenio tiene una naturaleza híbrida por los efectos positivo y negativo que le ha reconocido la Ley, pero consecuencia de su especial naturaleza, existe esa identidad a la que nos venimos refiriendo.

1. Las personas físicas

Las personas físicas que poseen la capacidad requerida para comprometerse en el contrato (principal) pueden vincularse igualmente mediante un convenio (art.1262 y ss.).

El loco, sordomudo y menor no emancipado (art.1263 Cc.) deberán valerse de sus representantes legales que ostentan la patria potestad, tutela o curatela para poder firmar un contrato de explotación de obras o comparecer en un arbitraje, teniendo en cuenta el mandato del artículo 271.3 Cc. relativo a la necesidad de autorización judicial para poder prestar consentimiento y

²⁷³ DÍEZ-PICAZO, L., «El pacto...», *op.cit.*,pág. 1167. Al respecto puede verse la Jurisprudencia de las Audiencias existente en torno al litisconsorcio. La intervención de un tercero requiere siempre el consentimiento de éste, hasta el punto de que si no interviene puede llegar a frustrar el arbitraje (SAP Palmas de Gran Canaria 17 julio 1996, TAB núm9, págs. 63 y SAP Barcelona 8 julio 1997, TAB núm.9, pág. 92).

La SAP Madrid 16 septiembre 1996 (RCEA 1997, pág. 196) resulta clara al respecto cuando afirma que «la cláusula de arbitraje no alcanza a las partes subrogadas en el lugar de las que inicialmente pactaron el arbitraje en tanto estas últimas no suscriban el correspondiente convenio arbitral»

comprometerse para realizar ciertos actos especiales, como sería el supuesto de otorgamiento de convenio. Concedida la autorización judicial existe un mandato *expreso* para que este representante legal pueda disponer de los derechos del menor, tanto dentro del contrato principal, convenio o, incluso, procesalmente. Llama la atención que se permita a los padres o al tutor que prescindan de dicha autonomía ante asuntos urgentes o de escasa cuantía.²⁷⁴ Tratándose de derechos de autor y de un arbitraje no nos parece aplicable la presunción de dicho artículo; no olvidemos que de la dejación del art.24.1 CE se está hablando.

Sin embargo, el autor o artista menor de edad que se encuentre emancipado tiene reconocida la capacidad para comparecer en juicio y, por tanto, también para someterse a un arbitraje sin necesidad de representación legal (art.323 Cc.), porque se le presume capacidad de obrar, procesal y la disponibilidad sobre el bien en cuestión.

Finalmente, en el caso de la curatela, al no sustituir el curador la voluntad del menor, del pródigo o del emancipado cuyos padres fallecieren, se necesita de la asistencia de ambos sujetos para poder realizar los actos que no pudiera llevar a cabo por sí sólo (art.286 y 288 Cc.). Salvo que así se estipule en la sentencia de incapacitación en relación con un posible arbitraje, será necesario un consentimiento de consuno para el supuesto de otorgamiento de convenio arbitral (art.290 Cc.).

En los demás casos al sujeto capaz de contratar se le presume capacidad procesal y disponibilidad de sus bienes, de modo que, a excepción de los supuestos de inarbitrabilidad (por una gestión colectiva, por ejemplo), el autor capaz puede en la gestión singular de sus derechos pactar un arbitraje.

²⁷⁴ No creemos que el arbitraje sea uno de este tipo de negocios. El menor no puede verse en la tesitura, por ejemplo, de ser demandado arbitrariamente si con anterioridad no hubo autorización judicial para vincularse en un convenio, pues se trata de un acto de disposición del tutelado que requiere de autorización necesariamente, *vid.* DE LA OLIVA, A, (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A.), *Derecho Procesal Civil I*, *op.cit*, pág. 436.

2. Las personas jurídicas

La representación necesaria suple la falta de capacidad que sufren las personas jurídicas que, según se desprende del artículo 1 LA, también pueden someter las cuestiones litigiosas al arbitraje en cuanto son sujetos de derechos y obligaciones (art.38 Cc). Nuevamente, hablar aquí de la capacidad para contratar presupone tener en cuenta una capacidad para ser parte, procesal, así como, requiere de la disponibilidad de los derechos en cuestión o, procesalmente hablando, de su legitimación.

Distinción no carente de problemática a efectos arbitrales es la existente entre personas jurídicas de derecho público y privado. La actuación de ambos tipos de personas es clara dentro del ámbito de los procesos jurisdiccionales, pero no parece del todo pacífica dentro del arbitraje. Las personas jurídicas de derecho público, *de lege data*, no pueden prestar consentimiento para someter sus controversias a arbitraje, sin olvidar las tendencias aperturistas que en este sentido se están dando. Pero son, precisamente, las personas jurídicas de derecho privado las que, en materia de propiedad intelectual, cada día van tomando mayor relevancia.

Dependiendo de las diferentes personas jurídicas ante las que nos encontremos, se requerirá una capacidad distinta en sus representantes (art.37 Cc.)²⁷⁵. La práctica en la propiedad intelectual reduce bastante las posibilidades, pues en su mayoría se trata de personas jurídico-mercantiles de base societaria y de sociedades de interés público. Las sociedades de interés privado (conforme al

²⁷⁵ Este tema ha sido muy tratado por la doctrina y a lo dicho por ésta nos remitimos. Sirva de ejemplo MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria...*, *op.cit.*, pág. 60; MONTERO AROCA, J., *Derecho Procesal II*, *op.cit.*, págs. 40 y ss.; BERCOVITZ, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, *op.cit.*, pág. 23; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, C.M., *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso. (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad)*, Comares, 1991, págs.22 y ss.); GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., «La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de arbitraje», *op.cit.*, págs. 1031 y ss.; GARCÍA RUBIO, P., «El convenio arbitral...», *op.cit.*, pág. 83; O'CALLAGHAN, X., «El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *AC*, núm.1, semana 2, 8 enero 1989, pág. 5.

art.36 del Código Civil) serán representadas en su capacidad de obrar por los que aparezcan como administradores en sus estatutos (art.9 Ley de Sociedades Anónimas), según se observa con las empresas de cable o las empresas editoras, por ejemplo. También los operadores privados que tienen encomendada la protección de intereses públicos serán representados por aquellos sujetos que aparecen en sus estatutos (art.37), bajo la condición legal de que esta persona jurídica previamente haya sido aceptada por el Ministerio, en este caso, de Cultura. La Sociedad General de Autores y Editores o las Asociaciones de usuarios sería un supuesto claro al respecto.

En materia de propiedad intelectual no existen supuestos de quiebra de personalidad jurídica a los que la Ley les atribuye capacidad para ser parte en un proceso. Nos referimos a las uniones sin personalidad jurídica como sujetos de derechos y obligaciones, cuya capacidad para ser parte viene reconocida en el indeterminado artículo 7.3 LOPJ. La estructura arbitral impide la admisión de estos «grupos», pues en el arbitraje concurren dos necesidades insalvables, como son, el derecho concreto e identificable que se reivindica y el tipo de pretensión que se interpone -normalmente indemnizatoria-, y la identidad subjetiva que tiene que mediar entre los sujetos firmantes y las partes legitimadas procesalmente.

Es más, cualquier modificación en la representación de la persona titular de un derecho material requiere apoderamiento. Siempre que se haga de modo expreso, será suficiente para entender que dicho apoderado o mandatario puede pactar un convenio o designar árbitro sin que el simple apoderamiento comprendido en términos generales baste²⁷⁶. En definitiva, esta autorización expresa supone una nueva manifestación de voluntad que novaría o modificaría la anterior; debería entenderse como si de un nuevo convenio arbitral se tratara. Pero esto no es más que una posibilidad recogida a través de un mandato especial conforme a los arts.1709 y ss. Cc.

²⁷⁶ STS 31 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6066).

b. El poder de disposición

Delimitadas las diferencias existentes entre capacidad para contratar y capacidad procesal, debemos también poner de manifiesto sus diferencias con el poder de disposición y, a su vez, con el concepto de legitimación, pues en materia arbitral la confusión deriva incluso de la propia Ley de Arbitraje (arts. 1 y 60).

Centrándonos en la facultad de disposición que debe tenerse sobre el derecho objeto de la controversia, debemos atender a dos conceptos, como son, la arbitrabilidad del derecho material y la disponibilidad del sujeto que pretende *contratar* (mediante convenio). El primero confirma la susceptibilidad o no de una materia para ser sometida al arbitraje conforme a los artículos 1 y 2 LA. El segundo se refiere a la facultad de gestionar o administrar esos bienes. Ésta sólo puede tenerla el titular del derecho, su representante o un tercero al que la Ley decide otorgársela por razones excepcionales. El reconocimiento de esta disponibilidad material, trasladada al ámbito procesal, habilita a que el titular disponga arbitrariamente de sus derechos por legitimación ordinaria y, en caso de privación o ampliación de la facultad de gestión por mandato legal, a que actúe legitimado extraordinariamente²⁷⁷.

Efectivamente, para poder prestar un consentimiento y someter a arbitraje una controversia dispositiva y, por tanto, arbitrable, es necesario tener la facultad de administración o gestión del derecho del que deriva el conflicto. Si el titular del derecho material consiente en un convenio, está haciendo uso de esa facultad material, pero está plasmando implícitamente un concepto de naturaleza procesal, pues el que allí figura como disponente estará legitimado para iniciar un proceso arbitral. Llegado el momento, nada obsta a que sea un tercero representante el que inicie el procedimiento, mediante la oportuna acreditación de su personalidad

²⁷⁷ El problema –como se verá– es que no existe la legitimación extraordinaria en el arbitraje.

(capacidad procesal o *legitimatio ad procesum*) y por legitimación ordinaria, pues actúa un derecho ajeno, en nombre ajeno.

Si, por el contrario, la Ley desapoderó al verdadero titular del derecho de su facultad de gestión, deberá ésta otorgársela a un tercero que actuará por legitimación, en este caso, extraordinaria²⁷⁸: el verdadero titular carece de la facultad de otorgar consentimiento y el legitimado extraordinariamente sólo podría deducir arbitrariamente este derecho cuya gestión se le ha otorgado, si se le concedió un derecho material y, por tanto, también procesal para realizar tal acto²⁷⁹.

Esta idea viene a corroborarla CORDÓN MORENO²⁸⁰, pues si «El origen de la jurisdicción arbitral se encuentra en la voluntad de las partes, y si nadie puede dar lo que no tiene o aquello sobre lo que no puede disponer, difícilmente pueden conferir las partes «jurisdicción» a los árbitros para que decidan el conflicto relativo a una materia indisponible (...). No es que quien carezca de poder de disposición no tenga capacidad para otorgar convenio, sino que no está legitimado para disponer del objeto sobre el que el convenio recae».

Traducido esto en materia de propiedad intelectual significa que, sólo los derechos de explotación sobre las obras cuya gestión es singular y reconocida en el propio titular serán susceptibles de arbitraje²⁸¹. Contractualmente queda

²⁷⁸ Ante la privación de dicha facultad, la Ley debe otorgar la legitimación a un tercero. Lo que no puede en ningún caso hacer es privar de dicha facultad a un capaz y otorgar representación a otro sujeto, pues ello es incompatible con la idea de capacidad, *vid.* MONTERO AROCA, J., *La legitimación colectiva de la entidades de gestión*, *op.cit.*, pág. 105.

²⁷⁹ Ésto sólo ocurre con los supuestos de la acción directa y de la legitimación colectiva. Como se verá, en relación al primero, no ha lugar a encontrarlo en la Ley; por lo que al segundo se refiere, resulta contrario a la naturaleza del arbitraje la idea de gestión colectiva y de interés colectivo.

²⁸⁰ CORDÓN MORENO, F., *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, *op.cit.*, (coor. MONTERO), págs. 47 y 48 . En contra, BÁDENAS CARPIO, J.M., «El arbitraje institucional: Breve comentario al Reglamento de la Corte de Arbitraje de Valencia», *AC*, núm.15/12-18 abril, 1993.

²⁸¹ Nos referimos a las obras de «gran derecho» que necesitan autorización singular de su titular para poder explotarlas (art.152.3 LPI), así como, cualesquiera otras cuya utilización sea singular y requiera la autorización individualizada de su titular. A lo que se diga en el apartado destinado al objeto del convenio nos remitimos.

identificada la persona que igualmente tiene la legitimación para pedir la tutela arbitral de ese derecho.

B. Requisitos objetivos

Si el convenio es un contrato debe tener un objeto posible, lícito y determinable (arts.1261 y 1271 Cc.).

La Ley de 1988 no parece establecer criterios temporales en la delimitación del objeto del convenio al permitir tanto el sometimiento de controversias presentes o futuras pero, sin embargo, sí lo limita materialmente.

A diferencia de la exigencia que contenía la Ley de 1953, la vigente LA no exige la determinación exacta de la controversia, pues se admite la «sumisión de cuestiones litigiosas presentes o futuras» (art.1)²⁸². Basta con una *simple* determinación de la *relación jurídica* de la que se derivará el potencial litigio. Es suficiente con que en el convenio se hayan aportado «los datos suficientes a través de los que se la puede llegar a fijar, sin necesidad de que exista un nuevo acuerdo entre las partes» (art.1273 Cc.)²⁸³. Por supuesto, una indeterminación absoluta sería tanto como dejar a las expectativas del arbitraje cualquier cuestión litigiosa que surgiera entre ambas partes, algo que sería contrario al art.24.1 CE; por eso, se reconoce como límite a «los principios generales en materia de derechos» (art.6.2 CC).

En relación con las *cuestiones litigiosas*, la Ley parece requerir en tales controversias una base *jurídica*²⁸⁴, sean contractuales o económicas, pero que

²⁸² Se habilita, en su caso, al árbitro para su determinación o concreción.

²⁸³ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., «La caracterización...», *op.cit.*, pág. 1039. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓN, C.M., «El arbitraje...», *op.cit.*, pág. 23; FONT SERRA, E., «La nueva configuración del arbitraje...», *op.cit.*, pág. 351; así se reconocía en la antigua LAP de 1953, pues el art.8.II reconocía la invalidez «de la renuncia general a la acción judicial en relación a todos los derechos de una persona».

²⁸⁴ O'CALLAGHAN, X., «El contrato de compromiso...», *op.cit.*, pág. 2; también *vid.* REGLERO CAMPOS, F., *op.cit.*, pág.48 y MONTERO AROCA, J., *Comentarios breve...*, *op.cit.*, págs. 26 y ss.

impliquen la existencia de un conflicto jurídico o litigio sobre materia dispositiva, con independencia de que este tercero resuelva conforme a derecho o equidad.

Si bien el artículo 1 LA enuncia con carácter general que será objeto de arbitraje aquellas materias que sean de *libre disposición*, continúa en su número 2 con un listado abierto y negativo en torno a aquellos derechos sobre los que no puede disponerse. Por tanto, el silencio debe entenderse en un sentido positivo y toda materia que no vaya inseparablemente unida a las allí establecidas, en principio, se presume disponible. Los conceptos de *orden público* y el de *norma imperativa* jugarán un papel trascendental a la hora de determinar qué conflictos son susceptibles de solución arbitral en los derechos de explotación que ahora nos ocupan. En este caso, la diferencia entre lo disponible e indisponible viene marcada por la Ley. A lo que se argumentó al dar tratamiento al ámbito del presente arbitraje nos remitimos.

C. Requisitos formales

El tráfico de los derechos de propiedad intelectual a través de nuevas y complejas tecnologías constituye en la actualidad una realidad inevitable. En poco tiempo Internet se ha manifestado como un ámbito negocial tan importante (o más) como el tráfico mercantil tradicional al que estábamos acostumbrados y, rápidamente, ha sido utilizado como medio de explotación de las obras de forma multiplicada e incontrolable. Desafortunadamente, se trata de un medio carente de regulación legal, lo que ha provocado que se hayan dado las primeras transgresiones de estos derechos²⁸⁵. Ante tal vacío legal y a la vista de las

²⁸⁵ Un ejemplo de lo que estamos diciendo lo constituyen las numerosas demandas acogidas por el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI contra la infracción del derecho de marcas que se ha producido en el marco de Internet. Se trata de una usurpación de estos derechos a través de las direcciones o «nombres de dominio». Marcas como McDonalds, Coca-Cola, etc., se ven desprovistas de su derecho a utilizar sus marcas dentro de este nuevo ámbito negocial. *Vid.* LUTZ, M. y STAEHELIN, A., «Technologietransfer an den scheinzerischen Hochschulen», GRUR Internationales 1999, Heft 3, págs.219 y ss.;

También *vid.* en <http://www.arbiter.wipo.int/domains/index-es.html>

condiciones de este sistema comercial, el arbitraje se presenta como única forma *viabile* en la práctica a la hora de restablecer los derechos de explotación que se derivan del uso de una obra. Es en este preciso instante cuando las limitaciones de la Jurisdicción de los Estados se manifiestan como verdaderos óbices para dar una tutela judicial efectiva.

La constancia documental de una declaración de voluntad de someterse a un arbitraje toma especial relevancia y, requiere por parte del legislador y de los Tribunales, de un esfuerzo de apertura a las nuevas formas de manifestación que permiten las nuevas tecnologías, aunque indudablemente siempre existirán unos mínimos insalvables o, por lo menos, deseables para un tráfico jurídico seguro.

Con la transición de la antigua Ley de Arbitrajes Privados hacia la presente LA se pretendió dotar a esta institución procesal de una menor *formalidad* estableciéndose, tan sólo, unos mínimos considerados como indisponibles para que el arbitraje fuera válido y para que produjera efectos idénticos a los de cosa juzgada (arts.3.1 y 37 LA). Estos mínimos se predicán tanto en relación con el convenio, fuente legitimadora de toda la actividad, como, respecto del procedimiento a través del cual se desarrollará el arbitraje.

a. Contenidos obligatorios

No importa que el arbitraje sea de derecho o de equidad²⁸⁶, siempre que se realice conforme a las formalidades determinadas por la Ley; sólo así cobrará eficacia y desembocará en una actividad procesal. En materia de propiedad intelectual se hace especialmente útil el arbitraje de equidad²⁸⁷ pero, en puridad,

Vid. en mi artículo «El arbitraje y la Mediación como fórmulas de resolución de los conflictos derivados del uso de la propiedad intelectual a través de Internet», *RD Mercantil*, 1999, págs. 167 y ss.

²⁸⁶ Este es uno de los contenidos privativos o dispositivos de las partes debiendo tener en cuenta que si pretenden que su controversia se solucione con aplicación de las normas de Derecho, deberán optar por éste de modo expreso en el convenio (Art.4 LA).

²⁸⁷ Ello es debido a la ausencia que existe, por un lado, de un Derecho pleno que se anticipe a las nuevas tecnologías en la transmisión de las obras y, en segundo lugar, por la especialización de los órganos enjuiciadores que permite el arbitraje, pues en ocasiones la solución buscada por las partes será

que sea de un tipo u otro tan sólo determina la solución aplicable al fondo²⁸⁸, nunca su carácter ritual y su eficacia; ésta tan solo viene cuestionada, (art.45 LA), por posibles vicios *in procedendo*²⁸⁹. Estamos de acuerdo, pues, con BARONA VILAR, entre otros²⁹⁰, en la idea de que carece de sentido tal diferenciación si realmente nunca va a poderse entrar a revisar el fondo del asunto, aunque se hubiera dado una aplicación discrecional del derecho, por no ser el recurso de anulación un recurso de carácter casacional²⁹¹.

A excepción de estos aspectos que pueden tener relevancia en la propiedad especial que ahora estudiamos, las características formales del convenio arbitral en nada difieren de las que se exigen para cualquier otra materia arbitrable.

más satisfactoria si no se ajusta a Derecho sino, antes bien, a criterios técnicos o ciertos conocimientos especializados. En estos casos, se hace recomendable los arbitrajes administrados por un centro de arbitraje pues, se encargarán de gestionar esos mínimos legales que exige la LA para que el arbitraje sea efectivo.

²⁸⁸ También varían ciertos requisitos relativos a las condiciones que deben cumplir los árbitros y la necesidad o no de motivación; es muy numerosa la doctrina relativa a estas dos formas de arbitraje. Véase entre otros, MONTERO AROCA, J., *Breve comentario...*, *op.cit.*, págs. 41-43; LA CHINA, S., «Enjuiciamiento en Derecho y enjuiciamiento en equidad: Análisis comparativo entre las leyes italiana y española», *RYDPA*, mayo 1992, t.IV, pág. 241 y ss.; REQUEJO PAJES, J., «La nueva configuración...», *op.cit.*, págs. 65-70; LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje...*, págs. 53 y ss.; MONTERO AROCA, J., *Breve comentario...*, *op.cit.*, págs. 43 y ss.; BARONA VILAR, S., «El laudo de arbitraje de consumo», *RCEA* 1997, pág. 15 y en el comentario del Título V de la Ley, (Coor.MONTERO), *Breve comentario...*, *op.cit.*, págs. 159 y ss.

²⁸⁹ SSTS 20 febrero 1982 (RA 785), 14 julio 1986 (RA 5407) y 17 de marzo 1988 (RA 2212) y 7 de junio de 1990 (RA 4741).

²⁹⁰ BARONA VILAR, S., reconoce que «la existencia del arbitraje de Derecho adquiere pleno sentido cuando de la decisión arbitral puede controlarse cómo se procedió a la aplicación de las normas jurídicas sustantivas pero si no existe esa posibilidad y la actuación arbitral no tiene control en ese aspecto, las diferencias entre uno y otro arbitraje se diluyen y pierden realidad. Si los árbitros de Derecho saben que sea cual fuere el contenido de su laudo siempre que se mantengan dentro de las normas dispositivas, no existe control alguno, podrán actuar de hecho sin someterse al derecho positivo, siendo ese no sometimiento lo que caracteriza precisamente al arbitraje de equidad», en «El laudo de arbitraje de consumo», *RCEA* 1997, pág. 15.

En este mismo sentido véase MONTERO AROCA, J., *Comentario breve...*, *op.cit.*, pág. 43 y MUÑOZ SABATÉ, L., «Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de Derecho», *La Ley*, 1990, 23 de octubre.

²⁹¹ Al respecto, es reiterada la Jurisprudencia que intenta justificar esta irrecurribilidad tomando como base la posible responsabilidad reconocida por la LA a los árbitros (art.16.1) «en la que sin lugar a dudas tendrá cabida el laudo arbitral de Derecho dictado con manifiesta incompetencia profesional» (SAP de Madrid 31 octubre 1995 (RCEA, 1995, pág. 353). En contra de todo esto, ALBALADEJO GARCÍA, M., «La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de Derecho que infringe las normas debidas aplicar», *Revista de Derecho Privado*, 1990, marzo, pág. 176.

En contra de lo que se ha dicho y, a pesar del tenor literal de la Ley, consideramos que la efectividad del mismo no puede quedar supeditada a la incorporación de la expresión «de la obligación de cumplir el laudo» (art.5.1). No falta jurisprudencia justificativa de ambas posturas²⁹², pero los argumentos más significativos los encontramos en la naturaleza del convenio y en los *efectos positivo y negativo* que se derivan del mismo. La obligación de incorporar tal expresión es superflua porque los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes (art.1091 Cc), porque el laudo tiene *ex lege* fuerza ejecutiva (arts.37 y 53 LA) y porque la excepción del art.11 LA se crea para proteger el arbitraje y apartar a la jurisdicción ordinaria; nada añade, por tanto, a estos preceptos dicho mandato.

El artículo 6 parece bastante preciso al respecto del exigir el reflejo en forma escrita de la voluntad inequívoca de someterse, «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» (art.6.2). Esto es tanto como decir, que es requisito esencial la escritura, pero entendida ésta en un sentido flexible y acorde con la *libertad formal* propia de estos procedimientos arbitrales y los medios de comunicación actuales²⁹³. Acorde con todo lo dicho, debe considerarse un requisito *ad probationem*²⁹⁴.

²⁹² Por un lado, encontramos sentencias que afirman la obligación de incluir en el convenio cláusulas de este tipo como condición de validez del convenio pues «aunque en materia de anulación de arbitrajes las normas no constituyen un valor por sí mismas sino en cuanto tienden a asegurar el respeto de los derechos de las partes, no cabe vaciar una norma que exige de forma imperativa un determinado contenido como técnica –certada o no- para garantizar la renuncia a la Jurisdicción y en el caso de autos, el pacto de sumisión de arbitraje se silencia de forma absoluta la obligación de cumplir el laudo u otra expresión equivalente que permita tener cubierta la exigencia normativa» (SAP Barcelona 31 diciembre 1996 y 27 febrero 1997, TAB núm9, pág. 82 y 87).

En sentido contrario encontramos la SAP Oviedo 31 octubre 1997 que aboga por realizar una interpretación flexible del tenor de la Ly y considera que el arbitraje gozará de eficacia sin necesidad de dicha inclusión.

²⁹³ En este sentido se expresan los artículos II.2 CNY y I.2.a) Convenio de Ginebra 1961.

²⁹⁴ No faltan opiniones, sin embargo, que a pesar de reconocer el carácter esencial de este requisito, abogan por considerar aplicables los arts.1278 y 1279 Cc., de modo que siempre que concurren los requisitos esenciales para la validez del contrato «cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, (...) serán obligatorios» (art.1278 Cc) «y los contratantes podrán compelerse recíprocamente» (art.1279) a su cumplimiento; *vid.* GARCÍA RUBIO, P., «El convenio arbitral...», *op.cit.*, pág. 91.

Por su lado, un consentimiento basado en la denominada *facta concludentia* supone una presunción contraria al art.24.1 CE, según se desprende de la STC 174/1995, por presumir una voluntad que no es indiscutiblemente inequívoca y que cierra la vía a la tutela judicial efectiva a la parte. No ocurre lo mismo con el requisito de la firma si medió esa declaración inequívoca²⁹⁵. Si el convenio formaba parte de ese contrato de adhesión, ésta será indispensable pero no tanto por el convenio arbitral sino por el contrato principal. Si es un contrato accesorio, la simple constancia documental del traslado de cartas será suficiente²⁹⁶. Ello es por causa de la naturaleza autónoma de este convenio (art.8 LA)²⁹⁷.

Salvado este requisito *ad probationem*, el resto de elementos integrantes serán privativos de las partes. Así lo reconoce el artículo 9.1 cuando les habilita para poder extenderse a la designación de los árbitros o deferir a un tercero la misma y a la determinación de las reglas de procedimiento, bien en el mismo convenio o bien por estipular con posterioridad en acuerdo complementario, así

En nuestra opinión, precisamente, por ese sentido *esencial* que le reconoce la Ley no podemos considerar el contrato de arbitraje *perfecto* y, por tanto, obligatorio. Pues mientras no conste por escrito de manera inequívoca no puede entenderse vinculada la parte. No es posible el sometimiento tácito. *Vid.* también MORENO CATENA, V., «Análisis crítico...», *op.cit.*, pág. 194, donde reconoce que *los pactos verbales carecen de fuerza suficiente para encarnar un convenio arbitral*, por la simple razón de no poder acreditar ese pretendido carácter inequívoco.

²⁹⁵ Así viene reconocido también por vía convencional (art.I.2.a) CG y art.II.2 CNY).

²⁹⁶ Es labor de la Jurisprudencia, llegado este punto, el determinar qué se entiende por dicha constancia, CREMADES, B.M., «España estrena una nueva Ley de Arbitraje», *La Ley*, núm,2197, 1989, pág. 2.; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, II.1º, pág. 150.

²⁹⁷ Es doctrina unánime la referida al carácter autónomo que tiene el convenio arbitral respecto del contrato principal. Entre otros véase, CORDÓN MORENO, F., *Comentario breve...*(coor. MONTERO), *op.cit.*, pág. 57; ALBALADEJO, M., «El artículo 8 de la nueva Ley de Arbitraje», *op.cit.*, págs. 69 y ss. De esta forma, aunque se encontrara incorporado este convenio al contrato principal, la nulidad de éste no debe afectar, en principio, la del convenio, correspondiéndole a los árbitros enjuiciar su validez, sin entrar a que es la cuestión debatida.

En relación a esta autonomía y la idea de accesoriad cuando existe una estructura contractual unidocumental o pluridocumental , *vid.* GETE-ALONSO, M.C., «La caracterización...», *op.cit.*, pág. 1039.

como cualquier otro término que no coloque a una de las partes en situación de privilegio²⁹⁸.

b. Contenidos facultativos

Si bien el requisito de la escritura parece insoslayable, la LA recoge otros aspectos cuya plasmación en el convenio queda a disposición de las partes.

a) Corresponde a las partes el decidir la composición colegiada o unipersonal del tribunal y designar al árbitro o árbitros en cuestión²⁹⁹ o, también es posible que nombren a un tercero –persona física o jurídica (art.10)- encargado de designar a los miembros del Tribunal. Contrariamente, pueden las partes guardar silencio en relación a estos términos, correspondiéndole a la LA suplirlos conforme a los mecanismos establecidos en sus arts.13 y 38. Lo importante es que, de una u otra forma, quede manifestada la voluntad para que este arbitraje llegue a buen fin, aunque se tenga que recurrir a una intervención jurisdiccional a través de su formalización judicial.

En materia de propiedad intelectual cobra especial importancia la figura del árbitro de equidad. Ya adelantábamos que el arbitraje de equidad se hace prácticamente más recomendable por la inexistencia, por un lado, de un Derecho positivo seguro y unánimemente reconocido en todos los Derechos nacionales, que otorgue un nivel de protección similar en materia de derechos de autor y, en segundo lugar, por no requerir en el órgano decisor la condición de abogado en ejercicio. Con ello se permite una especialización en el sujeto que debe decidir, de modo que, puede ser un especialista en una determinada forma de transmisión

²⁹⁸ Aunque el tenor literal del precepto tan sólo parece aludir a los privilegios que versen en relación a la designación de los árbitros, parece razonable extenderlo a cualquier otro término, sobre todo, si tenemos en cuenta que la mayoría de acuerdos son de adhesión. De ahí que la LA reconozca en el artículo 5.2 que en este tipo de contratos deberá de estarse a las disposiciones relativas a esta modalidad de contratación.

²⁹⁹ Lo que no pueden las partes es disponer de mínimos legales como el establecido en el artículo 12.2 LA en relación a la cualidad de abogado en ejercicio de optar por el arbitraje de Derecho; podrían,

tecnológica o tipo de obra. Ambos aspectos se presentan como ventajas frente a la tutela de los jueces.

De *lege ferenda* sería planteable el papel que las entidades de gestión pueden realizar como instituciones administradoras de arbitrajes, es decir, como centro de arbitraje institucional en materia de propiedad intelectual por sus connotaciones públicas y su función social.

b) Según se verá son pocas las exigencias que impone la Ley durante el procedimiento de arbitraje. Todo lo allí estipulado como mínimo se convertirá en indisponible para las partes y, en lo que nada se diga, prevalece su voluntad o lo dispuesto en el Reglamento de la corporación que administre el arbitraje. Sólo a falta de mención expresa de cualquiera de éstas regirá la voluntad de los árbitros (art.21 LA). Para el estudio de cada elemento nos remitimos al apartado destinado al procedimiento y, en especial, a lo que allí se diga sobre los principios de igualdad, contradicción y audiencia.

c) El lugar, idioma o plazo pueden determinarlos las partes o dejarlo a disposición de la LA (art. 24). Sólo ante su silencio, corresponde a los árbitros decidir al respecto, salvando unos mínimos establecido en relación al idioma (24.2) y a las posibilidades de prórroga del plazo para dictar laudo.

3. Efectos del convenio

El convenio arbitral, desde su realización, provoca inevitablemente dos efectos, aunque solo se pongan de manifiesto a instancia de parte. De un lado, encontramos el denominado efecto *positivo* o la vinculación de las partes al futuro arbitraje en cuestión y a la solución que allí se dé al litigio, en cumplimiento del mandato del artículo 11.1 LA. Por otro, existe un efecto *negativo*, consecuencia del anterior y dirigido a los órganos jurisdiccionales de

perfectamente, pactar que el árbitro futuro reúna unas determinadas características en relación a sus conocimientos, nacionalidad, etc. e incluso decidir que sea un especialista.

cualquier Estado, por el que se les obliga a declararse incompetentes y abstenerse de seguir conociendo de ese asunto, por carecer de jurisdicción para resolver, debido a la libre opción que formularon las partes³⁰⁰.

A. Efecto positivo

Aludíamos al hablar de los requisitos formales del convenio, al art.5 y la necesidad que se deriva de manifestar la «obligación de cumplir el laudo arbitral», so pena de ser declarado nulo. Por las mismas razones que allí se exponían para negar la virtualidad de dicho mandato legal, consideramos ahora que, para lograr la eficacia del arbitraje, tampoco hacía falta un precepto como el artículo 11.1³⁰¹. No es poca la doctrina que hasta el momento se ha pronunciado al respecto declarando su carácter innecesario y superfluo³⁰²; sería la expresión más clara de la forma, un formalismo. Así pues, como cualquier otro contrato, le será de aplicación el mandato del artículo 1091 Cc., por el cual se declara que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes «y deben cumplirse». Dicha declaración de la LA no añade nada a la obligación que se deriva con carácter general para todos los contratos del art. 1278 y 1091 Cc., ni tampoco a la eficacia que le otorgan los artículos 37 y 53 LA, con lo que hubiera resulta superfluo tal pronunciamiento del legislador. Tal vez su voluntad fue la de evocar el mandato del art.17.2 LOPJ relativo a la obligación de cumplir las sentencias, sobre todo,

³⁰⁰ También se encuentra reconocido en el ámbito convencional e internacional según se observa en arts.II.3 y V.1.B) CNY, art. V y VI CG, art.15.2 *ICC Rules*, art.24 *AAA Rules*.

³⁰¹ Art.11.1 «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 mediante la declinatoria».

La propia Jurisprudencia se ha pronunciado reconociendo que «esa obligación puede quedar implícita en el mismo convenio arbitral sin necesidad de que se reflejen estos términos, SAP Madrid 7 noviembre 1995, (RCEA 1996, pág. 118). Igualmente, SAP Sevilla 27 junio 1995 (RCEA 1997, pág. 161).

³⁰² GETE-ALONSO, M.C., «La caracterización...». *op.cit.*, pág. 1036; FONT SERRA, E., «La nueva configuración...», *op.cit.*, pág. 351; VULLIEMIN, J.M., «La Ley de arbitraje y la especificidad del arbitraje comercial internacional», *La Ley*, 1990, págs. 919-920; REGLERO CAMPOS, F., *El convenio...*, *op.cit.*, pág. 89; ALBALADEJO, M., «El artículo 8 de la Nueva Ley de Arbitraje», *AC*, 1990, núm.5, pag.75.

cuando el laudo resultante de la actividad procesal ha tenido su inicio en un simple contrato, aunque sea de naturaleza especial.

Dicho esto, las partes deberán «estar y pasar por lo estipulado», salvo que se diera un *disenso mutuo* (11.2). Nacido el conflicto de la relación jurídica que se determinó en el convenio ninguna de las dos partes va a poder eludir la vía arbitral y, si alguna lo intentara, corresponde a la demandada *ope exceptionis* poner de manifiesto la eficacia procesal de este contrato³⁰³. Pero no es ésta su única consecuencia.

Estipulado este convenio arbitral y nacida la controversia, a la parte que acude al arbitraje le es garantizado *ex lege* que éste continuará hasta llegar a dictarse el laudo, con independencia de la actividad que lleve a cabo la otra parte. Si lo que impide celebrar el arbitraje es la colaboración de la parte en cuestión a la hora de nombrar el árbitro, el *efecto positivo* alcanza hasta este punto, procediéndose a la formalización judicial del mismo. Este efecto se extiende más allá de las partes para obligar a los órganos del Estado a colaborar en el éxito del mismo. Verdaderamente, las partes quedan obligadas a estar y pasar por lo estipulado.

CREMADES ha sabido expresar con claridad la naturaleza de que goza este convenio, que impide reducirlo al de un simple contrato, aunque formalmente y materialmente lo sea³⁰⁴. Consideramos redundante hacer hincapié

³⁰³ En este aspecto es unánime la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias; *vid.* SAP de Madrid 22 marzo 1994 (RCEA, 1994, pág. 241); STS 10 abril 1990 (AC 1990, 2, págs. 1933 y ss.);

También la Doctrina parece estarlo, *vid.* entre otros muchos, CORDÓN MORENO, F., *Breve comentario....*, *op.cit.* (coor. MONTERO), pág. 69; CREMADES, B.M., «El arbitraje en el siglo XXI», *op.cit.*, pág. 1185; MUÑOZ SABATÉ, LL., «Ley de Arbitraje: Un campo sembrado de minas», *op.cit.*, 207; LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje....*, *op.cit.*, págs. 104 y ss.; MORENO CATENA, V., «Análisis crítico...», *op.cit.*, pág.198; MERINO MERCHÁN, F. y CHILLÓN MEDINA, F., «La excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje», *RCEA*, 1988-1989, pág. 235; ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «Procedimiento de arbitraje», *Justicia* 1989, pgs.930 y ss.; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria....*, *op.cit.*, págs. 175-180.

³⁰⁴ «La eficacia positiva de la cláusula arbitral implica la puesta en marcha del procedimiento arbitral a pesar de la resistencia eventual de una de las partes (...). La cláusula arbitral genera también la base procesal para eventuales medidas provisionales en garantía del cumplimiento final y efectivo del laudo.

en el hecho de que son sus efectos lo que le impiden restringirlo a esta categoría pues, precisamente, son ellos los «que se constituyen, sin duda alguna, en su justificación»³⁰⁵.

B. Efecto negativo

La existencia de convenio arbitral puede constituir el fundamento de una excepción procesal en vía judicial. La nueva redacción del art.39 LEC, en materia de jurisdicción y competencia de los tribunales, se dirige en tal sentido a proteger a la institución arbitral. Por virtud de la existencia de un convenio arbitral, el juez ante el que se interpuso la demanda deberá remitir «a las partes al arbitraje, (...) a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz e inaplicable» (art.II.3 CNY), y «siempre que la parte a quien le interese (así) lo invoque mediante declinatoria»³⁰⁶. Se produce lo que parte de la doctrina denomina como el «apartamiento de la jurisdicción»³⁰⁷, aunque, en nuestra opinión, acorde con la especial naturaleza de este contrato al que nos venimos refiriendo y, a sabiendas de la proximidad que puede tener nuestra afirmación en relación con las posturas jurisdiccionalistas, nos decantamos por ir más allá de ese simple «apartamiento» que provoca la existencia de un convenio y reconocemos que, su existencia, supone una «sustitución» de la jurisdicción de los tribunales por otra fuente de poder³⁰⁸. Mientras que la primera postura resulta más coherente con las posiciones contractualistas, en la segunda el efecto

En caso de incumplimiento, los jueces impondrán forzosamente la decisión arbitral», CREMADES, B.M., «Arbitraje en el siglo XXI», *op.cit.*, pág. 1186.

³⁰⁵ LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje...*, *op.cit.*, pág. 104.

³⁰⁶ Esta exclusión de la Jurisdicción no sólo tiene un ámbito nacional sino también internacional según se observa en el Convenio de Nueva York 1958 (art.II.3) y Convenio de Ginebra 1961 (art.VI). En concreto, el Convenio de Ginebra correctamente establece que se presentará y discutirá dicha excepción con carácter previo si según la Ley del país en cuestión « se considera tal excepción o declinatoria como una cuestión de Derecho Procesal» o, en caso contrario, deberá proponerse en el mismo momento de presentar las alegaciones en cuanto al fondo.

³⁰⁷ Entre otros muchos, pues esta es la terminología acuñada con carácter general, encontramos a ALCALÁ-ZAMORA, N., «Examen de la Nueva Ley Española de Arbitraje», *Estudios de Derecho Procesal*, Tecnos, 1975, pág. 44.

³⁰⁸ Esta postura ha sido confirmada por LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje Español*, *op.cit.*, pág. 108. y STS 18 febrero 1993 (RA 1241).

negativo es más grave por suplirse un *iuris dicere* por otra fuente de poder *preferente*. Esto va a ser importante a efectos de posibles excepciones procesales.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha superado la controvertida jurisprudencia a la que el artículo 11.2 de la LA dio lugar. Cuando la Disposición Adicional 3ª del al LA añadió al antiguo art.533 LEC la excepción dilatoria relativa a la «sumisión de la cuestión litigiosa al arbitraje» y, en sede de ejecución, hizo lo mismo en el art.1464 del mismo texto, no delimitó el procedimiento adecuado para formularla. De esta forma, cualquier actividad del demandado que no fuera la de oposición, se entendía como sumisión tácita a los órganos jurisdiccionales del Estado³⁰⁹.

El problema se presentaba al determinar cuál era el trámite oportuno para resolver dicha excepción, cuando no se encontraba la parte ante un procedimiento de mayor cuantía, único con tratamiento *a limine* de este tipo de excepciones³¹⁰. Ello conllevó que, en estos procedimientos, el Tribunal tuviera que resolver junto al fondo del asunto, dando apertura, en numerosas ocasiones, a la interposición posterior del recurso de apelación y casación, en cuanto se trataba de una resolución definitiva³¹¹, además de darse una paralización

³⁰⁹ La Jurisprudencia durante los primeros años de la LA entendió dicho mandato en sentido estricto, admitiendo como sumisión tácita a los órganos jurisdiccionales cualquier actividad distinta del acto de oposición. *Vid.* la SAP Barcelona 12 mayo de 1992 (RGD 1992, pág. 12159) afirmaba que «Si aquel o aquellos, además de plantear la cuestión adoptan otra conducta de oposición a la demanda aduciendo motivos impositivos u obstativos, hay que entender que se someten tácitamente al Juez o Tribunal ordinario por imperio de lo dispuesto en el art.58.2 LEC (...) por virtud del cual no cabe suscitar ninguna otra cuestión so pena de implicar un acto de sumisión tácita, en tanto que el artículo 11.2 LA y el 58.2 LEC, al referirse, el primero a cualquier actividad procesal y el segundo a cualquier gestión, no hacen distinción alguna y son frases de sentido muy amplio que permiten ser interpretadas de esta suerte».

En este mismo sentido el TS confirmó dicha postura en S 2 julio 1992, RA 6069).

³¹⁰ Nuestro procedimiento-tipo, por antonomasia, en aquel momento era el de menor cuantía y en él, cualquier actividad procesal (que se llevara a cabo) que no fuera la de proponer en forma la oportuna excepción -no sólo la relativa a la existencia de convenio arbitral sino también la de litispendencia arbitral-, se entendía por la jurisprudencia como una forma de sumisión tácita a la Jurisdicción. Junto a esto, surgía la duda en torno a las contestaciones *ad cautelam* que podía llevar a cabo el demandado; por su lado, al no existir un trámite previo de resolución de esta causa de oposición, se debía esperar al fondo del asunto para resolverla, con las consecuentes repercusiones que ello conllevaba para la parte que pretendía hacer valer el convenio arbitral.

³¹¹ También *vid.* MUÑOZ SABATÉ, L., «La Ley de Arbitraje: Un campo....», *op.cit.*, pág. 208.

cuasidefinitiva del proceso arbitral, debido a la prolongada duración del proceso judicial³¹².

Esto producía una clara indefensión. Además, «que un Tribunal aprecie en tal caso una intención tácita de someterse, frente a una manifestación expresa en sentido contrario (como es la de interponer una excepción), es, además contrario al espíritu de la Ley»³¹³ y «no puede sobreponerse y anular la previa manifestación de la voluntad expresa de la parte, que no sólo no renunció al arbitraje pactado, sino que de manera inequívoca alegó este convenio y manifestó esta voluntad de que se cumpliera»³¹⁴. Con ello volvemos a una situación similar a la que generaba la Ley de 1953 por la que se anulaba el efecto negativo del convenio, como si de una simple cláusula compromisoria se tratara y no de un compromiso³¹⁵.

La jurisprudencia de las Audiencias también era contradictoria. De esta forma, resulta ejemplificativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sección Décima, cuando calificaba a la situación de «conflicto de jurisdicciones» a resolver a través del trámite de incidentes previsto para la

³¹² Tampoco se entiende, acorde con una interpretación nomofiláctica y teleológica, pues el mismo sentido de la institución arbitral exige que se regule un trámite previo donde discutir la existencia del *ius dicere*, cuando en el ámbito de la Jurisdicción ordinaria es un presupuesto improrrogable; desde otro punto de vista, también se hace necesario por el carácter de excepción dilatoria que ha pretendido el legislador dotarle en la D.A.3ª LA. Con ciertos matices, GONZÁLEZ MONTES, J.L., «La excepción de compromiso», *RDPIber.*, 1975, págs. 440 y ss., mantiene esta misma postura en relación a la declinatoria de jurisdicción pero reivindicando el carácter autónomo de la excepción propia del proceso arbitral.

Además, supone un desequilibrio que en el procedimiento arbitral el árbitro deba conocer de oficio su competencia objetiva (arbitrabilidad de la cuestión litigiosa) y que deba controlar la validez del convenio y, sin embargo, ante los Tribunales no se permita discutir con carácter previo sobre la existencia de este convenio. Si se permite a un juez durante la formalización judicial del arbitraje controlar la validez del convenio, con más razón debiera durante el trámite de oposición en vía jurisdiccional, dilucidarse esta cuestión conforme al principio de *celeridad* que rige el arbitraje y *debiera* primar en la Jurisdicción.

³¹³ VILLORIA RIVERA, I., «Problemas que plantea la excepción de arbitraje en el juicio de menor cuantía, según la vigente Ley de Enjuiciamiento civil. La solución del borrador de nueva Ley», *La Ley*, 8 ener 1998, pág. 3.

³¹⁴ CABALLOL ANGELATS, LI., *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Bosch, 1997, pág. 70. También *vid.* SAP Valencia 18 noviembre 1992, RGD 1993, pág. 2244.

³¹⁵ Esta situación durante la antigua LAP la explica FONT SERRA, E., «La nueva configuración...», *op.cit.*, pág. 354.

declinatoria (arts.72 y 79 de la antigua LEC) y, sin embargo, ésta misma en su Sección 13ª la había considerado cuestión a resolver en el fondo, entendiendo que cualquier actividad que se lleve a cabo –incluso la contestación *ad cautelam*– debía interpretarse como un supuesto de sumisión tácita a la Jurisdicción³¹⁶. El ejercicio del derecho a la defensa acababa siendo; involuntariamente, la causa de sumisión tácita a la Jurisdicción³¹⁷.

En la actualidad, la concepción pro-arbitraje mantenida por la nueva Ley de Enjuiciamiento es clara, al concebir esta situación como un enfrentamiento de jurisdicciones, tramitable por la vía establecida para la declinatoria. Sólo se entenderá que esa parte renuncia al arbitraje cuando, «interpuesta la demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier gestión procesal que no sea la de proponer en forma la declinatoria».

En primer término, la simplificación procedimental coadyuva a evitar la problemática existente durante la vigencia de la antigua LEC, cuando diferenciaba entre procedimientos con trámites resolutorios tan dispares³¹⁸. Junto a esto, nos parece correcto el tratamiento recibido tras la reforma, pues confirma

³¹⁶ Vid. SAP de BARCELONA, Secc.10ª, 5 febrero 1992, RCEA 1993; y de la misma Audiencia Secc.13ª, 12 mayo 1992 RCEA 1993. En este último sentido, véase también las sentencias APBurgos 8 enero 1994 (RCEA 1995, pág. 253) y SAP Valencia 12 enero 1995 (RCEA 1995, págs. 255 y s.).

³¹⁷ Encontramos, entre otras, la SAP Madrid 10 mayo 1993, (RVDPA,1, 1994, págs. 80 y 81) y SAP V 18 noviembre de 1992 (RVDPA, 1, 1994, pág. 73).

³¹⁸ Cuando nos encontrábamos ante un *juicio de mayor cuantía* del artículo 532 le otorgaba a la excepción en cuestión el carácter de dilatorio y previo. El juez resuelve mediante auto; de estimar la excepción, al ser insubsanable, el proceso termina en ese mismo instante, siendo posible la apelación a ambos efectos, sin posibilidad de ulterior recurso y quedando, por supuesto, expedita la vía arbitral. Si, contrariamente la desestima, concederá al demandado un plazo de 10 días para contestar a la demanda; este auto será apelable a un solo efecto.

En los demás procedimientos la solución no parece tan clara. La Jurisprudencia no resulta nada unánime en relación al tratamiento que debe darse a la excepción en cuestión durante cualquiera de los restantes procedimientos, con especial referencia al de *menor cuantía* por ser el procedimiento-tipo. Casi toda la Jurisprudencia existente se centra en el procedimiento de menor cuantía. Existe alguna sentencia relativa a esta excepción en el procedimiento de cognición donde recibe un tratamiento similar a la solución creada para el menor cuantía. La SAP Palma Mallorca 4 octubre 1994, (RCEA 1996, pág. 94) se ha pronunciado al respecto confirmando que dicha excepción se interpondrá en la contestación a la demanda «sin que la interposición de otros motivos suponga sumisión tácita».

que el conflicto se da entre dos jurisdicciones, independientemente de la diferente naturaleza que poseen³¹⁹. Ahora se reconoce, verdaderamente, que la falta de poder decisorio de los jueces se genera desde la existencia del convenio, lo que provoca la carencia su jurisdicción³²⁰; con ello, se confirman sus efectos *positivo y negativo*. Por último, la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante el Juez durante este trámite resulta ya una realidad, pues para el justiciable, supone una dilación indebida en el ejercicio de su derecho a acudir al arbitraje y a hacer «estar y pasar por lo estipulado» a la otra parte que siempre utilizará estas tácticas.

Solucionado el problema, a partir de este momento deben las partes proponer tal declinatoria ante el mismo tribunal que está conociendo del pleito o ante el del domicilio del demandado (art.63 LEC), dentro de los diez primeros días del plazo estipulado para contestar la demanda o en los cinco primeros posteriores a la citación para la vista. El procedimiento principal ante el juez será suspendido (no el arbitraje), sin perjuicio de la posible adopción de medidas cautelares aseguradoras o la solicitud de caución bastante para responder de los posibles daños derivados de la interposición de la medida. Corresponde al órgano jurisdiccional resolver mediante auto, contra el que cabrá recurso de apelación cuando el tribunal se abstuviera de seguir conociendo por considerar la existencia de convenio arbitral como causa de falta de jurisdicción; contrariamente, contra el auto que admita la jurisdicción del tribunal, se podrá interponer recurso de reposición (art.66).

³¹⁹ Carecerán ahora de sentido críticas como la mantenida por GÓMEZ DE LIAÑO, F., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 174, cuando criticaba la solución mantenida por la jurisprudencia del momento, tendente a resolver tal incoherencia legal a través de la atribución de la declinatoria, por afirmar que tal mecanismo sólo podía ser utilizado entre las cuestiones de competencia de los jueces y magistrados.

³²⁰ *Vid.* LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje Español*, *op.cit.*, pág. 108, cuando dice que «la excepción del convenio arbitral (...) logra un efecto puramente cronológico y no jerárquico en orden a evitar que Jueces y Tribunales asuman una competencia que con *anterioridad* las partes han excluido al suscribir el convenio arbitral, provocando sobre el régimen jurídico de los actos procesales instados y tramitados ante la jurisdicción estática la *nulidad de todos ellos*».

Véase también VALENCIA MIRÓN, A., (Coor. LORCA NAVARRETE), *Comentario breve...*, *op.cit.*, pág. 45.

Esta excepción no forma parte del *orden público procesal*, y por tanto sólo es apreciable por el juez *ope exceptionis*.

4. La renuncia al convenio arbitral

No es éste un tema que se encuentre afectado por la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual. La renuncia al convenio supone el agotamiento o supresión de esa fuente de poder y deja expedita la vía judicial.

El artículo 11 LA distingue entre dos formas de renuncia al convenio arbitral. Existe, por un lado, una posible renuncia tácita y, por otro, podemos encontrar una renuncia de tipo expresa y bilateral, con lo que de una simple novación contractual se está hablando y a las reglas generales de los contratos nos remitimos.

La única anotación que consideramos destacable es la relativa a la necesidad de que exista un disenso mutuo para poder dejar sin eficacia ese convenio arbitral (art.11.2). Pues si dicha fuente de poder se generó por un acuerdo de voluntades, de igual modo debe deshacerse, sobre todo, atendiendo al mandato del art.15 LA por el cual el arbitraje debe continuar hasta dictarse el laudo sin que la inactividad de *ambas* partes pueda afectarle. Se necesita, por tanto, una manifestación inequívoca de ambas voluntades para dejarlo sin eficacia o que, por encontrarse el demandado ante el órgano jurisdiccional, decida realizar cualquier actividad en juicio que no sea la de oponer la oportuna excepción. Los mismos requisitos y puntalizaciones realizadas en torno a la creación del convenio arbitral se predicarán en este caso de este nuevo acuerdo de voluntades.

IV. LA RELACIÓN PROCESAL ARBITRAL

Frente a la relación convencional consumada con la creación del convenio, se abre una segunda etapa en el iter arbitral. Nace un segundo momento

característico de la institución: la designación del árbitro que debe dirimir la controversia y la aceptación de su cargo. Dará, entonces, comienzo el procedimiento, la autonomía de la voluntad quedará sujeta a una serie de limitaciones y al resultado de este entramado complejo, la Ley le dotará de la misma eficacia que a las resoluciones judiciales. Se ha configurado una relación entre las partes y el árbitro de carácter propiamente procesal.

1. Naturaleza del contrato de dación y recepción del arbitraje

Contrariamente a lo afirmado por alguna doctrina³²¹, consideramos de gran transcendencia la posición que adoptemos en torno a la naturaleza de este contrato por las repercusiones que tiene, especialmente, en materia de responsabilidad arbitral.

El denominado «contrato de dación y recepción de arbitraje», por el que se instituye la autoridad del árbitro, se ha tratado de incardinar en una de las categorías existentes hasta el momento. La discusión ha versado, nuevamente, entre la disyuntiva de un simple contrato o la naturaleza jurisdiccional del arbitraje³²². En nuestra opinión, esas teorías no llegan a explicar realmente la

³²¹ MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J., *Tratado de arbitraje interno e internacional*, *op.cit.*, pág. 285.

³²² Al dar tratamiento al tema de la naturaleza jurídica del arbitraje, aludíamos a la existencia de una postura tradicionalmente privatista que, al concebir la institución arbitral como un simple contrato, reconocía el *receptum arbitrii* como otro contrato más, dentro de la cadena concatenada de relaciones contractuales de índole privado que genera el arbitraje.

Unánimemente, la oferta y aceptación han sido incardinadas dentro del contrato de prestación de servicios o en el contrato de mandato. Se ha acudido a una gran disparidad de criterios a la hora de delimitar ambas figuras, pero los civilistas establecen los lindes tomando como base el carácter retribuido o gratuito del mismo, respectivamente. Es más, obtiene un mayor apoyo doctrinal y jurisprudencial la observancia de este contrato como si de un simple mandato se tratara, aunque no sin encontrar ciertos óbices.

LLEDÓ YAGÜE advierte la dificultad que entraña dicha equiparación por no tratarse de una simple sustitución del mandante, sino que se sustituye a una función propia del Estado, «una subrogación de aquel en la potestad jurisdiccional» y reconoce que es «una competencia decisoria» la que naturaliza este «mandato» impropio, *vid.* LLEDÓ YAGÜE, F., (Coor. BERCOVITZ), *Comentarios a la Ley de arbitraje*, *op.cit.*, pág. 263.

Paradójicamente, GUASP –propulsor de la naturaleza contractual del arbitraje–, defiende la idea de la atribución de potestad decisoria al árbitro para el ejercicio de su «oficio» pero restringe su naturaleza a

relación existente entre las partes y el árbitro o aspectos tales como la intervención del juez en los casos de formalización judicial del arbitraje, donde el tercero designante no cumple mandato alguno sino, más bien, una obligación legal de auxilio al árbitro. Sí resultan suficientes, por el contrario, para entender la relación existente entre estas partes y el tercero al que se le encarga la designación del árbitro (arts. 9.2 y 10 LA), restringidos al arbitraje institucional³²³.

Frente a esta postura, existe otra tendencia más proclive a equiparar la relación existente entre el árbitro y la parte con la que media entre el sujeto tutelable y el órgano judicial ante la jurisdicción ordinaria. SERRA DOMÍNGUEZ, entre otros, afirma que nos encontramos ante una simple «oferta y aceptación, de la que nacen derechos y deberes fijados *ex lege*»³²⁴, construyendo dicha afirmación a partir de la teoría del oficio que desempeña el árbitro, pues, realizado el nombramiento, la relación que surge entre el árbitro y las partes calificable de derecho público. No obstante el acierto de esta postura, no debemos olvidar la naturaleza puramente jurisdiccional de la que se parte, en cuanto el árbitro posee una delegación de potestad estatal.

La oferta y recepción del poder arbitral no puede responder a un encargo personal, pues ello implicaría la posibilidad de revocarlo sin justa causa; es decir, si lo que se otorga es autoridad para resolver conflictos, no puede limitarse a una pura relación contractual. Además, el árbitro se encuentra independizado de la

la de un contrato de encargo, se encuentre retribuido (prestación de servicio u obra) o no (mandato), *vid.* GUASP, J., *El arbitraje en el Derecho Español*, Bosch, 1956, pág. 152.

³²³ En estos casos, el tercero al que se le atribuye la función de designar, obra en virtud de un mandato propio (1711 Cc.). Pero este tercero propone al árbitro, no lo designa, pues ésto sólo es un acto de las partes que se manifiesta a través de la «oferta», con independencia de quien haya propuesto al tercero decisor.

Tanto en la formalización judicial del arbitraje como en la designación de un tercero (privado o institución) se trata de una simple colaboración en el nombramiento que deben hacer las partes. Pero la «oferta», en cuanto atribución de autoridad, tan sólo la pueden hacer las partes, pues nadie puede dar lo que no tiene y, por tanto, sólo las partes pueden investir a éstas de ese poder de decisión.

³²⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, 1969, pág. 591. En este mismo sentido, FONT SERRA, E., «La nueva configuración del arbitraje», *Justicia*, 1989, pág. 364.

voluntad de las partes que le han designado tras la aceptación de su función. Es éste, precisamente, el momento en el que el tercero se erige *supra partes* y el instante caracterizador del nacimiento de la heterocomposición³²⁵. El simple acuerdo pasa - imperativo legal- a producir los efectos típicos de ésta.

Es un *plus* o reconocimiento que el legislador hace en favor de la autonomía de la voluntad, de forma que, a partir de este momento la actuación de la misma es valorada legalmente y pasa a producir eficacia jurídica pública (proceso). Pero, es más, si de la conjunción de la autonomía plasmada convencionalmente no surge esta relación procesal, el legislador ha habilitado a los Jueces y Magistrados para que designen a un árbitro (art.38 y ss. LA), a que contribuyan a la formalización de dicha heterocomposición. Si ésta fuera una relación puramente contractual, el Estado no debiera tomar parte en ella³²⁶.

Se trata, pues, de una relación tripartita y extranegocial que dará lugar a responsabilidad extracontractual. La actuación del árbitro tendrá una eficacia valorada por encima de la que de la autonomía de la voluntad se puede derivar. La razón es única: la Ley.

En este momento es cuando surge la idea de autoridad o fuente de poder de decisión individualizada en una persona; serán, pues, requisitos insoslayables en la heterocomposición, la idea de independencia en sí misma, la obligación de las partes y del árbitro de asegurar ésta objetiva y subjetivamente, la obligación del juzgador de dictar laudo congruente a través de un proceso arbitral celebrado con todas las garantías y, por último, la consecuente responsabilidad contractual y extracontractual que se deriva para las partes, árbitro y centro de arbitraje, en su caso. Ya no se trata de los aludidos efectos negativos que producía el convenio

³²⁵ La Ley le da al valor de la autonomía de la voluntad de las partes, provoca que, tras la aceptación del encargo, dará comienzo el procedimiento arbitral e incluso «la inactividad de las partes no impedirá que se dicte laudo ni le privará de eficacia» (art.22.2 LA).

³²⁶ Cabría aquí plantearse la posibilidad de que, si la revocación del cargo arbitral se diera, efectivamente, sin justa causa, podría dar lugar a la posterior responsabilidad por daños y perjuicios frente a esas partes.

arbitral, sino que son efectos jurídicos *procesales*, que se producen por desembocar en él, salvo que se novara el *contrato* que, efectivamente, dio lugar al arbitraje en cuestión, acorde con la naturaleza propia de esta forma de *jurisdicción arbitral*.

2. La designación del órgano arbitral

Para entender el carácter público de la relación arbitral es necesario averiguar las diferentes formas puede ser designado un árbitro. Identificado el mismo, y consciente del cargo que se le atribuye, procederá a su aceptación y ello provocará la transformación aludida, que sufre en este preciso momento el contrato de arbitraje. También se hace imprescindible el estudio del régimen jurídico al que éstos se encuentran sometidos, sus condiciones, incompatibilidades, derechos y deberes, así como, su responsabilidad.

A. La designación del árbitro

Cierta delimitación de posibilidades que ofrece la Ley a la hora de designar un árbitro nos parece necesaria. Resulta especialmente adecuado al arbitraje en materia de propiedad intelectual, el sistema de arbitraje administrado por razón de la especialidad de la materia y de la elevada cuantía de estos asuntos.

a. Forma

El tema de la designación no constituye una cuestión doctrinalmente controvertida³²⁷, aunque en la práctica requiera de mayor cuidado que otros muchos extremos del arbitraje³²⁸.

³²⁷ Al respecto véase, ALBALADEJO, M., «Otros extremos de la Ley de Arbitraje», *AC*, 1990, núm.8/19-25 febrero, págs. 103 y ss. ; BÁDENAS CARPIO, J.M., «El arbitraje institucional: breve comentario al Reglamento de la Corte de Valencia», *AC*, 1993, núm.15/12-18 abril, págs. 277 y ss.; CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho Español: interno e internacional*, Aranzadi, 1995, págs. 77 y ss.; GIL RODRÍGUEZ, J., «El arbitraje institucionalizado y el nombramiento de árbitro», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, Barcelona, 1993, vol.II; LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje...*, *op.cit.*, pág. 281 y ss.; O'CALLAGHAM, X., «El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *AC*, 1989, núm.1/2-8 enero, págs.

Lo común es que las partes que celebran el contrato en el que se incluye una cláusula de arbitraje se dejen llevar por la armonía y confianza propia de las relaciones comerciales sin prever este tipo de asuntos y, que llegado el momento, no se pongan de acuerdo en la designación, haciéndose imposible la vía arbitral³²⁹. No resulta inusual encontrar situaciones en las que se designó *en el convenio* un sujeto que, llegado el momento, no es el más adecuado para resolver el conflicto surgido o, incluso, nacido éste, si no medió mención expresa en dicho convenio, no exista forma de que se pongan ambas partes de acuerdo. Deben, entonces, acudir a una *formalización judicial*, quedando sujetas al azar de un sorteo.

La Ley deja absoluta libertad a las partes a la hora de designar. Sea cual sea el método de designación elegido, lo que exige es el cumplimiento del principio de igualdad entre las partes, prohibiendo *ex lege* que sea tan sólo una de ellas quien elija al órgano que debe decidir (9.3).

Con carácter general, siguiendo a MUÑOZ SABATÉ, la designación del árbitro en el convenio resulta la mejor opción, sobre todo, si se hace en relación con una determinada categoría profesional o si se nombra a un tercero persona jurídica como gestor de un arbitraje institucional, procediendo bien por el sistema de remisión a sus listados de árbitros o, bien por designar al especialista en una determinada cuestión litigiosa. Contrariamente, si no medió opción expresa de tal tipo y, ante la evidente falta de acuerdo, la parte deberá recurrir a la colaboración jurisdiccional del juez de Primera Instancia del lugar donde deba dictarse el laudo (art.38). Ante éste, existe un trámite de comparecencia previa para intentar

10 y ss.; ORTIZ NAVACERRADA, S., «La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje: aspectos procesales», *AC*, 1989, núm.2/9-15 enero, págs. 151 y ss.

³²⁸ Una vertiente práctica la refleja MUÑOZ SABATÉ, Ll., «Análisis crítico sobre las varias fórmulas de designa de árbitro», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, núm.1, págs. 43 y ss.

³²⁹ La formalización judicial del arbitraje procede tanto cuando no existe acuerdo en la designación del árbitro como cuando el disenso en el la forma de designar el mismo, conforme a los arts.9, 10 y 30 LA. En este sentido, SAP Madrid 4 octubre 1995 (RCEA 1996), pág. 109.

de nuevo ese acuerdo y si, a pesar de ello, no se avinieran las partes, corresponde al órgano jurisdiccional la designación en aplicación de los arts.38 a 42 LA³³⁰.

De éstos parece derivarse para el tribunal una obligación de acudir a un sorteo entre los abogados en ejercicio del Colegio profesional de su circunscripción, cuando se trate de un arbitraje de derecho y, sólo si falla éste, procederá el juez a formular libremente su elección. Tal opción legislativa no nos parece la más adecuada, aunque responde al momento histórico en el que se promulgó la Ley de Arbitraje; en nuestra opinión, debiera permitirse al juez -siempre imparcial- elegir al sujeto que considere más apropiado para la especialidad del asunto que se discute. De ahí que nos parezca más acorde la fórmula establecida para los arbitrajes de equidad, donde al órgano judicial se le deja mayor margen de discreción para poder elegir –y no sortear- entre los profesionales (incluidos abogados) del Colegio, Cámara o Corporación correspondiente o, en su caso, al abogado reconocido como especialista en este tipo de controversias³³¹.

Su tramitación procedimental se desarrollará a través del juicio verbal, siendo de carácter potestativa la postulación de abogado y procurador. La Ley castiga la incomparecencia del demandado e impide al juez que prejuzgue la validez del convenio, limitando su actuación a la simple constatación de la voluntad inequívoca de las partes de vincularse. Contra el «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» (art.42.3 LA).

El objeto de debate ante la Audiencia durante la formalización debe ser muy limitado, intentando que la motivación del recurso, requerida por la Ley, se ciña

³³⁰ En la actualidad la nueva LEC ha admitido la posibilidad de adoptar medidas cautelares incluso en fase de formalización judicial del arbitraje (art.722).

³³¹ Dicha posibilidad parece también apuntarla ORTIZ NAVACERRADA, S., *op.cit.*, pág. 156.

estrictamente a la declaración de falta de acuerdo. La dicción legal es clara y no parece posible la paradoja de que, la Audiencia, llegado el momento, tenga que volverse a pronunciar sobre aspectos ya aludidos cuando trató la formalización judicial del arbitraje, pues, en realidad, el riesgo de ampliar el objeto del proceso no es tal, al tratarse de causas de anulación tasadas y meramente formales³³².

b. La sustitución del árbitro

Durante la tramitación del arbitraje es posible que se dé la *sustitución* del árbitro, bien por haber sido recusado, fallecer, por causa de incapacidad sobrevenida o, incluso, por renuncia del mismo.

La Ley tan sólo se ha pronunciado en torno a este asunto al remitir a las partes al mismo procedimiento utilizado para su designación (art.19) y prever la suspensión del procedimiento en salvaguardia del principio de inmediación, cuando hubiere tenido lugar la práctica de las pruebas. Pero se ha hecho necesario el pronunciamiento de la jurisprudencia para matizar tales afirmaciones e ir sorteando los intentos de frustración del arbitraje que, a través de esta vía legal, se han intentado³³³.

Efectivamente, sólo si medió acuerdo de partes podrá utilizarse el mismo modo de designación, pues, la falta de consenso cerró cualquier posibilidad de formalización judicial del arbitraje (art.38.2) y ello imposibilitaría continuar con el procedimiento.

³³² Probablemente, sólo en el supuesto de que la Audiencia se pronunciara sobre la arbitrabilidad de un aspecto objeto del arbitraje, podría darse la situación extraña de la que hablamos.

³³³ De esta forma, merece una especial mención la SAP Valladolid 28 abril 1995, (RCEA 1996, pág. 96) cuando afirma que no se puede permitir la anulación de un laudo por la razón de que no se haya producido la notificación a las partes de la sustitución del mismo (en consonancia con la STC 230/1992, 14 diciembre); sólo cabría si, por falta de notificación, no hubiera podido recusarse el mismo, porque en ese caso sí se le priva del derecho a recusar.

c. Carácter impar del tribunal

La autonomía de la voluntad debiera alcanzar a un último aspecto, a saber, el del número de árbitros. A falta de mención expresa, la Ley ha previsto que el tribunal se integrará del número impar de tres.

Si nos encontramos ante un arbitraje institucionalizado deberemos estar a su reglamento; pero si se trata de un arbitraje *ad hoc* o deferido a tercero, alguna doctrina ha previsto la imposibilidad de que se estipulen fórmulas, en la práctica tan usuales, como la designación de un árbitro por cada parte y que éstos, a su vez, nombren al árbitro presidente, por ser contrario al mandato del artículo 13 relativo al carácter impar del tribunal arbitral³³⁴. Efectivamente, así lo ha negado la jurisprudencia³³⁵, pero nada obsta a admitir dicha fórmula si la previsión consensuada es tripartita, aunque sean ambos árbitros de parte los que decidan sobre la elección del tercero. Cuestión distinta es que la designación directa de un árbitro por cada parte no sea la más idónea³³⁶.

Por último, el art.20 prevé como potestativa la posibilidad de nombrar a un secretario y, solo en su defecto, le corresponde a cualquiera de los árbitros ejercer las veces, sin que «en ningún caso deb(a) ser el Presidente del Colegio arbitral». La intervención de esta figura es una práctica común y muy positiva en el arbitraje, aunque ese tercero carezca de fe pública, por la razón de que de él depende la plasmación de lo acontecido en el proceso arbitral, a efectos, sobre todo, de un posible recurso de anulación.

³³⁴ LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho Español...*, *op.cit.*, pág. 282 y CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el...*, *op.cit.*, pág. 85. En este mismo sentido, la SAP Barcelona 14 octubre 1997, TAB, 10, pág. 91, confirma que resulta contraria a la Ley de Arbitraje la anómala práctica de que sea cada parte la que nombre a un árbitro y entre éstos, al tercero, pues se trata de tres árbitros nominales.

³³⁵ La SAP de Cantabria de 9 de septiembre 1993 (AC 1993, 1601) y SAP Barcelona 14 octubre 1997, TAB núm.10, pág. 91.

³³⁶ RAMOS MÉNDEZ, F., «Los abogados de las partes no pueden ser árbitros», *TAB*, núm.3, «pues la autonomía de la voluntad de las partes tiene sus límites (...). Ésta es una exigencia de la jurisdiccionalización de la institución» en aras de obtener la ajenidad e independencia del órgano decisor (pág. 96).

B. Condiciones para el ejercicio de la función arbitral

Son pocas las cuestiones que pudieran verse modificadas en este arbitraje por causa de la especialidad de este derecho material; en este caso, la problemática parece, antes bien, plantearse en torno a la especial condición de los árbitros que integran la CMAPI, pero no en los designados conforme a la Ley general. Así pues, pueden ser árbitros las personas naturales que se encuentren, desde su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y, si se tratara de un arbitraje de derecho, afirma la Ley, se requiere que sean abogados en ejercicio.

a. La capacidad

1. El supuesto de las personas físicas

La remisión existente al Código Civil se encuentra justificada al exigir la Ley la capacidad general que se exige para celebrar un contrato, debiendo encontrarse el sujeto en pleno ejercicio de derechos civiles³³⁷.

Podrá ser árbitro, entonces, toda persona mayor de edad (art.315 y 322 Cc.), requisito en absoluto excesivo si nos atenemos a la función que debe realizar. Para los arbitrajes de derecho, existe un requisito adicional como es el ser abogado en ejercicio, sean españoles o extranjeros, siempre y cuando ejerzan la abogacía en España. El requisito de la edad parece ser, por tanto, en este supuesto claro. Sin embargo, puede ser que las partes prefieran hacer primar criterios cualitativos o de especialización, sobre todo, si nos encontramos ante un arbitraje de equidad, donde le basta al capaz con poder contratar.

Parece, pues, que los menores –se encuentren o no emancipados-, no pueden erigirse en tercero *supra partes* capaces de resolver un conflicto, aunque sea de equidad, pues como mínimo, para la realización de dicha función se requiere de

³³⁷ Y esta capacidad general no se le presupone porque vaya a celebrar un *contrato* sino porque dicha capacidad general implica raciocinio suficiente para actuar en el tráfico jurídico.

un grado de raciocinio y un bagaje suficientes para *ejercer fielmente su encargo* (art.16)³³⁸. Igualmente hacemos extensible lo dicho al incapacitado judicialmente y pródigo cuya capacidad debe ser siempre suplida.

No ocurre lo mismo, sin embargo, en los supuestos del concursado y quebrado que se encuentran habilitados para la administración de sus bienes. Ello por la razón de que, para ser árbitro, no debemos de estar tanto a la capacidad para disponer de bienes o administrarlos, sino a esa capacidad para comprometerse a la hora de cumplir un encargo. Se trata, antes bien, de una cuestión de confianza en el órgano juzgador³³⁹. Que ésta se le presuma a un capaz no quiere decir que el quebrado no la tenga pues, en definitiva, de lo que se le priva es de la capacidad para disponer material y procesalmente³⁴⁰. Por su lado, al declarado en estado de suspensión de pagos debería, con igual argumentación, permitírsele ser elegido árbitro.

Por otra parte, encontramos que la LA sólo prohíbe erigirse en árbitro a los sujetos que hayan sido declarados judicialmente responsables por incumplir el cargo con anterioridad (art.14). De la presente afirmación se deducen inmediatamente dos ideas. De un lado, se advierte que, sólo en el caso de tratarse de un arbitraje administrado, podremos tener ese conocimiento, pues no es un dato fácilmente recabable cuando se obra a través de arbitrajes *ad hoc*. En

³³⁸ Sería algo similar a lo dispuesto en el art.323 Cc. para el menor emancipado que intenta llevar a cabo actos jurídicos sobre bienes de extraordinario valor, para los que debe valerse siempre del padre o tutor. Es lógico que se exija cierta madurez en la persona que debe dirimir una controversia del tipo que fuere aunque el Código Civil le considere al emancipado, por ejemplo, capaz para comparecer en juicio.

³³⁹ La idea de confianza no sólo es fundamental en la vía arbitral sino que ante la propia Jurisdicción también debe de confiarse en el órgano juzgador en el sentido de que no es considerado *iudex suspectus* y no estará interesado a la hora de resolver el conflicto.

En el arbitraje, la confianza que depositamos en el árbitro es decisiva. Confirma esta afirmación las estadísticas resultantes de los arbitrajes celebrados conforme recoge MUÑOZ SABATÉ, Ll., «Análisis crítico sobre las varias formas de designa de un árbitro», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, núm.1, pág. 50, donde se ve claramente que la edad del árbitro es el dato decisivo a la hora de designarlo debido a la madurez y confianza que este aspecto representa a la hora de elegir.

³⁴⁰ No obstante, consideramos que si ese tercero no fue diligente en la administración de sus bienes y por eso llegó a esa situación, tal vez sea temerario dejarle decidir sobre los bienes o derechos de otro.

segundo lugar y a la luz de lo dicho, un delincuente puede ser árbitro³⁴¹. Extraña, entonces, que un quebrado pretenda ser tenido en cuenta como incapaz y, sin embargo, lo pueda ser un delincuente si en él confían las partes. Por supuesto y si se tratara de un arbitraje de derecho, deberemos de estar a aquellos casos en los que la condena por delito conlleva la suspensión de la condición de colegiado, conforme al art.24 del Estatuto General de la Abogacía y los artículos 32.2.d), 32.3.c) y 45 Nuevo Código Penal.

Resta aludir a la imposibilidad que, para el desempeño de esta función, sufre el analfabeto por tratarse de un arbitraje ritual, donde la diligencia del árbitro pasará por la comprensión de esos mínimos indisponibles del proceso arbitral.

En materia de propiedad intelectual se plantea la posibilidad de que el árbitro de equidad o de derecho sea extranjero, conforme al mandato del art.13 CE, 27 y 28 Cc., 7 del Tratado constitutivo de Amsterdam y el RD 607/86, de 21 de marzo, por el que se desarrolla la Directiva Europea sobre libertad de prestación de servicios jurídicos dentro de la Unión (77/249). Tanto si es un nacional de la Unión como si es un extranjero *strictu sensu*, deberemos de estar a la capacidad exigida conforme a su Ley nacional (artículo.9.1 Cc.), pues la persona debe hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art.12.1).

De tratarse de un arbitraje de equidad, por su simple exigencia (art.4 y 2 LA), no presenta problema su nacionalidad, sin que por ello deje de ser nacional el arbitraje celebrado en España bajo la Ley 36/1988. Sin embargo, en el supuesto de arbitraje de derecho, el requisito de la colegiación supone una grave limitación en su capacidad, por la limitación territorial que conlleva el estar adscrito a un determinado colegio de abogados³⁴².

³⁴¹ MARÍN LÓPEZ, J., (Coor. BERCOVITZ), *Comentarios...*, *op.cit.*, pág. 191.

³⁴² En defensa de esta necesaria colegiación *vid.* MONTERO AROCA, J., *Comentario breve...*, *op.cit.*, pág. 77; en contra, *vid.* MARÍN LÓPEZ, J., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 195; MERINO MERCHÁN, J., y CHILLÓN MEDINA, J., *op.cit.*, pág. 286.

Si la finalidad última pretendida por la Ley a través de este requisito parece tender a garantizar la correcta aplicación del derecho gracias a la experiencia que dichos abogados poseen, y teniendo en consideración la flexibilidad propia de este proceso, no debería ser óbice el hecho de no estar colegiado en el mismo lugar donde se deba celebrar el arbitraje y dictar el correspondiente laudo. El mismo razonamiento lo consideramos extensible al supuesto del extranjero, sobre todo, en atención a la Directiva aludida y a la normativa internacional, donde ni siquiera se exige que el árbitro sea abogado³⁴³. Algún autor se ha decantado por la exigencia de la residencia habitual en España³⁴⁴, pero, a nuestro parecer, dichos óbices no contribuyen a otra cosa que a marginar los arbitrajes en nuestro país.

El requisito de la colegiación se debe entender en un sentido laxo; debiera bastar con el hecho de que el sujeto elegido sea abogado, con independencia de su nacionalidad y el colegio al que pertenezca. Cualquier otra interpretación fomentaría que las partes acudieran a un arbitraje de equidad (para eludir dicho requisito), pues, en definitiva, las causas por las que podrá anularse el laudo siguen siendo las mismas³⁴⁵. Además la idea del «intrusismo arbitral»³⁴⁶ no resulta aceptable conforme a nuestra Ley de Arbitraje, lo que nos hace todavía más rechazable la limitación del ámbito de actuación del árbitro a su lugar de colegiación.

³⁴³ Art.III Convenio de Ginebra 1961.

³⁴⁴ VULLIEMIN, J-M., «La Ley de Arbitraje y la especificidad del arbitraje comercial internacional», *op.cit.*, pág. 917.

³⁴⁵ *Vid.* STC 168/85, 13 diciembre y 69/85, 30 mayo.

³⁴⁶ GUASP, J., *El arbitraje en el Derecho Español*, *op.cit.*, pág. 148; PRIETO-CASTRO, L., «Una nueva regulación de arbitraje», *RDPrivado*, pág. 719.

En conclusión, cualquier sujeto plenamente capaz podrá ser designado árbitro, y sólo deberá ser abogado ejerciente³⁴⁷ si el arbitraje es de derecho, sea cual fuere su lugar de ejercicio o incluso su nacionalidad.

2. El supuesto de las personas jurídicas

El artículo 16 LA ha dado lugar a diversos pronunciamientos en torno a la posibilidad de que el órgano decisor sea también persona *jurídica*, pues, aunque no media exclusión legal expresa, existe una imposibilidad legal y conceptual³⁴⁸.

En primer lugar, porque el artículo 12 LA alude tan sólo a personas naturales que, conforme al artículo 1 parecen ser sólo las físicas por contraposición expresa a las jurídicas y, en este sentido, éstas tan sólo lo son las que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles³⁴⁹. Y dicha afirmación la consideramos extensible tanto a los arbitrajes de derecho como a los de equidad³⁵⁰.

Esto debiera ser entendido así, entre otras razones, por la imposibilidad conceptual que supone que una persona jurídica se erija en árbitro, «ya que la complejidad estatutaria obliga a la comparecencia de ésta mediante representante, lo que le excluye *intuitu personae* como árbitro»³⁵¹. Efectivamente, los requisitos exigidos para ser árbitro y actuar como tal, no encajan con la *fisonomía*

³⁴⁷ De *lege ferenda*, consideramos que tal exigencia de ejercicio de la profesión debiera desaparecer, pues, en realidad, no aporta nada significativo.

³⁴⁸ ALBALADEJO, M., «El sedicente arbitraje de personas jurídicas», *AC*, núm.7, semana 12-18 de febrero 1990, págs. 93 y ss.

³⁴⁹ Sin embargo autores como PRIETO-CASTRO y SERRANO ALONSO han entendido, contrariamente, que se trata de una novedad introducida por la LA, equiparando la simple *gestión o administración* del arbitraje con la *función* de arbitrar en sí misma. *Vid.* PRIETO-CASTRO, F., «La Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm.3/1989, mayo-junio, págs. 8 y 9 y SERRANO ALONSO, J., «El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988», *AC*, núm.8, semana 20-26 de febrero, 1989, pág. 519.

³⁵⁰ En este sentido, véase la posibilidad admitida por LLEDÓ YAGÜE, F., (Coor. Bercovitz), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, *op.cit.*, pág. 139 en relación a los arbitrajes de equidad, aunque su conclusión acabe siendo negativa al respecto.

³⁵¹ LORCA NAVARRETE, J.M., (y SILGUERO ESTAGNAN, J.), *op.cit.*, pág. 256.

y forma de proceder de las personas jurídicas. De *lege data*, también resulta inadmisibles el arbitraje impartido por personas jurídicas (art.16.2).

Pero incluso para los supuestos arbitrajes especiales, cuya corporación aparezca legitimada para dictar laudo, debemos entender que se trata de una licencia del lenguaje y no cabe que exista una atribución institucional de la solución otorgada por los árbitros que la integran³⁵², y ello se observa claramente al contemplar la función de la citada CMAPI.

Por último, un dato que contribuye a tal diferenciación de funciones es la dotación de una provisión de fondos; ésta nos muestra la diferente función que debe cumplir el centro y el árbitro, según se destinen a sufragar los gastos derivados de la actuación de la persona jurídica o los del órgano decisor, por ser funciones distintas.

b. La imparcialidad

La independencia del órgano decisor (también denominada *imparcialidad*)³⁵³ es la garantía máxima que se desprende de la heterocomposición.

Si bien el juez aparece desvinculado de la relación existente entre las partes, gracias su Estatuto jurídico, la independencia del árbitro queda garantizada por la desvinculación sufrida tras la aceptación del cargo arbitral, a partir de este momento su poder es irrevocable³⁵⁴ y goza de exclusividad en el ejercicio de su función³⁵⁵

³⁵² ALBALADEJO, M., *op.cit.*, pág. 96. En este sentido *vid.* también, LLEDÓ YAGÜE, F., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, págs. 158-168.

³⁵³ En terminología de GOLDSCHMIDT, W., «La imparcialidad como principio básico del proceso», *RDP*, 1950, pág. 192; con posterioridad, esta terminología la encontramos recogida por la doctrina más reciente, por ejem. en MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant Lo Blanch, 1998. En este sentido véase PINTÓ RUIZ, J., «Derechos y deberes de los árbitros», *TAB*. núm.10, 1998, pág. 38.

³⁵⁴ Debido a la imposibilidad de que el cargo sea revocado unilateralmente por una de las partes, podemos reconocer en la figura del árbitro una suerte de inamovilidad. En este mismo sentido

Mientras que la independencia aparece o despliega su eficacia en un momento previo al ejercicio de la función de juzgar, «la imparcialidad tiene lugar en un momento procesal, esto es, durante el desarrollo de la citada función»³⁵⁶. Las partes tan sólo intervienen en la composición de la vertiente subjetiva de la independencia, es decir, las condiciones necesarias para su imparcialidad; es la Ley (art.219 LOPJ) la que «objetiviza» las causas por las que se considera que el árbitro estará interesado subjetivamente, aunque a ella le corresponde su puesta en conocimiento del tribunal. Es reiterada la doctrina del TC por la que se exige que todo juzgador *debe* abstenerse de seguir conociendo cuando medie interés con el objeto o con las partes³⁵⁷, por ser parte del derecho al proceso³⁵⁸.

encontramos a CHILLÓN MEDINA, J., y MERINO MERCHÁN, *Tratado de Arbitraje...*, *op.cit.*, pág. 295.

En el arbitraje no existe poder institucionalizado, ni normas de competencia que determinen qué órgano puede ejercer su jurisdicción en un determinado asunto. Se trata de tener (o no) un poder de decisión y sólo el acuerdo consensuado de ambas partes puede atribuir un asunto a este órgano creado *ad hoc* o revocárselo. Solo en este sentido el árbitro es inamovible en su función. Pero este fenómeno ante el que nos encontramos no es más que fruto de la eficacia jurídico pública que se deriva del arbitraje.

La admisión de la revocación unilateral por una de las partes imposibilitaría el restablecimiento de los derechos en cuestión, pues la eficacia negativa del convenio desplegaría sus efectos, impidiendo, por un lado, a los tribunales entrar a conocer del litigio pero cerrando, por otro, la vía arbitral y cualquier posibilidad de formalización judicial, si medió acuerdo entre las partes a la hora de establecer el procedimiento de designación (art.38.2 LA).

³⁵⁵ Mediante el convenio arbitral se le dota al árbitro de exclusividad a la hora de poder conocer el litigio, en tanto en cuanto las partes no modifiquen la declaración de voluntad allí estipulada. Se presenta como un efecto derivado de la heterocomposición, del efecto negativo que impide a los órganos jurisdiccionales conocer de ese litigio. Una vez más, no se trata tanto de una garantía de la independencia, sino de un efecto derivado del hecho de encontrarse el tercero *supra partes*. El auxilio judicial que se lleve a cabo no hace competente al juez, sino *funcionalmente*, para que realice aquellos actos que el árbitro no puede desempeñar por exceder, no ya de su competencia, sino de la *jurisdicción* que le ha sido otorgada (arts.27 y 38 y ss.).

Carece de sentido intentar conocer una suerte de exclusividad funcional. Los árbitros pueden ejercer otras funciones, siempre y cuando no den lugar a supuestos de incompatibilidad o pusieran en duda su imparcialidad.

³⁵⁶ En este sentido encontramos a PICÓ I JUNOY, J., «La imparcialidad objetiva del Juez a examen», *La Ley*, 1998, 24 de febrero, pág. 2. Previamente, ya encontramos dicha afirmación en PEDRAZ PEÑALVA, E., «Reflexiones sobre el "Poder Judicial" y el PLOPJ», *La Ley*, 1985, 31 de mayo, pág. 7.

³⁵⁷ STC 383/1993, de 21 de diciembre y 230/1988, de 1 de diciembre-

³⁵⁸ *Vid.* CALVO SÁNCHEZ, C., «Reflexiones sobre la causa novena del artículo.219 LOPJ: Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa», *PJ*, 1989, núm.13, pág. 12 y ss.; PICÓ I JUNOY, J., «La imparcialidad...», *op.cit.*, pág. 2; ORAÁ GONZÁLEZ, J. y ORAÁ GONZÁLEZ, P., «El derecho al juez imparcial y la jurisprudencia constitucional. Un decepcionante paso atrás», *PJ*, 1992, pág. 165. MONTERO AROCA, J., *La imparcialidad del Juez y la incompatibilidad...*, *op.cit.*, donde en toda su obra argumenta que el principio de imparcialidad es un derecho integrante o que atiende a la función jurisdiccional, no al proceso en sí.

Las relaciones comerciales entre una de las partes y el sujeto nombrado árbitro pueden venir condicionadas por un antiguo contrato de edición, por ejemplo, pendiente de resolución ante los tribunales o puede existir una relación de consaguinidad. Para estos casos, la Ley de Arbitraje extiende la posibilidad de revocar el nombramiento del *iudex suspectus* al árbitro (arts.12.3 y 17.2)³⁵⁹.

La autonomía de la voluntad, indudablemente, incluso en esta fase de designación del árbitro va a tomar una especial transcendencia. De un lado, encontramos que las partes tienen derecho a un *iudex* imparcial pero, por otro, el ejercicio de este derecho queda sujeto a su puesta de manifiesto³⁶⁰. De ser así, cabe preguntarse si existe una verdadera obligación de abstención para el árbitro y, por tanto, en qué medida puede aceptarse una subsanación cuando la parte silencia la concurrencia de dicha causa.

En segundo término, debemos cuestionarnos el momento a partir del cual no debe permitirse la alegación de dicho incidente, pues si bien una admisión generalizada y *sine tempore*³⁶¹, preservaría un pilar básico del arbitraje, quiebra otra serie de principios también fundamento de la institución, a saber, por infringir la doctrina de los actos propios y por producir dilaciones indebidas, ya que el procedimiento de recusación y sustitución no suspende.

³⁵⁹ Art.12.3 LA «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 art.17.2».

Art. 17.2 LA «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 aquellas fueren conocidas con posterioridad».

³⁶⁰ Para el estudio de este derecho y de su carácter dispositivo, *vid.* ORAÁ GONZÁLEZ, J., y ORAÁ GONZÁLEZ, P., «El derecho al juez imparcial y la jurisprudencia constitucional. Un decepcionante paso atrás», *op.cit.*, pág. 164.

³⁶¹ RAMOS MÉNDEZ, F., «Los abogados de las partes no pueden ser árbitros», *Revista del Tribunal arbitral de Barcelona*, núm.3, 1991, pág. 98. Como afirma el presente autor partidario de admitir la subsanación en cualquier momento, «la autonomía de la voluntad tiene sus límites (...). Es ésta una exigencia de la jurisdiccionalización de la institución», pág. 96. Véase también en este mismo sentido, PINTÓ RUIZ, J., «Los derechos y obligaciones de los árbitros», *TAB*, núm. 10, 1998, pág. 38.

Las posibles causas de abstención y recusación que podemos encontrar en la persona del árbitro son idénticas a las de los Jueces, muestra del talante pro-jurisdiccionalista³⁶² que marca la LA de 1988. La remisión realizada a ese art.219 LOPJ no creemos que pueda hacerse con carácter general sin necesidad de ningún tipo de adaptación. Siguiendo a MARÍN LÓPEZ consideramos que la naturaleza diferencial de una y otra institución requiere de ciertas matizaciones³⁶³, sin perder de vista que los arbitrajes pueden ser de derecho y de equidad.

Un árbitro podrá ser recusado por: 1º La existencia de vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de las partes; 2º Vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad y afinidad dentro del segundo grado con el letrado y cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa³⁶⁴; 3º Haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes o haber estado bajo el cuidado de alguna de éstas; 4º Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta; 5º Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo³⁶⁵; 6º Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes; 7º Tener pleito pendiente con algunas de éstas³⁶⁶; 8º Amistad íntima o enemistad manifiesta con

³⁶² RAMOS MÉNDEZ, E., «Los abogados de las partes no pueden ...», *Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona*, *op.cit.*, pág. 94 y 95.

³⁶³ MARÍN LÓPEZ, J., (Coor. BERCOVITZ), *Comentarios...*, *op.cit.*, pág. 293; contrariamente, CHILLÓN MEDINA, J., y MERINO MERCHÁN, *Tratado de Arbitraje...*, *op.cit.*, pág. 298.

³⁶⁴ En este caso, no consideramos que sea de aplicación el supuesto que establece el art.290 LOPJ en relación a los Procuradores, por no existir esta figura en el arbitraje.

³⁶⁵ A pesar de la prohibición del art.12 dirigida a los Jueces y Fiscales, nada obsta para que una vez que éstos ya no se encuentren *en activo* puedan cumplir la función arbitral, considerando aplicable la causa de recusación aludida. Por su parte, no resulta en absoluto extraño encontrar un árbitro que en situaciones anteriores –ahora relacionadas con el proceso arbitral- fuera letrado de una de las partes.

³⁶⁶ Incluso debemos pensar en el supuesto de que ese árbitro actúe fuera del arbitraje en representación de persona jurídica cuando exista una vinculación directa entre la física que ahora ha sido elegida árbitro y la jurídica a la que representa en un pleito ante un Juez.

las partes; 9º Tener interés directo o indirecto en la causa o pleito; 10º Ser una de las partes subordinado del árbitro que deba resolver la contienda; 11º Admitidos los arbitrajes en materia de derecho administrativos³⁶⁷, es posible que el árbitro tuviera que decidir sobre un acto o hecho realizados por el funcionario que ahora se constituye como parte en el proceso.

1. Abstención

Es un deber del juzgador el abstenerse de seguir conociendo de un asunto en el que se encuentra, de algún modo, interesado sin esperar a que sean las partes quienes le recusen (art.217 LOPJ)³⁶⁸. Constituye, sin embargo, un derecho para éstas la recusación del tercero presumiblemente parcial y deben, tan pronto tengan noticia de la causa, ponerla de manifiesto.

La diferencia primordial entre el sistema establecido para los Jueces y el de los árbitros, parece estribar en que estos últimos sólo son recusables por las causas conocidas tras la designación y aceptación del cargo arbitral (artículo.17.2 LA). Respecto de las circunstancias ya existentes con anterioridad sólo serán admisibles como causa de recusación cuando fuera un tercero –privado o

³⁶⁷ Vid. dicha tendencia en CASTRESANA SÁNCHEZ, L.F., «El arbitraje desde la perspectiva del sector público», *RCEA*, 1994, págs. 93 y ss.; PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo. Parte General*, *op.cit.*, págs. 533 y ss.; RIVERO YSERN, J., *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*, Madrid, 1969; LOZANO CUTANDA, R., *La nueva Ley de Arbitraje y el Derecho Administrativo*, Madrid, 1989; MARESCA CABOT, J., «El arbitraje en Derecho Administrativo», *TAB* núm.7, págs. 41 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F., «La nueva Ley de Arbitraje», *op.cit.*, pág. 119; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, *op.cit.*

También la Jurisprudencia ha sido tajante en torno a este punto según se desprende de la SAP Pontevedra 13 de junio 1994 (*RCEA* 1994, pág. 247) y SAP Madrid de 7 de noviembre de 1995 (*RCEA*, 1996, pág. 10).

Dentro del ámbito internacional *vid.*, PEARSON, H., «Intellectual property disputes and arbitration. A comment on a Recent ICC Report», *The Journal of World Intellectual Property*, 1998, núm5, págs. 852 y ss., sobre la posibilidad de admitir arbitraje en materia de validez de patentes, por ejemplo, en los diferentes países de nuestro entorno.

³⁶⁸ Al respecto véase, entre otros, la explicación de PICÓ I JUNOY, J., «La imparcialidad...», *op.cit.*, pág. 3.

institución- quien hubiera designado al órgano, por lo que a éste no le era exigible el deber de diligencia³⁶⁹.

En primer lugar, debemos plantearnos si se trata de una verdadera obligación para lo árbitros la de poner en conocimiento de las partes la posible concurrencia de una causa de abstención. Al respecto, MONTERO AROCA y FONT SERRA no consideran que dicha abstención deba entenderse en un sentido estricto en el supuesto del arbitraje, sino que basta una simple puesta en conocimiento de las partes de las circunstancias en cuestión (art.17.3 LA) e, incluso dicha «obligación no existe, si el árbitro ha sido designado por las partes y éstas ya conocían la concurrencia de la causa en el momento de la designación»³⁷⁰.

Efectivamente, si en el momento de aceptar el cargo las partes y el órgano arbitral son conscientes de la relación existente, decae la citada obligación, pues la aceptación debiera sanar cualquier causa de abstención (o posible recusación) alegada con posterioridad –siempre que se tenga conocimiento real³⁷¹-, ya que, si

³⁶⁹ Consideramos que la voluntad del legislador fue la de apremiar a las partes en un arbitraje *ad hoc* a ser diligentes y recabar información certera del sujeto que va a ser árbitro. En el arbitraje Institucional, sin embargo, corresponde al Centro asegurarse de la imparcialidad del juzgador. Por ello la parte goza del derecho a recusar al árbitro designado por las causas existentes ya con anterioridad al nombramiento y por esa misma razón se le habilita para pedir responsabilidades al Centro de arbitraje por su falta de diligencia (art.16).

Tema más complejo es el relativo al supuesto en el que la designación se realiza por un tercer sujeto privado, pues existe una mayor dificultad a la hora de averiguar la concurrencia de causas que hagan peligrar la imparcialidad. Al habilitar la Ley un plazo mayor para ser recusado (17.2) debiera hacersele responsable al tercero mandatario que debió designar diligentemente. Evidentemente la situación es diferente frente a la designación que se puede encargar a un arbitraje institucional pero también lo es el tipo de responsabilidad que no lo será por la vía del art.16, sino que se trata de la responsabilidad por daños y perjuicios por incumplimiento del contrato de mandato.

³⁷⁰ MONTERO AROCA, J., (y otros), *Comentario breve ...*, *op.cit.*, pág. 103. En este sentido podemos encontrar también a FONT SERRA, E., «La nueva configuración del arbitraje en Derecho Español», *op.cit.*, pág. 365.

³⁷¹ Cuestión distinta es que se hubiera ocultado la concurrencia de dicha causa. La presunción de que goza este silencio podrá ser destruida incluso en fase de anulación, *vid.* SAP Barcelona 7 julio 1997, *RGD* 1998, pág. 4932.

lo entenderíamos de otra forma, iríamos en contra de la doctrina de los actos propios³⁷². La autonomía de la voluntad llega incluso hasta esos límites³⁷³.

Si por cuestiones éticas el árbitro decidiera no aceptar, puede verse en la tesitura de que se exija, con posterioridad, responsabilidad por incumplimiento de su encargo (arts. 11.3 y 417.8 LOPJ)³⁷⁴. Si por el contrario aceptara, quedaría consumado el aludido *receptum* y precluiría el derecho de las partes a recusarle, dando comienzo el procedimiento arbitral³⁷⁵. Si existiera un verdadero derecho del árbitro a abstenerse, por mucho que las partes le subsanaran su *parcialidad*, éste seguiría conservando su derecho a no continuar con el procedimiento.

En conclusión, la abstención la puede llevar a cabo un árbitro en cualquier momento antes de dictar el laudo arbitral, salvo por aquellas causas cuyo conocimiento ya lo tuvieran las partes con carácter previo a la aceptación del cargo, pues la obligación de abstención cesa al haber mediado ese consentimiento.

Un peligro existente en el arbitraje, que puede dar lugar a conductas poco éticas -afortunadamente subsanables por el mecanismo de la recusación-, es el relativo al cobro de honorarios de los árbitros, pues el carácter retribuido del

³⁷² Para RAMOS MÉNDEZ, F., «las partes no pueden relevar al Juez de su deber de abstención por mucha garantía que les merezca, ni pueden invitarle a seguir al frente del litigio por muy solvente que sea su persona. ¡Con todo el poder que da la autonomía de la voluntad en el proceso civil, que incluso puede zanjar el litigio!. Pesa más el carácter de la función (...) No puede ser de otra manera en el arbitraje». Pues bien, consideramos que en el arbitraje la voluntad de las partes sí debe tener fuerza suficiente como para confirmar o negar la confianza depositada en el juzgador, de modo que si las partes tuvieron conocimiento de la posible causa de imparcialidad del árbitro y no se pronunciaron en contra, llegado el momento de recurrir el laudo no podrán alegar la posible parcialidad del mismo. *Vid.* RAMOS MÉNDEZ, F., «Los árbitros de parte...», *Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona, op.cit.*, pág. 95.

³⁷³ La Ley ya se ha encargado de objetivizar aquellas causas que, subjetivamente, pueden atentar contra la imparcialidad del órgano decisor; si, a pesar de que el mismo pone en conocimiento de las partes la posible causa de sospecha, las partes no lo recusan, debemos presumir que el árbitro realizará bien su *función* en el supuesto que se le presenta. Cuestión distinta es que ese árbitro no *debiere* constituirse como tal, pero esto es algo que depende de la confianza que en él hayan depositado las partes.

³⁷⁴ Siempre debe mediar un equilibrio entre la abstención injustificada y la sanción por inobservancia de una causa de abstención.

³⁷⁵ Todo lo dicho queda sujeto a la condición de que sean ambas partes las que decidan recusar al árbitro con posterioridad: nos encontramos, entonces, ante un legítimo supuesto de revocación bilateral y de consuno de su cargo.

arbitraje *ad casum* puede constituir una poderosa razón para interesarse en el simple hecho de juzgar. Las partes, se rodean, llegado el caso, de tres tipos de garantías. Por un lado, la posibilidad de recusar al árbitro por existencia de un interés directo en el pleito, en segundo término, gracias al recurso de anulación y, llegado el caso, la posibilidad de exigir indemnización por daños y perjuicios.

2. Recusación

La recusación se presenta como el derecho de las partes a la imparcialidad del juez. Se trata de un sistema tasado, donde no puede admitirse causa distinta a la establecida en la LOPJ; cualquier otro requisito fijado por las partes para que concurran en la persona del árbitro, podrá afectar a su capacidad, pero no a su imparcialidad.

En este caso, debemos realizar dos diferenciaciones. Por un lado y al igual que acontecía en la abstención, distinguimos los supuestos en los que el órgano decisor es designado por las partes, de aquellos casos de nombramiento por tercero –sea persona física o jurídica³⁷⁶- y, por otro, la disyuntiva versa en relación con el momento de conocimiento de estas causas, pues el tiempo procesal establecido para alegarlas, así como el régimen de responsabilidad de los sujetos que intervinieron en la designación, varía.

a) Designación por las partes

La recusación tan sólo se puede formular una vez aceptado el cargo arbitral. Precisamente, a partir de tal término, las únicas causas que se consideran alegables son las conocidas tras su aceptación, con independencia de cuándo acontecieron exactamente.(art.17.2 pfo.1).

³⁷⁶ Obsérvese que ante el silencio de la Ley debemos incluir también la posibilidad de recusar por causa legal anterior al nombramiento del árbitro designado mediante una formalización judicial del arbitraje, aunque en este caso no exista responsabilidad judicial ni contractual ni extracontractual.

Dicha aceptación se presenta como el momento delimitador de lo que la Ley considera una actitud diligente de las partes (art.16 LA), pues cualquier causa de recusación cuyo conocimiento pueda ser probado como anterior a la aceptación del cargo, bloqueará la posibilidad de recusarlo, debiendo esperar a la posterior anulación del laudo para poder hacer valer dicha causa.

La LA no ha concebido un trámite recusatorio incidental con carácter devolutivo, y ello implica que corresponde al árbitro recusado decidir sobre su propia imparcialidad y, si éste se reconoce neutral, debe destruir la presunción de parcialidad que juega a su favor mediante una simple confirmación o negación de la misma.

b) Designación por tercero

Si la designación la formula un tercero, el desconocimiento de las causas que hacen presumir la parcialidad puede ser mayor. Cuando la parte que realizó la oferta del cargo tiene conocimiento con posterioridad, la situación es sencilla (art.17.2 *fine*): su alegación no debe suspender en ningún caso, y siempre queda el recurso de anulación para hacerlas valer si no fueron tomadas en consideración por el árbitro.

El conflicto, sin embargo, se plantea en los arbitrajes institucionales por aquellas causas que preexistían con anterioridad a la aceptación del cargo, pero que la parte alega haber tenido conocimiento una vez iniciado el arbitraje. Existe una habilitación legal en el arbitraje deferido (art.9.2), consistente en poder alegar *sine tempore* cualquier causa de recusación bajo la única condición de que se tenga conocimiento de la misma con posterioridad al nombramiento. Es posible encontrar en ella una vía de recusaciones injustificadas pues, en definitiva, constituye un tema de prueba el determinar el momento en el que realmente la parte tiene conciencia de la causa, a partir del cual se le considera responsable o no de su designación. Advertimos, por tanto, una ventaja *procesal*

para la parte que acude a la fórmula del arbitraje deferido frente al supuesto *ad hoc*, pues siempre podría ocultar que esa causa la conocía con anterioridad.

3. Procedimiento de abstención y recusación

En cuanto al *procedimiento* para tramitar la abstención y recusación, la LA tampoco parece hacer referencia alguna, por lo que, en la medida de lo posible, será de aplicación la remisión que a la LOPJ se hizo en relación con estas figuras.

Por lo atinente a la *abstención*, basta una simple comunicación a las partes. Con que el árbitro ponga en conocimiento de éstas la causa tipificada en el artículo 219 del referido cuerpo legal es suficiente; pero, tras dicha comunicación fehaciente³⁷⁷, corresponde a las partes confirmar o no la causa de parcialidad. No olvidemos que el silencio de éstas presupone que se le entiende imparcial y les impedirá, con posterioridad, hacer valer dicha causa mediante una recusación.

El plazo de tiempo que posee para contestar ante esta puesta en conocimiento de una causa de abstención, no está establecido por la LA. La presente Ley sólo se encargó de fijar plazo para que contesten los árbitros ante la oferta³⁷⁸. El árbitro dispone de esos 15 días para aceptar e, igualmente, durante este tiempo podrá comunicar la causa que, a su parecer, le inhabilita para continuar. El silencio de las partes le confirmará en su imparcialidad y, al haber comunicado su causa de abstención, se exime de responsabilidades futuras.

³⁷⁷ Por comunicación fehaciente baste entender la que se realice por escrito. CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho Español e Internacional, op.cit.*, pág. 86, confirma dicha postura y añade la necesidad de intervención del Secretario del Tribunal, que si bien nos parece una figura muy aconsejable, no resulta preceptiva en la Ley.

³⁷⁸ Disponen de 15 días para contestar, contados a partir del día siguiente a la comunicación de la oferta y debiendo entender el silencio de modo negativo, como que rechaza el cargo arbitral.

De ser admitida y confirmada la causa de abstención, se procederá a sustituir al árbitro por el mismo procedimiento seguido para su designación (art.19 LA). Lo que parece indudable, a pesar del silencio legal, es que el trámite de abstención no suspende, y ello porque la *voluntas legislatoris* es tajante al impregnar de celeridad todo el sistema de designación³⁷⁹.

En segundo lugar, si se trata de un supuesto de *recusación*, el procedimiento es diferente, según el momento en que la parte que pretende recusar haya tenido conocimiento de la causa. Tampoco se ha regulado un trámite de incidentes. Las partes están obligadas a poner de manifiesto la posible parcialidad del juzgador, so pena de precluir su derecho a recusar, y deben hacerlo «tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde» (art.223.1 LOPJ), siendo de aplicación el mismo *dies a quem* que se establecía para la abstención, llegado el momento de dictar el laudo.

La recusación deberá formularse por escrito y comunicarse al órgano arbitral, con expresión de la causa en que se funde y del momento por el se ha optado en presentar dicho incidente. Resulta fundamental que de estos actos se deje constancia documental a efectos de prueba, pues, llegado el caso, servirá de base para presentar el recurso de anulación del laudo.

Si el árbitro recusado aceptara la recusación será apartado de sus funciones (art.18) y sustituido por otro mediante el mismo procedimiento por el que fue designado; de no aceptarla, continuará el procedimiento hasta dictar laudo haciéndose valer, en su caso, ante la Audiencia Provincial.

Siguiendo el sentido que inspira la LA tampoco ahora debiera suspender el procedimiento arbitral. Naturalmente, no es la misma repercusión la producida por una recusación *ab initio* del procedimiento, es decir, cuando ha comenzado el

³⁷⁹ En primer lugar, por exigírsele al árbitro que notifique su aceptación en el plazo de 15 días (art.15.2 LA) y porque tras ésta debe comenzar inmediatamente el procedimiento (art.22.1), debiendo éste llegar a su fin (art.22.2).

procedimiento pero no se han formulado las alegaciones (art.22), que cuando el *iter* procedimental se encuentra avanzado, pues la sustitución del árbitro pone en tela de juicio el principio de inmediación, para lo que la Ley ha previsto el artículo 28.

No existe tribunal u órgano institucional que pueda resolver; si la decisión no se considera correcta, a la parte tan solo le queda la vía de anulación del laudo arbitral. Incluso cuando el arbitraje es administrado, debe el árbitro decidir por él mismo.

c. Incompatibilidades

El artículo 12 LA excluye del conjunto de personas plenamente capaces para ser erigidas como árbitro a un grupo de funcionarios, por un lado, y prohíbe igualmente el ejercicio de dicha función arbitral a las personas que incumplieron su cargo arbitral con anterioridad. Se tratan de verdaderas prohibiciones legales, sobre las que no tiene virtualidad la autonomía de la voluntad.

a) La primera causa se refiere a los Jueces, magistrados y fiscales en activo. La prohibición aquí establecida resultaba innecesaria por la incompatibilidad que dichos sujetos sufren en sus Estatutos orgánicos respectivos. Por lo que se refiere a los Jueces y Magistrados, cuando el art.117.3 y 4 les atribuye exclusividad funcional, se asegura de ello mediante la prohibición de que ejerciten cualquier otro tipo de jurisdicción que sea ajena a la del Poder Judicial (art.389.1 LOPJ). Con esto, los partidarios de la postura jurisdiccionalista ven truncada su aspiración máxima de poder reunir en la persona del juez la condición de árbitro³⁸⁰, «pues en otro caso ejercerían por un camino anormal la jurisdicción que el Estado les tiene confiada en vía ordinaria»³⁸¹.

³⁸⁰ PRIETO-CASTRO, L., «El arbitraje según la legislación y la jurisprudencia española», *Estudios y Comentarios*, Madrid, 1950, t.II, pág. 448.

³⁸¹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, op.cit., pág. 593.

Se entiende, entonces, que la LOPJ delimite la imposibilidad de intervención de un órgano jurisdiccional en un arbitraje a través de encargos, prestación de servicios de asesoramiento o el ejercicio de la abogacía (art.389.5 y 6). Resta decir, y así lo ha reconocido la doctrina³⁸² que, dicha prohibición, se extiende a cualquier juez o magistrado en activo, aunque ejerza el cargo con carácter temporal. Igualmente, debe hacerse extensible al Ministerio Fiscal, pues su Estatuto orgánico establece exactamente el mismo tipo de prohibiciones en sus arts.57.2, 5 y 6.

b) Los que ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel: Con tal prohibición, se trata de evitar que cualquier funcionario, poseedor de una vinculación jurídica pública con el Estado, pueda ser árbitro de derecho o equidad³⁸³, debiendo entenderse incluidos, a pesar de la dicción literal del art.12.4 LA, los supuestos en los que este funcionario actuará a título gratuito.

c) Los que hayan incumplido su encargo con anterioridad: La Ley de Arbitraje ha castigado la falta de fidelidad a la hora de cumplir el encargo de árbitro, impidiendo a dicho sujeto que vuelva a ser nombrado como tal. Este control sobre su diligencia va a hacerse difícil en el arbitraje *ad hoc* y en el supuesto de designación por tercero privado, pues de no manifestarlo el designado, difícilmente podrán las partes averiguarlo. En cambio, el arbitraje institucional presenta, como máxima garantía, la responsabilidad directa de la institución gestora por la mala actuación de sus árbitros, de modo que le conviene asegurarse de las actuaciones previas que hayan llevado los mismos (art.16). También puede ser controlable dicho requisito en el caso de la formalización judicial del arbitraje, pues el juez siempre puede recabar información del Colegio en cuestión, cuando vaya a designar al árbitro.

³⁸² MARÍN LÓPEZ, J., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 198, nota 73, 74 y 74 bis.

³⁸³ En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ, J., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 200.

d. Derechos y Deberes

No existe en la Ley una enumeración de los derechos y deberes a los que debe sujetarse un árbitro, entre otras razones, por el talante flexible que se desprende de la misma y por la confianza que debe impregnar todo el procedimiento arbitral.

Los derechos no sólo son de índole económica, sino que si al árbitro se le hace responsable de sus actos, podrá exigir de las partes ciertas actuaciones con el fin de comprometerse conscientemente. Por lo que a deberes se refiere, se exige que actúe diligentemente antes, durante y después del arbitraje con el fin de obtener un resultado eficaz y de que se satisfaga la voluntad de las partes que consintieron dicha fórmula.

a) Derechos: Para desempeñar su cargo diligentemente el árbitro tiene derecho a solicitar de las partes, que le comunicaron su intención de nombrarle árbitro, la delimitación más o menos somera de la controversia, con el fin de aceptar, de modo consciente, y saber, de antemano, si se encuentra capacitado para resolver el litigio en cuestión.

El arbitraje que versa sobre la interpretación de un contrato firmado entre una entidad de radiodifusión y otra de cable requiere, necesariamente, de unos conocimientos especializados, sin los cuales difícilmente puede llegarse a una solución justa. La misma exigencia puede predicarse respecto del idioma y del lugar de celebración, del derecho aplicable al fondo o de las propias normas procedimentales que han dispuesto las partes. Un árbitro experto que pretende desempeñar cautelosamente su trabajo puede –e incluso debe- solicitar de las partes muchos datos que *a priori*, y bajo su parecer, puedan ser determinantes.

En segundo lugar, sabemos que la celebración de un arbitraje conlleva una serie de gastos. Surgen derechos económicos tanto para el árbitro como para el centro de arbitraje, que deberán ser sufragados mediante la denominada

provisión de fondos y, en su caso, a través de la condena en costas que, en su día, se haga al dictarse el laudo arbitral. Dicha provisión se presenta como un anticipo en el pago de los honorarios del árbitro, tanto si se trata de un arbitraje institucional como de un arbitraje *ad hoc*.

La LA en su art.16.2 reconoce a los árbitros y corporaciones que administran el arbitraje la facultad de exigir, con *carácter previo*, la aludida provisión, lo que nos parece muy recomendable con el fin de evitar abusos posteriores. Al no tener un carácter preceptivo puede que el árbitro se vea abocado a intentar su cobro una vez dictado el laudo³⁸⁴, siendo dos las posibles vías de cobro de que dispone:

- Por un lado, y tomando como fundamento el silencio legal, lo normal es que el árbitro inicie un proceso declarativo ordinario en atención a la cuantía reclamada. Las razones que apuntan a esta primera posibilidad han sido respaldadas por la jurisprudencia, aduciendo que las costas procesales no integran el título ejecutivo del laudo arbitral y tampoco recae sobre ellas la eficacia de cosa juzgada y por la razón de que el árbitro no puede ser parte en el proceso de ejecución del laudo arbitral³⁸⁵;

- Frente a esta postura, defendemos que el cobro de los honorarios debe incluirse en las costas procesales por mandato legal *ex art.35 LA*³⁸⁶ y, siempre que ésta proceda, debería poderse abrir un incidente de ejecución donde se permitiera al tercero solicitar la ejecución del laudo admitiendo, incluso, una pequeña fase declarativa, donde se discutiera y liquidara la cantidad que deben

³⁸⁴ Además, los árbitros –salvo excepción de las partes– juegan con la baza a su favor de que, sin su aceptación, no da comienzo al procedimiento arbitral y ésta puede quedar condicionada a la realización de dicha provisión; siendo así, aunque no constituye un verdadero derecho para éstos, conforme al artículo 16.2 LA., es una forma de vetar el inicio de la actividad arbitral.

³⁸⁵ SAP Guipúzcoa 11 abril 1994. En este mismo sentido también, RIVERO HERNÁNDEZ, F., (Coor.BERCOVITZ), *op.cit.*, págs. 618 y 619.

³⁸⁶ Art.35 LA «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 las notificaciones y los que origine la práctica de la prueba y, en su caso, el coste del servicio prestado por la corporación o asociación que tenga encomendada la administración del arbitraje».

los árbitros percibir. Esto es posible porque, como afirma LORCA NAVARRETE, desde el momento en que se dicta el laudo, el árbitro deja de ser tercero *supra partes* para convertirse en cualquier tercero que pueda pasar a formar parte de este proceso de ejecución³⁸⁷. Para que todo ello acontezca, se hace necesaria la condena en costas, por un lado, y la existencia de una fase de ejecución forzosa del laudo arbitral, por otro.

Un problema que se presenta en torno al tema de la provisión, es el de la posible sustitución de un árbitro tras su recusación. ¿Debería éste devolver los honorarios percibidos? Como su propio nombre indica, se trata de una provisión para los gastos que se vayan generando. En caso de cesar el sujeto encargado de conducir el procedimiento, tan sólo le corresponderá cobrar, conforme a la actividad desempeñada hasta el momento, según los honorarios que se estipularon. En caso de conflicto y, salvo acuerdo en contrario, se intentará en fase de ejecución y bajo la sanción de que ese árbitro no vuelva a ser nombrado como tal (art.14)³⁸⁸.

Por último, constituye hoy una mera expectativa para el tutelado la posibilidad de acudir a un arbitraje gratuito a excepción de aquellos casos determinados en la Disposición Adicional Primera de la LA. Acorde con el tenor de la Exposición de Motivos de la Ley y con el fin de que el procedimiento arbitral sea una alternativa eficaz y real a la jurisdicción, debiera haberse reglado la posibilidad de gozar del beneficio de justicia gratuita sin que ello tenga ningún tipo de implicación de naturaleza jurisdiccional. No han faltado los pronunciamientos al respecto, pero este anhelo no deja de ser en la actualidad un

³⁸⁷ Correctamente, LORCA NAVARRETE, J.M. (y SILGUERO ESTAGNAN), *Derecho de Arbitraje...*, *op.cit.*, pág. 299-300, se muestra reticente ante una posible aplicación analógica de las reglas que la LEC establece para la tasación de costas, y propone optar por un declarativo ordinario correspondiente por la cuantía.

³⁸⁸ En la práctica, encontramos cláusulas en los reglamentos de centros de arbitraje por las que la aceptación de la institución queda sujeta a la realización de esta provisión de gastos dirigida a asegurar la administración del procedimiento. Lo habitual, en estos casos, es que los honorarios del árbitro se encuentren predeterminados en los reglamentos del propio órgano administrador. Estas situaciones son las más claras y contribuyen a garantizar el éxito del procedimiento y la confianza en la actividad arbitral.

simple postulado hecho realidad en aquellos arbitrajes en los que, el interés público, hace primar el derecho a litigar que tienen los ciudadanos a través de esa gratuidad³⁸⁹.

b) Deberes: Más allá de los contenidos puramente deontológicos que deben regir la actuación del mismo, encontramos de modo explícito e implícito ciertos deberes de naturaleza procesal.

De forma previa al procedimiento arbitral, deberá asegurarse de su capacidad para poder conducir el proceso. En los supuestos de arbitraje institucional corresponde al centro dirigir al árbitro que, lego o no en derecho, debe cumplir las formalidades de la Ley de Arbitraje; para los casos de arbitraje *ad hoc*, el grado de compromiso del árbitro todavía es mayor al requerirle de un conocimiento cuidadoso de la dinámica procesal.

Por tanto, el árbitro debe cumplir con el deber de dictar un laudo, pero tan sólo aquel que le lleve a la verdad y a la solución más adecuada, porque para eso las partes acudieron a él y a la fórmula arbitral. Y junto a esto, el árbitro debe llegar a esa solución asegurando su ejecutabilidad. Para eso es necesario salvar aquellos mínimos procedimentales, dando la debida audiencia a las partes, cuidando plazos, utilizando las pruebas pertinentes, emitiendo un laudo en tiempo y forma, etc. Justicia y forma debieran constituir la base de todo arbitraje pero, en la práctica, la Ley tan sólo asegura a las partes contra supuestas quiebras de la formalidad debida.

e. Responsabilidad

Consecuencia de la independencia que el árbitro posee frente a las partes, la LA le hace responsable de su actuación. Es la garantía que tienen las partes de que su actuación será diligente pues, en definitiva, lo que hace la Ley es

³⁸⁹ VALENCIA MIRÓN, A., (FONT SERRA, E., IRIARTE ANGEL, J.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, op.cit., pág. 153 y la Enmienda núm.95 a la LA en el Congreso formulada por el Grupo Mixto.

sancionarle por el uso indebido de su *autoritas*. La idea de hacer responsables a los árbitros y a la institución que administra el arbitraje confirma, una vez más, la relación existente entre los árbitros y las partes, algo que va más allá de lo puramente comercial y que sirve de apoyo a los partidarios de las posturas mixta y jurisdiccional sobre la naturaleza del arbitraje³⁹⁰. Por esa razón, no es calificable de discreta la similitud existente entre el régimen de responsabilidad civil recogido por la LOPJ y el artículo 16 LA³⁹¹. No resulta tampoco superflua la advertencia relativa a que, la «vinculación» existente entre este organismo gestor y el árbitro, no es suficiente título legitimador para poder hablar de una suerte de responsabilidad disciplinaria³⁹².

1. La responsabilidad en el arbitraje *ad hoc*

Una primera distinción que se debe formular al estudiar la responsabilidad en que puede incurrir un árbitro, se centra en aquella que deriva de los actos que realiza durante el ejercicio de la función arbitral, y no aquellos otros que podría realizar como sujeto individual fuera de su cargo. Esta responsabilidad se apoya, del mismo modo que sucede en el caso de los Jueces y Magistrados, en las posibles actuaciones dolosas y culposas generadoras de ilícitos civiles y penales.

³⁹⁰ De hecho, la doctrina comienza a pronunciarse en favor de encauzar la acción por incumplimiento del árbitro con fundamento en los *daños morales* sufridos por razón de verse menguada su autonomía de la voluntad, es decir, que a pesar de que su manifestación fue inequívoca en el convenio, se ve abocada a acudir a los órganos judiciales al quedar frustrado el arbitraje por culpa del árbitro mismo, *vid.* PINTÓ RUIZ, J., «Derechos y deberes de los árbitros», *TAB, op.cit.*

³⁹¹ Art.16.1 LA «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 aquella contra los árbitros».

³⁹² No opina lo mismo ALMAGRO NOSETE, «La responsabilidad...», *op.cit., TAB*, núm.9, págs. 19 y ss.

En nuestra opinión, la dependencia existente entre éstos, tan sólo permite procurar medidas económicas a través de la acción directa del art.16, o de medidas de sanción indirectas como, por ejemplo, la de no volver a ser nombrarlo árbitro, conforme al art.14.

1.1. La responsabilidad penal

Los árbitros designados para la celebración de un arbitraje pueden incurrir, sin lugar a dudas, en responsabilidad penal por las acciones u omisiones que lleven a cabo durante el ejercicio de la función arbitral, que se encuentren tipificadas en el Código Penal como constitutivas de delito.

Obviamente, al no tratarse de un funcionario público, no ha lugar a plantearse tipos delictivos cualificados por dicha condición, como sería el delito de prevaricación, el retardo malicioso o el incumplimiento de la obligación de fallar; sin embargo, el legislador penal se ha encargado de ampliar expresamente determinados tipos delictivos a la figura del árbitro. Nada obsta para que, simultáneamente, todos estos supuestos aludidos, den lugar a una acción civil tendente a indemnizar los posibles perjuicios producidos.

Las figuras del *cohecho* y las *negociaciones prohibidas* de los arts.422.1.1 y 440 CP, en principio, resultan de aplicación a la función arbitral³⁹³. Así lo ha plasmado el legislador al tratar los posibles delitos contra las administraciones públicas, haciendo extensivos los tipos penales del cohecho (propio) y negociaciones prohibidas de los funcionarios y autoridades que participan del ejercicio de la función pública.

Por lo que afecta a la naturaleza de la institución estos tipos delictivos constituyen una confirmación de la función que realizan los árbitros³⁹⁴. Pero el legislador no ha dado igual tratamiento a los tipos penales del 422 y 440 CP.

³⁹³ Art.422: «Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, peritos o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de función pública».

Art.440: «Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, serán castigados con la pena (...)».

³⁹⁴ Si acudimos al concepto de funcionario público del art.24 CP se advierte que tal condición sólo puede adquirirse por «disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente» e, indudablemente, no puede extenderse tal forma de designación o adquisición de la

- Por lo que al cohecho se refiere, coincidimos con CRESPO BAQUERO en que es asimilable a «aquellos sujetos que, *sin estar orgánica ni funcionalmente integrados en la estructura administrativa*, desempeñan ocasional o habitualmente actividades que comportan la participación en el ejercicio de la función pública (...), se trataría de sujetos *no incorporados* a la administración pero sí dedicados en determinada medida a coadyuvar a la consecución de sus fines»³⁹⁵. Esta postura en nada pugna con la naturaleza mixta que aquí mantenemos sobre el arbitraje pues, finalizado el primer momento convencional o contractual, le corresponde al árbitro, dotado de autoridad, *participar* del ejercicio de la función de tutelar o resolver conflictos con los efectos propios de las sentencias. De no ser así, carecería de sentido que el CP castigara una conducta meramente privada. La extensión del tipo supone que, si bien no es funcionario y no ejerce función pública en ese sentido, por lo menos sí participa de ella aunque sea bajo un título o fundamento distinto³⁹⁶. Tal vez la

autoridad para realizar su función ni al árbitro, ni al perito ni a «cualesquiera personas», conforme reza el art.422. Pero esta imposibilidad de incardinarlo en el concepto de funcionario del art.24 nos hace comprobar que el legislador tuvo claro que, si bien no se podían equiparar los *títulos* por los que actúan ambos grupos de sujetos, sí resulta extensible la figura del cohecho por ser una forma de *participación en la función pública*

³⁹⁵ CRESPO BAQUERO, P., (ESCOBAR JIMÉNEZ, R., MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., MARCHENA GÓMEZ, M., MARTÍN PALLÍN, J.A., MIRANDA STRAMPES, M., DEL MORAL GARCÍA, A., MORENO VERDEJO, J., SAINZ RUIZ, J.A., REIG REIG, J.V., SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J., SERRANO BUTRAGUEÑO, I., VERCHER NOGERA, A., ZARAGOZA AGUADO, J.A.), *Código Penal de 1995*, Comares, 1996, pág. 1680.

³⁹⁶ Sin embargo, consideramos que debiera haberse regulado un tipo penal adecuado a la función arbitral, pues, reiteramos que la equiparación del funcionario y del árbitro resulta imposible. La estructura heterocompositiva y la función pueden ser idénticas, pero la fuente de poder no. Debiera castigarse al árbitro por la relevancia social de su función *strictu sensu* y no por considerarlo un mero «colaborador» de la Administración de Justicia, equiparándolo a categorías tales como la del perito.

Las razones que avalan esta afirmación son, a nuestro parecer, tres. En primer lugar, porque se desvirtúa la naturaleza del arbitraje, pues éste no participa *de la* actividad de la Administración pública, sino de una función específica de caracteres públicos que le atribuye la Ley. En todo caso, el mandato de colaboración está dirigido a los Jueces para que colaboren en la actividad de los árbitros (arts.27 y 43 LA). En segundo término, sería más acertado incluir este tipo penal en el capítulo dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia (y no *delitos contra la Administración Pública*), pues la única función pública que realiza el árbitro y que es equiparable a la de un funcionario es la de tutelar derechos. Por último, porque se advierte que los bienes jurídicos protegidos que se ubican tras la actuación dolosa o culposa de un árbitro y de un juez son iguales, aunque fundamentados en títulos distintos.

La propia Doctrina parece entender que se trata de una simple colaboración *vid.* POLAINO NAVARRETE, M., (PORTILLO CONTRERAS, G., MORILLAS CUEVA, L., CARMONA SALGADO, C., GONZÁLEZ RUS, J.J., SEGRELLES DE ARENAZA, I.) *Curso de Derecho Penal Español*, Parte especial II, Marcial Pons, 1997, pág. 381.

presente identificación marcada por el CP responde a esa incipiente voluntad del legislador de hacer partícipe a los árbitros de la función de resolver conflictos dentro del marco estatal y ya no como una simple «alternativa» al Poder Judicial.

- En segundo lugar, el CP enumera en su art.440 una serie de sujetos que deben ser penados por su participación en negociaciones prohibidas sobre bienes ajenos, que se encuentran bajo su custodia, porque la Ley les ha encomendado una especial gestión³⁹⁷.

Vista la responsabilidad penal en la que puede incurrir un árbitro, no nos debe pasar desapercibido el mandato legal previsto por la LA para los casos en los que el árbitro haya incurrido en responsabilidad declarada judicialmente por las actuaciones desempeñadas durante el ejercicio de su función. El artículo 14 prohíbe la designación de estos sujetos a efectos de nuevos arbitrajes, como si de una especie de responsabilidad *paradisciplinaria* se tratara³⁹⁸. Paradójicamente, nada dice respecto del sujeto responsable de cualquier otro tipo de delito, por lo que no le alcanzará este tipo de prohibición y será plenamente capaz para ser designado árbitro. Ésta parece ser una sanción cualificada para el que se propone ser árbitro y demostró, con carácter previo, un ejercicio poco *fiel* de su cargo³⁹⁹.

³⁹⁷ Se advierte una clara confusión del legislador entre los conceptos de árbitro y arbitrador. A la luz de las funciones que el denominado árbitro puede realizar según el tenor del art.440, no puede hablarse de *función arbitral*. Se trata simplemente de un arbitrio de tercero o arbitraje irritual, en el que se le prohíbe que se aproveche de tal condición y se beneficie de la función que la ley le encomendó pero, en puridad, ni ejerce función pública, ni se trata de un árbitro.

Vid. POLAINO NAVARRETE, M., *Curso de Derecho Penal...*, *op.cit.*, pág. 436; CRESPO BAQUERO, P., *Código Penal de 1995...*, *op.cit.*, pág. 1744-1745; ORTS BERENGUER, E. (VIVES ANTÓN, T., BOIX REIG, J., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.), *Derecho penal*. Parte especial. Tirant lo Blanch, 1996, pág. 716.

³⁹⁸ ALMAGRO NOSETE, «La responsabilidad...», *op.cit.*, TAB, núm. 9, pág. 22.

³⁹⁹ Existen dentro de los arbitraje internacionales los denominados códigos de conducta ética que debe de caracterizar la actuación de un árbitro. Éstos resultan obvios pero muy útiles al eludir posibles apreciaciones subjetivas sujetas a interpretación. Contribuyen a la seguridad jurídica de los sujetos que participan en un arbitraje. Véase, *The Code of ethics for arbitrators in commercial disputes*, 1977, Documento. OMPI ARB/WK/GE/96/2, pág. 117. En España, ALONSO Y ROYANO, F., «Deontología y arbitrajes», (Coor. LORCA NAVARRETE), *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, núm.6, pág. 27 y ss.

1.2 La responsabilidad civil de los árbitros

El árbitro responde frente a las partes por el daño producido por la actuación dolosa o culposa llevada a cabo en el ejercicio de su función, pues la confianza, base de la atribución de la autoridad, se ha visto quebrada.

La primera cuestión que surge al respecto es la de la gravedad de la culpa por la que debe responder el árbitro. Si bien no ofrece discusión la afirmación de que el dolo es causa ineludible de responsabilidad civil, la duda surge al observar el tipo de culpa. Siguiendo, entre otros, a MONTERO AROCA, la culpa por la que responden los árbitros es tanto la leve como la grave y en ello dista de la responsabilidad civil judicial⁴⁰⁰, por la que sólo se les responsabiliza en caso de falta de diligencia inexcusable o de carácter grave, tanto en los casos en los que actuó sometido a la Ley, como al juicio justo de equidad⁴⁰¹.

En nuestra opinión se ha intentado dar mayor fortaleza al arbitraje, mayor fiabilidad a la institución, respondiendo por toda actuación que no se precie de diligente; si añadimos a esta idea el hecho de que no existe derecho a recurrir el fondo de un laudo arbitral, nos encontramos ante un sistema dotado de menores garantías que el judicial, donde si bien para responsabilizar al juez se exige culpa grave, a cambio, los tutelados tienen derecho a recurrir las posibles desviaciones que se produzcan respecto de la doctrina unificada o los abusos que pudieran distanciarlo de la «libertad de criterio»⁴⁰². Partiendo de tales afirmaciones, no nos mostramos partidarios de aceptar la culpa leve como causa de responsabilidad

⁴⁰⁰ MONTERO AROCA, J., *Comentario breve...*, (junto a otros), *op.cit.*, pág. 88-89.

⁴⁰¹ ALCALÁ-ZAMORA, N., que lo que el juez hace no es aplicar caprichosamente la solución que en equidad estime oportuna, sino basado en aquellos principios generales del derecho y máximas de experiencia que sean más acordes al caso concreto, pues si «la equidad es un concepto flexible, no llega al extremo de carecer de límites que vienen fijados (...) por el litigio, que restringen sobremanera el absolutismo judicial», en *Autotutela, autocomposición y heterocomposición*, *op.cit.*, pág. 204-205.

⁴⁰² Al igual que acontece al estudiar la responsabilidad judicial, consideramos que deberían estar permitidas aquellas posibles actuaciones que, contrarias al devenir común, entrarían en ese margen que abarca la «libertad de enjuiciamiento o de criterio». Es el denominado *derecho a equivocarse* que recoge la doctrina anglosajona, pues de no ser así, el sujeto que debe resolver se encontraría condicionado en su actuación con tal de eludir cualquier tipo de responsabilidad.

civil, pero no se nos escapan los peligros que ello entraña al no existir recurso ordinario⁴⁰³.

No se nos pasa desapercibido que, para los partidarios de la naturaleza contractual del arbitraje, sustentador del contrato de mandato, la responsabilidad será de tipo contractual derivada de traspasar los límites del mismo *ex art.1091*⁴⁰⁴. Para aquellos otros que conciben la función de un árbitro como la función jurisdiccional de los Jueces, la remisión legal del artículo 16 LA es razón suficiente para equiparar la responsabilidad de los árbitros a la de los representantes del Poder Judicial⁴⁰⁵. Finalmente, aquellos que distinguimos dos momentos diferenciados en el arbitraje como son, el contractual y el procesal, dicha responsabilidad sólo puede tener un fundamento *legal*⁴⁰⁶, impuesta expresa y especialmente a los árbitros que se desvíen en el ejercicio de su función. Al igual que ocurre con la responsabilidad civil de los miembros del Poder Judicial, deriva de una fuente legal debido a su posición *supra partes*, la cual resulta inexcluíble por acuerdo, precisamente, porque la Ley lo ha querido (art.1102 en relación con el 1902 Cc.)⁴⁰⁷.

2. Responsabilidad en el arbitraje institucional.

La corporación que ofrece sus servicios y acepta auspicar un arbitraje asume igualmente una responsabilidad frente a las partes. La Ley le

⁴⁰³ Sería planteable la posibilidad de incardinar esos posibles abusos a través del motivo quinto del artículo 45 LA, en relación al orden público, pero consideramos que no es esa la solución más oportuna. Tal vez, de *lege ferenda* sería posible, como justificaremos más adelante, admitir un recurso en cuanto al fondo, en la medida en que la institución se vaya afianzando y ya no exista la desconfianza atávica que le ha caracterizado, tanto respecto de las propias partes como medio de acabar con un arbitraje no favorable, como por la Jurisdicción, por el recelo que siempre han sentido frente a la institución.

⁴⁰⁴ *Vid.* MARTÍN-RETORTILLO, C., «Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante», *Revista de Derecho Privado*, 1953, pág. 732; LLEDÓ YAGÜEZ, F., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, págs. 270 y 271.

⁴⁰⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, M, *Estudios de Derecho Procesal*, *op.cit.*, págs. 590;

⁴⁰⁶ ALMAGRO NOSETE, V., *op.cit.*, págs. 23 y 24.

⁴⁰⁷ Respecto a esta imposibilidad de exonerarse de ser responsable, *vid.* CREMADES, B.M., «El arbitraje en el siglo...», *op.cit.*, pág. 1188.

responsabiliza, no sólo por su propio incumplimiento, sino por aquellas actuaciones indebidas que realice el árbitro que celebró el procedimiento⁴⁰⁸.

Evidentemente, tal sistema de garantías ha supuesto un empuje favorable al arbitraje, en general, y al institucional, en particular. Así pues, la institución debe responder por el incumplimiento de su encargo, es decir, por no aceptar un arbitraje que, conforme a su reglamento, debiera admitir (art.16.1 párrafo 1º); en segundo lugar, por los perjuicios producidos por la falta de diligencia en la gestión del arbitraje (art.16.1 párrafo 1º); y por último, porque debió velar por la fidelidad del árbitro durante el desempeño del cargo arbitral (art.16.1 párrafo 2º).

Sin embargo y, antes de pasar a puntualizar cada una de las diferentes responsabilidades, se hace necesario observar la triple estructura jurídica de donde nacen las mismas:

- a) Existe una relación *extracontractual* entre las partes y el árbitro tanto en los supuestos de arbitraje *ad hoc* como arbitraje institucional. Las partes en conflicto pueden actuar contra él tomando como base la titularidad de su relación jurídica y, por tanto, actúan legitimadas ordinariamente;
- b) La relación que une a las partes con el centro de arbitraje dirigida a la gestión o administración del mismo es de tipo *contractual* y le habilita para que actúen por legitimación ordinaria, tomando como base su contrato;
- c) La Ley reconoce una acción a la parte perjudicada por la falta de diligencia del árbitro, para que reclame contra la institución, tomando como base a otra relación *extracontractual* que les une. Se trata de la

⁴⁰⁸ También es posible que la institución incurra en responsabilidad penal, pero como es obvio, no se le imputa a ésta en cuanto persona jurídica, sino a sus miembros gestores siempre distintos de sus árbitros.

acción directa del artículo 16 que tiene el perjudicado por legitimación extraordinaria, de ahí que se precise esta habilitación legal.

2.1 La pretendida acción directa *ex art.16 LA*

En el tema de la acción directa que establece la Ley de Arbitraje se ha tendido, generalmente, a identificar dicha situación con la paradigmática acción directa establecida en el artículo 76 Ley de Contrato de Seguro⁴⁰⁹. Efectivamente, nos encontramos ante una acción «aparentemente» similar, que requiere para su comprensión de la realización de ciertas matizaciones.

Partiendo de la responsabilidad *extracontractual* que contrae *ex lege* la institución con la parte perjudicada y, por tanto, la legitimación extraordinaria que le otorga a ésta la Ley, debemos observar, en primer lugar que, la estructura de un arbitraje institucionalizado no responde al esquema explicativo de la responsabilidad en materia de seguros por las siguientes razones:

- La responsabilidad directa siempre tiene que ser por hechos ajenos y existe un mandato legal que atribuye expresamente a un tercer sujeto la obligación de responder, tomando como base una relación contractual entre ese deudor (asegurado) y el *debitor debitoris* (aseguradora). No obstante, el perjudicado siempre podría actuar *ordinariamente* contra el asegurado, sin perjuicio de la acción de repetición que éste pudiera tener contra la aseguradora.

- Es en este punto donde debemos observar un cierto matiz respecto de la estructura que se predica de la acción directa del art.16 LA. La relación entre la

⁴⁰⁹ En este sentido *vid.*, CARPI PÉREZ, J., *Sistema arbitral de consumo, op.cit.*, pág. 156.

La acción de la LCS establece una estructura compleja formada por dos relaciones jurídicas diferentes. Por un lado, las relaciones *extracontractuales* que legitiman al perjudicado para dirigirse contra el asegurado y la aseguradora. Contra el primero iría tomando como base su propia relación jurídica y, por tanto, por legitimación ordinaria; contra la aseguradora se dirigiría por la legitimación extraordinaria que le otorga el citado art.76 LCS. La Ley en este caso le ha otorgado un derecho subjetivo material –y por tanto procesal- al perjudicado de manera que la aseguradora podrá excepcionarle no sólo la culpa exclusiva del perjudicado sino aquellas excepciones personales que tuviera contra éste. Debemos concluir que actúa, por tanto, por legitimación ordinaria.

parte perjudicada y el árbitro es extracontractual. Pero, llegado el caso de producirse perjuicios, se invierte la estructura del deudor y del *debitor debitoris*, pues el árbitro que pagara (asegurado) no podría reclamar contra la institución (aseguradora) ningún derecho de crédito, salvo que intentara probar la existencia de algún tipo de culpa compartida⁴¹⁰; antes al contrario, es la institución arbitral la que tiene derecho a repetir contra el árbitro si hubiera respondido por unos daños derivados de una relación jurídica material ajena.

La acción directa de la LA se crea como una forma de evitar la acumulación de procesos que podrían ser utilizados por separado: el que entablaría el perjudicado comprometente con la institución y el que entablaría ésta contra el árbitro negligente⁴¹¹.

De esta forma, coexisten dos relaciones entre la institución y las partes. Junto a esa encomienda de la administración y simple designación (*contractual*), existe la responsabilidad directa y *extracontractual*, basada en la confianza, y derivada del art.16 LA., que le atribuye:

- Por un lado, al perjudicado legitimación ordinaria para actuar contra el centro de arbitraje;

- Por otro, *ex lege* hace responsable solidario⁴¹² al centro de arbitraje. El pago que realice la institución extingue la obligación (art.1145 Cc.), pero la convierte en acreedora de un derecho a repetir contra sus deudores solidarios (acción de regreso), tanto si el árbitro salió de sus listas o si era ajeno a ellas⁴¹³,

⁴¹⁰ Porque aquí no consideramos que exista ningún tipo de solidaridad entre el árbitro y la institución, salvo pacto expreso, pues la solidaridad no se presume (arts.1137 y 1138 Cc.).

⁴¹¹ Véase CORDÓN MORENO, F., «De nuevo sobre la legitimación», *Revista de Derecho Procesal*, 1997, núm.1, págs. 77 y ss. y MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, 1995, págs. 56 y ss.

⁴¹² Véase en LLEDÓ YAGÜE, F., (Coor.BERCOVITZ), *op.cit.*, págs. 271-277 que llega a la misma conclusión a través de argumentos civilistas. También, MUÑOZ SABATÉ, Ll., «La responsabilidad de los árbitros», TAB núm.9, pág. 30-31.

⁴¹³ Consideramos que esta responsabilidad directa que se le reconoce a esta institución ha sido fruto de una *voluntas legislatoris*, tendente a confirmar la idea de confianza depositada en la institución. Si se

pues «cuando falta relación interna, la acción de regreso sólo puede nacer de una disposición legal»⁴¹⁴ que es lo que acontece en este artículo 16 LA⁴¹⁵.

Cuestión muy distinta que no parece plantear dudas al respecto es la relativa a la responsabilidad existente entre los árbitros, por tratarse de un supuesto de *mancomunidad*. Obviamente, el árbitro tiene un mecanismo procesal para eximirse de la misma, como es, el que conste en acta por el secretario del tribunal (de ser necesario mediante fedatario público) que su voluntad de actuación, en determinado momento, fue otra distinta a la que implicó dicha responsabilidad o, en caso de que la negligencia o dolo debiera reflejarse en el laudo, goza siempre de la posibilidad de dictar un voto particular.

2.2 Responsabilidad de la institución en los demás casos

Son dos las posibles conductas por las que se le puede hacer responsable al centro de arbitraje. De un lado, le es exigible indemnización por cualquier comportamiento negligente que perjudique al arbitraje y, de otro, la institución debe responder por la negativa a aceptar la administración de un arbitraje sin causa justificada, con el consiguiente perjuicio que trae consigo para la parte que incoa el procedimiento, pues la existencia de convenio le cierra la posibilidad de acudir a la vía judicial.

le encomendó la función de nombrar al árbitro debe ahora responder por su deber de diligencia a la hora de recabar la información sobre el tercero y designarlo, con independencia de si éste salió o no de sus listas, pues debió informarse sobre su capacidad, prestigio y la fidelidad del mismo, requeridas a la hora de actuar

En contra, CARPI PÉREZ, J., (Coor. QUINTANA/BONET), *Sistema arbitral de consumo*, *op.cit.*, pág157.

⁴¹⁴ LLEDÓ YAGÜE, F., *op.cit*, pág. 275, que a su vez cita dos monografías más al respecto.

⁴¹⁵ Por lo que se refiere al tema de las excepciones, se entiende ahora que la institución también puede alegar contra su acreedor «todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales», aunque limitadas «a la parte de deuda de que (el otro deudor solidario) fuera responsable» (art.1148 Cc.).

a') Por falta de aceptación

La *aceptación* del arbitraje en cualquiera de sus dos facetas (administración del mismo o designación del órgano), debiera constituir el momento a partir del cual queda vinculada la institución y sujeta a responsabilidad. Pero los centros de arbitraje son estructuras jurídico-públicas, a los que se les exige la constitución de un estatuto y reglamento, cuya publicidad se entiende, en sí misma, como una suerte de oferta de sus servicios.

Así lo ha entendido MONTERO AROCA, al considerar que «la existencia misma de la corte o tribunal, su salida a la vida pública, su oferta como institución arbitral, la propuesta de un modelo de convenio o cláusula arbitral para introducir en los contratos, vincula a la propia corporación o asociación, que luego no podrá rechazar la administración de un arbitraje concreto que se sometiere o cumpliera a todos los requisitos del reglamento»⁴¹⁶, impidiéndose que la institución realice una «reserva discrecional de no aceptación, pues de lo contrario no existiría seguridad jurídica». Efectivamente cláusulas discrecionales de este tipo, además de ilícitas⁴¹⁷, resultan contraproducentes para la misma institución.

Resulta imposible realizar una aproximación taxativa hacia las posibles causas por las que se podría denegar la aceptación de una administración y/o designación del arbitraje, pero consideramos que serán válidos aquellos motivos de exclusión de los que no se desprenda discrecionalidad o patente imprecisión.⁴¹⁸ Supuesto diferente es, sin embargo, cuando la institución aceptó, *a sabiendas* de esta situación.

⁴¹⁶ MONTERO AROCA, J. (y otros), *Comentario breve...*, *op.cit.*, pág. 97. En este mismo sentido encontramos a ROCA MARTÍNEZ, J.M., *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Bosch, 1992, pág. 225 y ss.

⁴¹⁷ Son ilícitas, entre otras razones, porque pueden cerrar la vía arbitral y judicial a la parte que asumió en su convenio acudir a un arbitraje y porque priva a ésta de la posibilidad de acudir a una formalización judicial (art.38.2).

⁴¹⁸ En la práctica, es frecuente encontrar reglamentos en los que se dice expresamente que sus arbitrajes tan sólo podrán ser conducidos por alguno de los árbitros que aparecen en sus listas o, supuestos

b') Por incumplimiento del encargo

La institución arbitral debe responder de los daños y perjuicios derivados de una actuación dolosa o culposa (leve y grave) por existir una relación directa o causal entre el daño producido y la acción u omisión de la entidad gestora. La razón por la que la entidad debe responder durante la administración, toma como fundamento la indudable *influencia* que su gestión va a tener sobre la eficacia del arbitraje administrado⁴¹⁹. Pero, ¿estos actos del centro que condicionan el procedimiento, ¿forman parte de la eficacia procesal propia del arbitraje (art.37) o, sin embargo, son anulables con carácter independiente? Es decir, ¿constituyen estas decisiones actos meramente «administrativos o contractualmente deseados por las partes o, por el contrario, la actividad de la institución se incrusta también en la eficacia procesal de todo el arbitraje?»⁴²⁰. Las consecuencias de aceptar una u otra posición no parecen ociosas sino que son condicionantes de la admisión o negación de un posible control jurisdiccional de estos actos a través de un posterior recurso de anulación, por no guardar las garantías procedimentales mínimas⁴²¹.

en los que se argumenta que su aceptación queda sujeta a la provisión de fondos, por ejemplo. Este tipo de precisión evita posibles responsabilidades *a posteriori*. En estos casos, ante la negativa de la institución a responsabilizarse por la actuación de un árbitro que ella designó, pero que no fue elegido de entre los propuestos por ella, no debe aplicarse el supuesto de responsabilidad directa del art.16, simplemente se está cumpliendo lo que ya advertía en su reglamento. A esta misma conclusión llega ROCA MARTÍNEZ, J.M., *op.cit.*, pág. 225.

⁴¹⁹ JOVÉ PONS, M.A., «La administración del arbitraje por persona jurídica, con especial referencia al Tribunal Arbitral de Barcelona», *Justicia* 1997, pág. 496.

⁴²⁰ CREMADES, B.M., «El arbitraje en el siglo XXI», *La Ley*, 1990-4, pág. 1190.

⁴²¹ En el ámbito internacional parece haber una conciencia cada vez mayor en favor de la admisión de un control *a posteriori* de aquellos actos que realizó el centro y que, inevitablemente, influyeron en el proceso arbitral. Para ello en la práctica se recurre constantemente al artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales para los casos en los que la actuación culposa de la institución privó a la parte del derecho a ser oído en un juicio justo, pues a éste contribuyen no solamente el árbitro sino también el centro de arbitraje.

3. Las partes, en especial la legitimación

A. Capacidad para ser parte y capacidad procesal

La capacidad para ser parte en un proceso arbitral se refiere a la aptitud para ser demandante y demandado en el mismo. Atendiendo a las personas que podían ser titulares de estas relaciones de propiedad intelectual, podrán ser ahora sujetos de derechos, obligaciones y cargas, tanto las personas físicas como las jurídicas, es decir, desde los autores o los titulares de derechos afines, a cualquiera de las asociaciones de usuarios discotequeros, propietarios de bares, entidades de radiodifusión, cable o las mismas entidades de gestión.

Junto a esta aptitud, la parte procesal debe tener capacidad para realizar actos procesales válidos. Ya avanzamos al dar tratamiento al convenio arbitral, la identidad entre este concepto con la capacidad de obrar del Código civil⁴²². Aquellos capacitados para comprometerse convencionalmente podrá ahora ser parte y realizar actos en el proceso arbitral por tener capacidad plena (323 Cc.). Si actúan a través de tercero, se tratará de un supuesto de representación *voluntaria*, sujeta a la necesidad de apoderamiento expreso.

Sin embargo, loco, sordomudo y menor no emancipado (art.1263 Cc.) deberán valerse de sus representantes legales que ostentan la patria potestad, tutela o curatela para comparecer en un arbitraje, teniendo en cuenta el mandato del artículo 271.3 Cc. relativo a la necesidad de autorización judicial. En estos casos, se requerirá de un representante *legal* para poder actuar en el proceso.

En tercer lugar, la de capacidad procesal puede estar condicionada a la intervención de un tercero persona física que actúe en nombre de una jurídica. Se trata de la representación *necesaria*. La propiedad intelectual se gestiona tanto

⁴²² Ya GÓMEZ ORBANEJA estableció tal equivalencia entre la capacidad para contratar y el derecho de disposición que se tiene sobre los bienes –ambas cuestiones de derecho material- y la capacidad procesal y la legitimación –dentro del ámbito procesal-, (junto a HERCE QUEMADA), *Derecho Procesal civil*, I, Madrid, 1979, pág. 141.

por personas jurídico-mercantiles de base societaria como por sociedades de interés público. Las sociedades de interés privado (conforme al art.36 del Código Civil) serán representadas en su capacidad de obrar por los que aparezcan como administradores en sus estatutos (art.9 Ley de Sociedades Anónimas), al igual que en el segundo caso (art.37), bajo la condición legal de que esta persona jurídica previamente haya sido aceptada por el Ministerio, en este caso, de Cultura. La Sociedad General de Autores y Editores o las Asociaciones de usuarios sería un supuesto claro al respecto.

La LA guarda silencio sobre el tratamiento procesal de este presupuesto del proceso pero consideramos que éste deberá ser un mínimo controlado por el órgano arbitral *ab initio* al realizar el contraste entre las partes del convenio arbitral (art.23 LA) y las que inician el arbitraje.

B. Legitimación

Hablar de legitimación en el proceso arbitral supone afirmar la concurrencia de la autonomía de la voluntad, los derechos subjetivos y el principio de oportunidad, de manera que, creado un convenio, sólo podrá comparecer ante el árbitro para conminarle a dictar un laudo arbitral quien afirme la titularidad del derecho subjetivo material plasmado en tal acuerdo arbitral.

Se encuentran legitimados activa y pasivamente las personas físicas o jurídicas que aparezcan en el convenio arbitral como titulares de la relación jurídica material de la que nace la controversia; cualquier otro que pida, si no le atribuyó la Ley tal derecho, o no interviene en virtud de mandato expreso, tendrá la condición de tercero, y solo podrán intervenir otorgando un nuevo consentimiento o como tercero litisconsorte. Dada la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual encontramos que, frecuentemente, el titular es desposeído de su facultad de gestionar sus derechos y, por tanto, de la

legitimación procesal, la cual le es encomendada a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual⁴²³.

a. Por legitimación ordinaria

Se encuentran legitimadas de modo directo u ordinario aquellas personas que afirman ser titulares del derecho material controvertido, actuando en el proceso, bien personalmente o mediante mandato expreso de representación voluntaria o necesaria, según sea el caso⁴²⁴.

1. Por la titularidad derecho de propiedad intelectual

Existen ciertas obras cuya utilización requiere de la autorización de su titular por tratarse de un derecho exclusivo. Son las obras de «gran derecho», según la denominación de la Sociedad General de Autores y Editores, por encontrarse excluidas de la gestión colectiva de tal entidad, según el art.152.3 LPI⁴²⁵; junto a éstas, aquellas obras de explotación singular, así como de los supuestos en los que la solicitud de uso de la obra se haga con carácter exclusivo. En estos supuestos la explotación requiere siempre consentimiento del autor y, por tanto, cabe un arbitraje.

No importa el tipo de derecho de que se trate (obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas y demás derechos de uso singular), siempre que sea de gestión individual; tampoco, afecta a su arbitrabilidad la forma de explotación en que se lleve a cabo esa obra, pues se admite cualquiera de las contenidas en el artículo 17 LPI o aquellas otras

⁴²³ Derechos de participación (art.24 LPI), de remuneración por uso (arts.25, 90, 116, 122) y por autorizaciones para retransmitir por cable (art.20.4) y de uso de repertorio (art.152.1 LPI).

⁴²⁴ En ningún caso se trataría de un supuesto de legitimación, pues el representado sigue siendo la parte en el futuro proceso y el que tiene el poder de disposición en el convenio arbitral, aunque formalmente la actividad la realice otro.

⁴²⁵ Art.152.3 «Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto a la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular».

permitidas con carácter general por la Ley. Quedan, a nuestro parecer, excluidos los derechos que sean de gestión colectiva aunque se intente ejercitar individualmente, porque su titular ha sido desposeído de la acción de tutela⁴²⁶.

2. Supuestos de representación voluntaria

Es posible encontrar actuaciones basadas en una legitimación ordinaria, a través del fenómeno procesal de la representación voluntaria de cualquier tercero mediante el otorgamiento de poder expreso, tanto para la firma del convenio como para representar durante el *iter* procedimental, sin olvidar que la parte del proceso es siempre el representado. De esta forma, es posible encontrar un convenio pactado entre una asociación de usuarios de derechos -que actúa, a su vez, a través de su representante necesario- y un determinado autor, en relación con una obra de gestión individual, o incluso, entre éste y una entidad de gestión representante de dicho autor (nunca legitimado, pues actúa derechos ajenos en nombre ajeno).

En caso de actuación de las entidades de gestión simplemente actuarían derechos de utilización singular de una obra de gestión individual, habilitada mediante mandato, por ser éste un supuesto de representación voluntaria pues, hoy por hoy, no existen casos de desplazamiento convencional de la legitimación⁴²⁷.

3. Representación necesaria

Al intervenir en el tráfico jurídico, no sólo el titular de los derechos de propiedad intelectual, sino también entidades jurídicas como las asociaciones de

⁴²⁶ En este supuesto hay que distinguir los casos de privación y ampliación de la legitimación. En los primeros, existe una supresión de la legitimación individual, así como de la disponibilidad material del derecho del autor. En los segundos, tal titular mantiene también su derecho pero, la propia naturaleza de las obras impone en la práctica la gestión colectiva y hace impracticable el ejercicio individual de un derecho por su titular.

⁴²⁷ MONTERO AROCA, J., *La legitimación colectiva de las entidades de gestión*, Comares, 1997, pag.190.

usuarios de los repertorios, entidades de radiodifusión por satélite y cable, empresas de distribución de obras, así como las entidades de gestión de los diferentes derechos de propiedad intelectual, en cuanto personas jurídicas, deberemos estar a las reglas del Código Civil sobre la representación legal, a efectos de determinación de la capacidad para contratar y disponibilidad de estos derechos.

b. Por legitimación extraordinaria

Hablar de legitimación extraordinaria tiene importancia en la propiedad intelectual en relación con las entidades de gestión de derechos. Supone que la Ley habilita a un sujeto para que actúe siempre por *cuenta ajena* (por la razón de que son entidades sin ánimo de lucro que actúan en defensa de intereses colectivos), unas veces, en *nombre propio* y otras en *nombre ajeno*⁴²⁸. En segundo lugar, legitimación extraordinaria y convenio colectivo implica necesariamente la existencia de disponibilidad material o, como mínimo, procesal (por actuar extraordinariamente habilitado por la Ley).

Distinguimos, por un lado, entre aquellos casos en que una Ley otorga tan sólo un Derecho Procesal al tercero, sobre la base de una relación material ajena (*sustitución procesal*); por otro, aquellos otros en que se otorga un Derecho Procesal, actuando, pues, en *interés ajeno pero en nombre propio* (*legitimación colectiva*) e, incluso, en ocasiones se llega a realizar un desapoderamiento del *ius disponendi* del verdadero titular, atribuyendo la ley dicha disponibilidad a un tercero, que actúa, en este caso, *en nombre propio un derecho propio*, que nunca podrá ejercitar ni gestionar su titular (*acción directa*).

La pregunta clave se surge de la puesta en conexión de esta legitimación y el arbitraje es, por un lado, si el otorgamiento del convenio es un acto personalísimo, de los incluidos dentro de los derechos exclusivos del autor y, por

tanto, solo por él ejercitable; por otro, y consecuencia de la primera, es averiguar, para aquellos supuestos en los que la Ley ha privado al titular de derecho exclusivo, quedándole uno de simple remuneración (licencias legales), si es posible que, dentro del Derecho Procesal reconocido, se incluya la posibilidad de acudir al arbitraje.

1. La gestión de derechos individuales

Es posible que las entidades de gestión actúen por legitimación extraordinaria, tomando como base derechos individuales de gestión colectiva. Tan sólo en dos supuestos parece cuestionable la legitimación «por sustitución» en la Ley de Propiedad Intelectual.

Una premisa básica para este estudio, es la de que una legitimación arbitral *ex lege* sólo dota al sujeto de un Derecho Procesal, que le habilita a optar por las vías posibles de restablecimiento existentes. Cuestión distinta es si, el legitimado por la Ley, puede subrogarse en el consentimiento ya dado por el subrogado para actuar en un proceso arbitral o, de no existir convenio, si pudiera la entidad de gestión legitimada extraordinariamente otorgarlo.

1.1. La legitimación por sustitución de art. 1111Cc.

La acción subrogatoria otorga un poder al acreedor para que ejercite «acciones» ajenas sobre la base de un derecho material de su deudor, el cual, en ningún caso, es desposeído del mismo por la Ley, así como tampoco de sus posibles acciones o formas de reivindicar su tutela contra el que se presenta como su deudor o *debitor debitoris*⁴²⁹.

⁴²⁸ Actúan en nombre propio cuando, bien la Ley ha privado al titular o ampliado la legitimación a tales entidades, bien cuando ha habido una cesión fiduciaria de un derecho. Frente a ésta, la entidad de gestión puede actuar en nombre ajeno cuando se le encargue por mandato expreso del autor.

⁴²⁹ MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, *op.cit.*, pág. 54; CORDÓN MORENO, F., *Arbitraje en Derecho Español*, Aranzadi, 1997, pág. 65 y también «Aproximación al concepto de legitimación», *RDP*, 1979, pág. 42

Técnicamente, sólo es posible dicha acción subrogatoria en el caso de que sea el propio autor el que reivindica un derecho de participación que, tras intentar cobrarlo de su deudor, hace uso de la acción subrogatoria del Código Civil para reintegrar el patrimonio de su deudor y cobrarse con posterioridad.

Para explicar la razón por la que nos consideramos partidarios de admitir este tipo de acción subrogatoria en un arbitraje debemos partir de unas premisas:

1') En primer lugar, resulta innegable que no se puede disponer procesalmente de aquello que no se tiene materialmente, salvo que la Ley así lo autorizara, es decir, si ésta otorgara legitimación extraordinaria.

2') El subrogado tendrá el mismo Derecho Procesal que su deudor del que toma la acción. Por tal motivo, solo si medió convenio entre el deudor y el *debitor debitoris*, podrá ahora el acreedor proceder contra este segundo; de no preexistir convenio será imposible, pues al verdadero titular de este derecho le podría quedar cerrada la vía judicial si el pretendido acreedor subrogado (autor o entidad de gestión) celebrara el arbitraje, que él no pactó, con el *debitor debitoris*. La Ley puede otorgar perfectamente un Derecho Procesal a un sujeto (bien a acudir a arbitraje o a la vía jurisdiccional) sin privar, en ningún caso, a su verdadero titular de reintegrar su patrimonio.

El acreedor no pacta *ex novo* un arbitraje con el deudor de su deudor. Este subrogado no ejercita una acción distinta de la que corresponde al deudor contra su *debitor debitoris*, sino simplemente le habilita para reintegrar su patrimonio conforme al cauce que ya estableció haciendo dejación del art.24 CE.

1.2. Acción directa

La LPI no establece ningún supuesto similar al regulado por el art. 76 Ley Contrato de Seguro. Sin embargo, la estructura habilitante de este tipo de

legitimación extraordinaria, basada en la existencia dos relaciones jurídico-materiales permite, en nuestra opinión, la celebración de un convenio arbitral.

2. La legitimación colectiva: Supuestos de ampliación y privación de la legitimación

La LPI reconoce determinados intereses que afectan a un colectivo determinado o determinable, al que se le priva de legitimación con carácter individual a sus miembros con el fin de darles protección a través de la creación de un organismo destinando a tal efecto. En estos casos, la Ley ha realizado una suerte de desapoderamiento de las facultades de gestión y protección de estos derechos a sus verdaderos titulares, pues su tutela se haría inviable de otro modo. Por esta razón, el legislador decide, en ocasiones, *privar* de esta disponibilidad a los titulares de los derechos de autor (art.25 y 90 LPI) y, en otras, simplemente, *amplía* los supuestos de legitimación procesal para su gestión y defensa (art.157.1).

Nos referimos, por un lado, a todos aquellos derechos de uso de repertorio (art.157.1), a los derechos afines de los que se deriva un derecho a la remuneración equitativa para los artistas intérpretes y ejecutantes, y, por último, a los ya aludidos derechos de participación en obras audiovisuales y cinematográficas (art.90) y a los contratos en materia de cable. En los tres casos parece existir una ampliación de la legitimación a las entidades de gestión y, en concreto, los supuestos recogidos en el artículo 157 pueden ser susceptibles de un arbitraje general o incluso ser sometidos a la decisión de la CMAPI⁴³⁰.

Se trata de derechos exclusivos de la entidad de gestión pero, en todo caso, sigue actuando en nombre ajeno y, por tanto, extraordinariamente. En nuestra

⁴³⁰ La Ley, haciéndose eco de dicha necesidad de gestión colectiva, ha habilitado un cauce (mediador y arbitral) para la protección de estos derechos por cauces extrajudiciales, como se verá al darle tratamiento en el Capítulo dedicado a la CMAPI.

opinión, puede admitirse que las entidades de gestión de estos derechos celebren convenio arbitral por varias razones:

1') Porque así se deriva del RD regulador de la CMAPI; si allí pueden ser objeto de disposición procesal debe, por la misma razón, admitirse conforme a un arbitraje general;

2') Porque en la actualidad ya no presenta problema el hecho de que se interpongan pretensiones indemnizatorias –las más comunes en el arbitraje– por una entidad defensora de intereses colectivos. La LEC reconoce la posibilidad de ejercitar pretensiones de condena genérica a indemnizaciones individualizables por las asociaciones de consumidores y usuarios y otras entidades que gestionan derechos de naturaleza colectiva⁴³¹. En el proceso arbitral por propiedad intelectual no es aplicable tal novedad por no haber mediado una mención expresa del legislador, pero se comienza a percibir cuál va a ser el próximo paso a dar por el mismo en materia de propiedad intelectual, pues se trata igualmente de contratos-masa, de indudable interés colectivo.

3') Para admitir el arbitraje en este supuesto, lo que en todo caso hace falta son dos consentimientos, teniendo en cuenta que la entidad de gestión actúa por cuenta ajena derechos propios, sobre los que no tiene disponibilidad material pero sí procesal *ex lege*, pues al titular se le ha privado de tal legitimación o se ha dado una ampliación legal de la misma.

⁴³¹ Extraña, a la vista del vuelco dado por el legislador tras la Ley de Condiciones Generales de Contratación y la nueva LEC, que un supuesto tan claro de legitimación colectiva como el de las entidades de gestión no se le haya reconocido legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas de cesación y condena individualizable, tanto por la gestión de intereses colectivos como difusos, derivados de los contratos-masa (BARONA VILAR, S., (Coor. BERCOVITZ) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, Aranzadi, 2000).

Según MONTERO AROCA, J., *La legitimación de las entidades de gestión colectiva...*, *op.cit.*, pág. 173, la gestión colectiva de estas entidades es «un instrumento al servicio del interés general de los «consumidores» de las obras, y ello le hace directamente aconsejable un tratamiento similar al de los consumidores y usuarios.

Como afirma MONTERO, «la evolución sigue» en materia de propiedad intelectual⁴³² y en un futuro se encuentren arbitrajes en aquellos derechos de gestión colectiva y por legitimación extraordinaria.

C. *Litisconsorcio e intervención de terceros*

En el proceso de comunicación pública de una obra intervienen una pluralidad de sujetos que, con posterioridad, pueden aparecer como demandante o demandados. En los diferentes contratos de transmisión se dieron diferentes sometimientos y todos ellos podrán reclamar o ser reclamados independientemente. La condición de tercero es incompatible con la naturaleza y efectos del arbitraje y, para su intervención, deberá otorgar consentimiento y convertirse en parte.

V. LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Establecida la relación convencional, corresponde a los autores, titulares de derechos afines o cualquier otro usuario o entidad, dar traslado de la solicitud de arbitraje a la parte legitimada pasivamente, como expresión de la voluntad de iniciar este trámite sucesivo de actos, en que consiste el arbitraje. Esta propuesta que se le hace al árbitro o al tercero constituye el primer eslabón en el procedimiento, pues, tras su aceptación, su poder de decisión queda constituido y da comienzo el procedimiento mismo.

1. Principios

El arbitraje en propiedad intelectual es un *actus trium personarum*, basado en unos mínimos indisponibles, que contribuyen a la seguridad jurídica de la función arbitral, la igualdad entre las partes y a garantizar una tutela arbitral

⁴³² MONTERO AROCA, J., *La legitimación de las entidades de gestión colectiva...*, op.cit., pág. 201.

efectiva⁴³³. Sin tales principios, no puede existir una decisión imperativa, irrevocable y ejecutable *erga omnes*. Por ello mismo es conveniente diferenciar qué mínimos son o no «en todo caso» (art.21.1 LA) de derecho necesario⁴³⁴.

A. Principios del proceso

a. Principios comunes a todos los procesos

El artículo 21 LA afirma que, «en todo caso», el procedimiento arbitral se ajustará a «los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad», sin los cuales no existe proceso. Se constituyen como norma imperativa para el árbitro y derecho fundamental para las partes⁴³⁵.

⁴³³ SAMANES ARA, C., *Sistema arbitral de consumo*, op.cit., pág. 168.

⁴³⁴ En principio, el artículo 21.1 obliga a las partes y al árbitro a que aseguren «los principios esenciales de igualdad, contradicción y audiencia entre las partes (...) ajustándose, en todo caso, a lo dispuesto en esta Ley». También los artículos 22, 23.1, 23.4 y 25.2 parecen ser mínimos indisponibles para las partes y el árbitro, pero veremos que están sujetos a amplias limitaciones más allá de lo que parece desprenderse de su tenor literal.

Art.22: «El procedimiento arbitral comienza cuando los árbitros hayan notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje. La inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni le privará de su eficacia».

Art.23.1«La oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales».

Art.25.2: «No obstante, los árbitros fijarán a las partes plazos preclusivos para formular alegaciones».

Art.23.4: «En todo caso, la falta de competencia objetiva de los árbitros podrá ser apreciada de oficio por éstos aunque no fuera invocada por las partes»

⁴³⁵ Hay que advertir que la falta de la condición de funcionario en la persona del árbitro impide a las partes que encuentran violado su derecho fundamental a ser oído en juicio a recabar un recurso de amparo pues la violación no proviene de un poder público. No obstante, consideramos que en un futuro acabará por recogerse tal posibilidad. La razón de nuestra afirmación estriba en la clara asimilación que pretende hacerse entre el régimen de garantías del Juez y del árbitro. En materia de responsabilidad se observa como el Código Penal reconoce un castigo a la conducta del árbitro dolosa del árbitro que ejerce una suerte de *función pública*. Por su lado, la Jurisprudencia es constante a la hora de reconocer la imparcialidad, independencia, neutralidad y responsabilidad del árbitro (SAP Bilbao de 29 de mayo de 1992, RCEA 1993, pág. 190). Esta tendencia Doctrinal y Jurisprudencial en nada desvirtúa la diferente naturaleza de ambas instituciones sino que responde, antes bien, a la estructura de heterocomposición de las mismas.

Si bien la LA ha omitido cualquier referencia a este *principio de dualidad de posiciones*⁴³⁶, éste se desprende de la misma estructura procesal por formar parte del concepto de conflicto. Sin dos posiciones contrarias, no hay conflicto. Surgido éste, siempre habrá una parte que formule una petición al árbitro y otra que pida en sentido contrario, con independencia de las posibles posturas que se mantengan dentro de una misma posición. Solo aquellas personas que mostraron su voluntad inequívoca de someterse, pueden ahora aparecer como titulares de la relación jurídica procesal, salvo supuestos de representación o legitimación extraordinaria.

En segundo término, la existencia de un proceso arbitral queda garantizada por el principio de rango constitucional de *contradicción o audiencia*. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional consolidada en torno al *derecho al proceso con todas las garantías*⁴³⁷ es aplicable al mandato legal del art.21 LA.

Es doctrina reiterada la que reconoce que el principio de *audiencia*, forma parte del derecho a la defensa (24.1 CE). Alude a esa posibilidad de ser oído que debe ofrecerse en todo proceso a la parte, con independencia de que se haga o no uso de este derecho (arts.24.1, 26 y 29 LA), de ahí que se admita, igualmente, la resolución del conflicto *inaudita parte*. La *contradicción*, por su lado, no es más que una forma de materializar la defensa, por eso se hace conveniente darle un tratamiento conjunto (arts.25.2 y 26 LA); sería la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas peticiones y rebatir sus fundamentos⁴³⁸ en situación de igualdad procesal⁴³⁹. Las partes tienen derecho a conocer y contradecir todos los materiales de hecho y de derecho que van a dar sustento al

⁴³⁶ Entre otros, véase RAMOS MENDEZ, F., *El sistema procesal español*, Bosch, 1997, pág. 129 y ss.; MONTERO AROCA, J., (junto a otros), *Derecho Jurisdiccional*, I, pág. 322; BERZOSA FRANCO, V., «Principios del proceso», *Justicia* 1992, III, pág. 560.

⁴³⁷ En relación a este concepto existe numerosa bibliografía. Véase, entre otros muchos, MUERZA ESPARZA, I., *El principio del proceso debido*, Bosch, 1995; PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, 1997; BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 1992.

⁴³⁸ STC 114/1997, de 16 de junio.

laudo, debiendo el árbitro asegurar tal posibilidad a través de las audiencias que estime necesarias para tal fin⁴⁴⁰. Sin contradicción o audiencia, pues, no es posible dictar un laudo⁴⁴¹.

En el arbitraje se hace muy recomendable, la celebración de una «conferencia preparatoria» o «acta de misión»⁴⁴², donde se delimiten las fases del procedimiento y los diferentes trámites de alegación, audiencia y prueba, sin perjuicio de poder ser ampliados por el árbitro con posterioridad, salvo lo que a la fase de alegaciones se refiere. Se trata de un proceso declarativo plenario, donde la contradicción o audiencia debe constituir algo más que una mera posibilidad⁴⁴³, pero afianzado este derecho, el principio de preclusión se encargará de avanzar el procedimiento.

Por lo que al principio de *igualdad* se refiere, éste se manifiesta en el proceso en un equilibrio de armas procesales, de modo que, ambas partes tienen los mismos derechos y asumen las mismas posibilidades y cargas. La LA ha creado un marco garantizador de esa igualdad prohibiendo cualquier trato discriminatorio, incluso durante la fase convencional (art.9 y 13); a este fin, llegado el proceso declarativo, será más fácil proteger el equilibrio procesal de ambas posiciones. Se trata de otro derecho fundamental, no tanto *ex art.14 CE*, sino que se encuentra integrado en el derecho a la defensa y al proceso con todas las garantías⁴⁴⁴, pues sólo si media igualdad entre las partes a la hora de alegar, probar e impugnar, pueden sentir que se les ha otorgado una tutela debida.

⁴³⁹ STC 125/1995, de 24 de julio y STC 32/1997, de 24 de febrero.

⁴⁴⁰ SSTC 118/1997, de 23 de junio y 77/1997, de 21 de abril.

⁴⁴¹ Siguiendo la opinión de DE LA OLIVA, A., *Derecho Procesal Civil*, I, *op.cit.*, pág. 105. Véase, SAP Madrid de 22 de septiembre de 1992, RVDPA, 1, 1994, pág. 66 y 67.

⁴⁴² En este sentido véase, STS 28 marzo 1994, RCEA, 1994, pág. 199.

⁴⁴³ STC 77/1997, de 21 de abril.

⁴⁴⁴ SSTC 125/1995, de 24 de julio y ATC 922/1988, de 12 de septiembre.

En la práctica encontramos que la igualdad material es imposible pues frente al pequeño autor que reivindica sus derechos de explotación sobre la obra se encuentra la compañía editora provista de mejores recursos. La Ley haciéndose eco de esta situación debe crear los mecanismos necesarios para salvar esta situación, pero nunca debe tomar posición el árbitro y perder su imparcialidad. De esta forma, en ocasiones, encontramos que la LPI convierte en interés colectivo aspectos de estos derechos y priva de legitimación al titular más débil. Otras veces, aconseja acudir a arbitrajes especializados e institucionalizados como el de la CMAPI. En ocasiones, asegura el equilibrio permitiendo la participación jurisdiccional con el fin de que el juez asegure la fase probatoria pero, sobre todo, el legislador garantiza que, cualquier violación de los principios naturales del proceso de arbitraje, implicarán la posible anulación del mismo.

b. Principios específicos del proceso arbitral

Junto a estos principios enumerados en el art.21 LA existen otros que también son de carácter imperativo y comunes a los que se predicen del proceso civil. Existen pequeños matices otorgados por el legislador en favor de la búsqueda de la verdad material, de la autonomía de la voluntad y del carácter informal o flexible que el procedimiento arbitral posee. Se trata de principios del proceso que se encuentran implícitamente recogidos por la LA, los cuales deben regir las normas convencionales que las partes o árbitros establezcan durante el procedimiento arbitral⁴⁴⁵.

Los arts.33 y 38 CE reconocen, dentro de un marco de libertad empresarial, la libertad del individuo para disponer de los derechos de los que afirma ser titular, no sólo materialmente, sino también procesalmente, entendida como una forma de disposición su deducción a través de un proceso. Corresponde al titular de los

⁴⁴⁵ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «El procedimiento de arbitraje», *Justicia* 1989, pág. 918. También RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal...*, *op.cit.*, 1997, Pág. 130.

derechos sobre los que se tenga, bien por titularidad, bien por legitimación extraordinaria, determinar cuál considera *oportuna* para ello. Sólo a instancia de éste puede entablarse un proceso arbitral⁴⁴⁶.

La capacidad dispositiva del particular alcanza, no sólo a iniciar el proceso arbitral, sino también a delimitar su objeto y llevarle a su fin si media mutuo acuerdo entre las partes. Si el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de los derechos dispositivos conlleva poder crear una fuente de poder, cualquier decisión, fuera de la delimitación del objeto que hicieron las partes, deberá ser anulada por falta de *congruencia*.

Este principio aparece en el proceso arbitral atenuado, por el relevante papel que se le asigna al árbitro a la hora de delimitar el *thema decidendi*, lo que le dota de ciertos visos de oficialidad⁴⁴⁷, y le exige un especial cuidado en atención a los principios de contradicción o audiencia e igualdad. Además, el tribunal arbitral, sin apartarse de la causa de pedir y acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, puede resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido alegadas por los litigantes.

Especial relevancia adquieren en el proceso arbitral el principio de conservación del negocio jurídico y la denominada doctrina de los actos propios. Ambos poseen un papel relevante en el arbitraje y constituyen un contrapeso al principio de contradicción o audiencia, con el fin de dotar de seguridad jurídica a una institución de naturaleza flexible. La Ley de Arbitraje parece guardar silencio respecto de estas máximas y ha sido labor de la doctrina y jurisprudencia la de

⁴⁴⁶ STC 174/1995, de 23 de noviembre, BOE 28 diciembre. Véase mi comentario en torno a esta sentencia «La inconstitucionalidad del artículo 38.2 pfo.1 de la Ley de Transportes terrestres: en torno a la STC174/1995, de 23 de noviembre», *AC* 1997, núm.28, pág. 623.

⁴⁴⁷ En este sentido véase también, MERINO MERCHÁN, J. y CHILLÓN MEDINA, J., *Tratado de...*, *op.cit.*, pág. 321.

frenar los abusos que, durante el procedimiento, puede sufrir una parte y que pueden llegar a frustrar el arbitraje⁴⁴⁸.

A la hora de determinar la facultades materiales de dirección del proceso en el arbitraje, corresponde a las partes aportar los materiales de hecho y las pruebas. Si una de las partes alegó y no probó, sufrirá las consecuencias de no haberlo hecho, no teniendo el árbitro en consideración los hechos alegados y no probados. Nada obsta, sin embargo, que el árbitro pueda solicitar de oficio aquellas pruebas que considere pertinentes, a fin de lograr el convencimiento sobre la verdad material u objetiva del litigio (art.26 LA). Ésta es precisamente una de las grandes ventajas del arbitraje.

Respecto de esta posible investigación del árbitro, la doctrina no parece mostrarse unánime. Frente a los que niegan tal posibilidad⁴⁴⁹, encontramos posturas mayoritarias que reconocen al árbitro incluso ciertos poderes para integrar la controversia⁴⁵⁰. En nuestra opinión, el art.26 constituye una clara matización al principio que ahora nos atiende. No constituye excepción, sino que se hace eco de una tendencia actual. Cada vez es mayor el número de intervenciones que se pretenden reconocer en la persona del juez durante la tramitación de un proceso civil, más próximas al principio de investigación oficial que al de aportación de parte, por hacer primar intereses generales.

⁴⁴⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., (Coor.BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 372 y SANTOS VIJANDE, J., «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 actuaciones en el procedimiento arbitral», *La Ley*, 1989-4, pág. 6.

Tan sólo puede encontrarse esta doctrina en el artículo 17.2 en relación a la recusación por causas conocidas con posterioridad a la designación del árbitro, pues «aquello que se asume de consuno y que no contraría el orden público debe ser aceptado como válido ante el albedrío de quienes pudiendo denunciar su ineffectividad no lo hayan hecho» (SAP Barcelona 30 mayo de 1992, RCEA 1993, pág. 179).

⁴⁴⁹ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *op.cit.*, pág. 919.

⁴⁵⁰ SANTOS VIJANDE, J., *op.cit.*, pág. 1057; más tímidamente y mostrándose partidarios de un delicado equilibrio entre el poder del árbitro para integrar el *thema* y la obligación de congruencia, ORTIZ NAVACERRADA, S., «Aspectos procesales...», *op.cit.*, pág. 157 y DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., (Coor.BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 367.

Los arts.22.2 y 31 LA confirman la existencia de un impulso de oficio. Se advierte que la inactividad de las partes no impide que se continúe con el procedimiento, sino que hace falta un pronunciamiento expreso de consuno para poder acabar con la eficacia del arbitraje. Esta afirmación nos hace plantearnos de nuevo la existencia de una suerte de oficialidad. La jurisprudencia ha confirmado en numerosas situaciones la posibilidad, no tanto de abrir formalmente un nuevo periodo de alegaciones o de prueba sino de admitirlas fuera de plazo y valorándolas en su justa medida⁴⁵¹. En definitiva se decanta por un equilibrio entre la obligación de fallar y el mandato del legislador de continuar con el arbitraje, pese al silencio de cualquiera de éstas; sólo una manifestación expresa de las partes le impediría conocer de alguna prueba o alegación fuera de tiempo⁴⁵².

Por lo que se refiere al control de los presupuestos procesales, corresponde a las partes y al órgano arbitral la observancia de los mismos; los primeros, lo hacen a través del trámite de oposición y el árbitro lo hará de oficio al controlar su competencia, la validez del convenio arbitral y la concurrencia de cualquier otro requisito o presupuesto. Es práctica habitual en el arbitraje institucional la de que los árbitros propongan el modelo de laudo que van a dictar al centro de arbitraje con el fin de que éste le confirme su validez formal. Ello por la razón de que no siempre los árbitros son licenciados en derecho capaces de seguir un arbitraje ritual.

⁴⁵¹ Depende de la fase ante la que nos encontremos. Es Jurisprudencia unánime la que tiende a afirmar el carácter de orden público del plazo establecido para dictar laudo pues no cabe las prórrogas sin consentimiento de ambas partes pues «tal plazo vincula a los árbitros de tal forma que fija los límites de la potestad arbitral» STS de 12 noviembre 1992, RCEA 1993, pag.150.

Por su lado, la APAImería 11 mayo 1992, RCEA 1993, pág. 157, reconoce expresamente la facultad del árbitro para acordar pruebas incluso fuera de plazo «dado que el artículo 25 de la LA únicamente impone al árbitro la obligación de fijar plazo preclusivo para formular alegaciones y sólo le obligan los plazos en el desarrollo del arbitraje cuando las partes así lo acuerden».

⁴⁵² Esta obligación de fallar a pesar de la actitud inactiva de ambas partes dependerá del grado de determinación de la controversia. A lo que se diga en el apartado destinado a estudiar las posibles actitudes de las partes una vez iniciado el procedimiento nos remitimos.

Nada dice la LA respecto de la forma en que el árbitro debe de valorar la prueba. En el arbitraje se hace aconsejable la valoración libre, salvo que se acuda al auxilio jurisdiccional. Que sea así, no implica que vaya a ser discrecional, pues el laudo arbitral debe ser motivado, por lo menos en el arbitraje de derecho. En el de equidad –desafortunadamente- el legislador no impone al árbitro el deber de motivar su decisión.

B. Los principios del procedimiento arbitral

La Ley de Arbitraje basa todo su procedimiento en el principio de libertad de forma, alejado de cualquier «interés rituario» y «dentro de un marco garantista de derechos subjetivos constitucionales, cuyo contenido mínimo o esencial es inviolable en cualquier ámbito jurídico»⁴⁵³. A estos efectos, se hace conveniente la estipulación de la aludida conferencia preparatoria⁴⁵⁴, destinada a acordar, con carácter previo, todos esos aspectos del procedimiento que pueden dar lugar con posterioridad a discusión, a la delimitación del objeto del proceso, etc. Este trámite, sería justificable a través de uno de esos acuerdos complementarios permitidos por el art.9.1 LA⁴⁵⁵.

Frente a la escritura, hasta ahora propia del procedimiento civil⁴⁵⁶, la LA permite a las partes y al árbitro crear un sistema más ágil y acorde con la oralidad que proclama la propia Constitución Española. Queda, pues, a discreción de las partes la forma de dicho procedimiento, aunque lo común es encontrar una

⁴⁵³ SAP Madrid de 26 de noviembre de 1991, (RVDP, 2, 1993, pág. 236).

⁴⁵⁴ La finalidad de ésta sería similar a la que tiende la «comparecencia saneadora» del proceso civil destinada a fijar de manera incontrovertida el objeto del proceso y subsanar los vicios posibles con el fin de contribuir a garantizar un proceso eficaz, regido también por el postulado de economía procesal. Se intenta en ambos casos sanear ese inminente procedimiento permitiendo que la autonomía de la voluntad precise aquellas condiciones o presupuestos que considera de obligado cumplimiento en su proceso.

⁴⁵⁵ Art.9.1 «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».

⁴⁵⁶ La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en su Exposición de Motivos establece los principios de oralidad, inmediatez y publicidad, como rectores del procedimiento civil.

pluralidad de actos procesales escritos y orales, según exijan las circunstancias del momento⁴⁵⁷.

La *preclusión* es un efecto correlativo a la división del proceso en fases, siempre necesaria, en mayor o menor medida, en todos los procedimientos⁴⁵⁸. La Ley de Arbitraje establece tres fases necesarias hasta la emisión del laudo arbitral, es decir, alegación (art.25.2), prueba (art.26), conclusión (art.29). En cada una de estas fases procesales no se ejercitan acciones sino derechos, de repercusión *intraprocesal*, y sujetos a plazos del mismo tipo⁴⁵⁹. Éstas existirán, de manera más o menos formal, a pesar de los acuerdos a los que lleguen las partes y constituirán un límite en la actuación del árbitro (art.25.1)⁴⁶⁰.

El legislador se muestra partidario de matizar este principio cuando se trata de disputas de orden civil⁴⁶¹ y, en el proceso arbitral, parece haber conseguido plasmar sus intenciones, pues, nada obsta a la admisión de un acto procesal, una vez precluido el término para su presentación. Esta concepción repercute de modo indudable en el principio de *improrrogabilidad* de los plazos procesales y atenúa el principio de *preclusividad*:

⁴⁵⁷ La oralidad favorece la búsqueda de la verdad material a través de un debate directo entre las partes y el árbitro, permite que, fruto de la inmediación, se adviertan signos externos que puedan ser decisivos en la valoración de la prueba, recabar información de forma más directa, etc.

⁴⁵⁸ MONTERO AROCA, J., (junto a otros), *Derecho Jurisdiccional I*, *op.cit.*, pág. 360.

⁴⁵⁹ Con ello pretendemos desechar aquellas posturas que, en aras de justificar la naturaleza contractual del arbitraje, argumentan la naturaleza civil de estos plazos. Para STAMPA CASAS, G., «Los plazos preclusivos en el arbitraje: Reflexiones sobre el art.25.2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje», *RCEA*, 1996, pág. 175, se tratarían de plazos sujetos a *caducidad* y no a preclusión.

⁴⁶⁰ La autonomía de la voluntad de las partes tiene fuerza de Ley entre las mismas incluso en lo que a los plazos se refiere. En este sentido, éstos serán indisponibles para las partes y para el árbitro aunque sujetos a matizaciones, según se verá.

⁴⁶¹ GIMENO SENDRA, V. (CORTÉS, V./MORENO, V.), *Derecho Procesal Civil*, COLEX, 1996, pág. 44, reconoce la voluntad que ya tuvo el legislador en 1984 al reformar la LEC tendente a suavizar la preclusividad e improrrogabilidad de los plazos cuando el transcurso del mismo no se deba a la desidia de las partes.

Hoy, aunque de modo matizado, la nueva LEC ya lo ha hecho realidad (art.271 y 435).

A favor de esta preclusión atenuada en el proceso arbitral, véase CHILLÓN MEDINA, J., y MERINO MERCHÁN, J., *op.cit.*, pág. 323 y SANTOS VIJANDE, J., «Consideraciones en torno...», *op.cit.*, pág. 1049.

- En primer lugar, aceptar el sentido atenuado del principio de improrrogabilidad de los plazos procesales supone admitir la posibilidad de que el árbitro admita alegaciones fuera de plazo, pero siempre bajo el límite del objeto del proceso y de que no haya mediado pronunciamiento en contra de las partes⁴⁶². Así mismo, queda enteramente prohibida la prórroga unilateral de un plazo, si éstas no la aceptaran.

- En segundo lugar, facultad del árbitro de admisión de actos extemporáneos alcanza incluso a la práctica de prueba⁴⁶³. Si la parte no propuso a su debido tiempo, puede ahora realizarlo de oficio el órgano arbitral (art.29)⁴⁶⁴. El límite se encuentra en la posibilidad que tienen las partes de reforzar este principio de preclusión por pacto previo⁴⁶⁵.

A priori, del tenor de la Ley, parece que nos encontramos ante la inmediación típica de los procedimientos orales, cuando se admite *la posibilidad* de repetir las pruebas si medió cambio en la persona del juzgador (art.28). Pero, se observa, que es una mera *posibilidad*, pues queda a opción del árbitro el que se realice el

⁴⁶² Si el árbitro debe buscar la verdad material en el laudo que dicte y si el instrumento del que dispone se halla regido por el principio de flexibilidad, nada obsta a que admita dicha alegación o prueba, bajo el límite de que éstas no excedan del *thema decidendi* y que se respeten los principios naturales del proceso (art.21.1). Por supuesto, la valoración que le dé a éstas quedará sujeta a la apreciación de buena fe en la persona del que alega o prueba fuera de tiempo.

Sin embargo, si las partes se muestran desde un principio partidarias de una preclusión *strictu sensu* esta decisión es fuerza de ley entre ellas y queda fuera del alcance del árbitro admitir alegación o prueba fuera de plazo, a pesar de su tendencia a la búsqueda de la verdad objetiva.

⁴⁶³ SAP Almería 11 mayo 1992, RCEA 1993, pág. 157, admite pruebas de oficio incluso en fase de conclusiones «dado que el artículo 25 (de la LA) *únicamente* impone al árbitro la obligación de fijar a las partes plazos preclusivos para alegar» pero en fase de pruebas la *voluntas legislatoris* parece no ser partidaria de fijarle plazos al árbitro.

⁴⁶⁴ Está ha sido la tendencia de la nueva LEC en su Art.435.2 cuando afirma que « Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

⁴⁶⁵ A nuestro parecer el acuerdo de voluntades de consuno es límite de obligado cumplimiento para el árbitro. No faltan pronunciamientos en sentido contrario como el que acabamos de observar pero parece desconocerse el propio fundamento de la institución. Si las partes pactaron la inadmisión de pruebas fuera de plazo, incluso las de oficio, han establecido una regla de procedimiento inderogable, *vid.* SAP Sevilla 20 diciembre 1996 RCEA 1997.

principio de inmediación –repetiendo consiguientemente las pruebas-, o bien que decida a partir de la documentación que se hizo de las mismas, conforme al principio de mediación.

La *confidencialidad* no depende de que el procedimiento sea oral o escrito. Se trata de una garantía que ofrece el arbitraje, tendente a asegurar a las partes, antes, durante y después del procedimiento, que cualquier información allí vertida tendrá el carácter de confidencial, con el fin de no causarles ningún tipo de perjuicio o desprestigio. Esta idea no la recoge la LA, pero la práctica internacional parece haberla materializado como uno de los aspectos más atractivos del arbitraje.

La publicidad de este procedimiento debe quedar garantizada por el árbitro encargado de que entre las partes exista una verdadera contradicción y, en este sentido, sí debe ser público el procedimiento entre ellas, pero la intervención de un fiscalizador quedará sujeta al consentimiento de ambas, y a la prevalencia que le den a la confidencialidad de las actuaciones.

En conclusión, la autonomía de la voluntad tiene poder constitutivo, es capaz de generar normas o reglamentación entre las partes⁴⁶⁶, en la medida que no contradiga el orden público y, por tanto, las normas imperativas de la LA o las del propio reglamento de arbitraje al que se sometieron las partes. La forma del *iter* procedimental, los actos procesales que consideren necesarios, el tiempo, el lugar, el idioma, etc., quedan a la voluntad expresa de las mismas que, si bien en el convenio pueden guardar silencio, nada empece a que lo hagan por escrito complementario.

⁴⁶⁶ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 1987, pág. 376.

2. El inicio del arbitraje: sus efectos

Acordado por las partes a quién le corresponde otorgar la tutela a estos derechos, debe dársele conocimiento para que acepte el cargo. A través de la aceptación, se determina el momento *a quo*, a partir del cual se da por iniciado el arbitraje, surge la heterocomposición y comienzan a correr los plazos procesales. Y esto es predicable tanto respecto de los casos de arbitraje *ad hoc* como de los supuestos de arbitraje diferido.

A. La notificación de la aceptación

La Ley de Arbitraje no establece un plazo positivo para aceptar, sino, al contrario, «los árbitros que no hubieran 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» (art.15). La notificación produce efectos *intraprocesales*, es decir, da lugar a la litispendencia arbitral y el comienzo del cómputo de plazo para formular alegación.

El art.22.1 LA exige dar comienzo inmediato tras la notificación, que debe ser escrita, aunque la comunicación de la aceptación se hiciera, con carácter previo, de forma oral. Tras ella queda afectado el principio de preclusividad, pues los plazos comenzarán a correr a pesar de que la parte no haya tenido un verdadero conocimiento⁴⁶⁷.

La intervención notarial es potestativa, salvo cuando lo que se comunica es el laudo⁴⁶⁸ y, si bien existe una tendencia jurisprudencial a realizarla conforme el

⁴⁶⁷ A este respecto debe ser aplicable la Doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por la que se entiende realizada la notificación, desde el momento en que se hicieron todos los trámites necesarios para dar conocimiento a la parte, con el fin de evitar fraudes, *vid.* STJCE 1 febrero 1996, (C-177/94).

⁴⁶⁸ Incluso en este supuesto de notificación del laudo, la intervención del notario no es condición de fehaciencia aunque sí resulta necesaria para la producción de la eficacia de cosa juzgada (SAP Ciudad Real 1 febrero 1994 (RCEA 1994, pág. 235).

art.59 Ley Procedimiento Administrativo⁴⁶⁹, con la nueva LEC/2000 ya no se justifica al facilitarse y viabilizarse los actos de comunicación. No obstante, la presente remisión aparece en los los arbitrajes en materia de propiedad intelectual⁴⁷⁰.

a. La litispendencia

En nuestra opinión, existe un salto cualitativo: ya no es un acuerdo de voluntades el que impide a un Juez entrar a conocer (art.39 LEC), sino que verdaderamente ha nacido un proceso⁴⁷¹.

- En relación al árbitro, supone que, tras la dotación de su autoridad, queda obligado a continuar con el procedimiento, sujeto a la obligación de *non liquet* y a que se desarrolle un proceso basado en las garantías constitucionales antes aludidas; tampoco se admiten cambios que afecten a la autoridad que se le atribuyó en dicho convenio: surge el efecto de la denominada *prepetuatio jurisdictionis* y adquiere, en este caso, los matices propios de su esencia, es decir, fundamentada, en los límites objetivos del convenio, a saber, la *arbitrabilidad* de la controversia y el concreto derecho dispositivo que convencionalmente se le

⁴⁶⁹ SAP Ciudad Real 1 febrero 1994 (RCEA 1994, pág. 235) y también LORCA NAVARRETE, J.M., *op.cit.*, pág. 338.

⁴⁷⁰ Esta técnica se ha utilizado en el procedimiento de arbitraje que se establece ante la *Comisión Mediadora y Arbitral para la Propiedad Intelectual* para las notificaciones que allí se realicen. Así, el art.153.1.b) LPI regula «La propuesta y cualquier oposición a la misma se notificará a las partes, de conformidad con lo dispuesto en los arts.58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992/2512, 2775 y RCL 1993/1783), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Proceso Administrativo Común».

⁴⁷¹ Negando tal posibilidad en materia arbitral véase GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Estudios de Derecho Procesal*, EUNSA, 1974, págs. 348-349 y *Idem*, «La litis-pendencia», *RDPr*, 1969, pág. 642; en la misma revista *vid.* también, SERRA DOMÍNGUEZ, M., 653 y ss.

Sin embargo, confirma nuestra postura PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal civil*, I, Aranzadi 1985, pág. 828 y CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en Derecho Español...*, *op.cit.*, págs. 98-99.

En la actualidad ya no ofrece duda alguna tal cuestión; pues ésta es la concepción mantenida por la nueva LEC.

atribuyó, fuera de los cuales no podrá pronunciarse so pena de anulación (art.45.4)⁴⁷².

- En relación a las partes, acontece algo similar con la denominada *perpetuatio legitimationis*. Sólo aquellas personas que se comprometieron convencionalmente, pueden ahora ser parte legitimada en el proceso arbitral. Cualquier modificación subjetiva, quedaba sujeta a nueva prestación de consentimiento.

Fruto de la litispendencia se impide a cualquiera de las partes que abra otro proceso en el que medie identidad objetivo-subjetiva en los mismos términos que quedaron establecidos en el convenio arbitral, por razones de economía procesal y por evitar decisiones contradictorias⁴⁷³ y, por último, queda sujeta a la obligación de oponer, en su caso, la presente excepción⁴⁷⁴, aunque cada vez más, la práctica arbitral se muestra contraria a tal control de parte y aboga por el control *a limine* de oficio de la validez del convenio arbitral, pues del derecho al proceso se trata⁴⁷⁵. Sus efectos sólo se producen tras la aceptación el encargo; si

⁴⁷² Sólo la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en un acuerdo complementario podría modificar este efecto típico de la litispendencia, alterando, no tanto su competencia, sino su jurisdicción. Es posible que se dé una modificación de las normas de derecho, pero ésta tampoco puede afectar al *ius dicere* del árbitro. Ejemplo de ello, sería la modificación objetiva por una ampliación legal de los supuestos de inarbitrabilidad, atendiendo a la publicización de intereses privados a la que estamos asistiendo en materia de derechos de explotación de los derechos de autor. Pudiera ser que el derecho dispositivo que había sido objeto de un convenio arbitral pasara a ser adispositivo con la consiguiente privación de la capacidad dispositiva y de la legitimación de su titular.

⁴⁷³ En torno a la función de dicha excepción véase, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Estudios de Derecho Procesal*, *op.cit.*, págs. 327 y 328; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «La litis-pendencia», *RDPr*, 1969, págs. 670 y ss.; CANO BAZAGA, E., *La litispendencia comunitaria*, Eurolex, 1997, págs. 21 y ss.; CHOZAS ALONSO, J.M., *La perpetuatio iurisdictionis: un efecto procesal de la litispendencia*, Comares, 1995.

⁴⁷⁴ En estos términos se ha pronunciado CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en Derecho Español...*, *op.cit.*, pág. 99 al negar la aplicabilidad en el arbitraje de la Jurisprudencia que admite la apreciación de oficio de la excepción (STS 25 febrero 1992, RJ 1992, 1552) «porque el no planteamiento de la excepción deberá interpretarse como una renuncia tácita al arbitraje pendiente, del mismo modo que la no proposición en tiempo y forma de la excepción de compromiso supone (...) una renuncia tácita a la eficacia excluyente de la jurisdicción que tiene el convenio arbitral».

⁴⁷⁵ ACUERDO 477/1997, de 19 de noviembre de 1997 del Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB núm.10, págs. 105 y 106) confirma que «el art.7 del Reglamento de este centro arbitral, (...) debe examinarse de oficio si existe entre las partes convenio arbitral válido y vigente, en aras al principio de economía procesal y por cuanto (...) la exclusión de la excepción de litispendencia entre el arbitraje y la Jurisdicción se funda precisamente en la existencia de sumisión a arbitraje. (...) Por ello adquiere especial

con anterioridad no se puede iniciar otro proceso, es por razón de la existencia del convenio.

b. La preclusión del plazo para alegar

Si los árbitros no se encuentran sujetos en el desarrollo del arbitraje a plazos determinados, parece ser que las partes sí⁴⁷⁶, y deben ejercitar sus derechos dentro del tiempo procesal que le indique el árbitro en la misma notificación de la aceptación de su cargo (art.25.2). El legislador parece haber querido asegurar unas *fases o tiempos* procesales en los que las partes, en igualdad de derechos, pueden delimitar el objeto del proceso que tal vez sólo se quedó pergeñado al producirse la *oferta* arbitral.

Cada parte deberá formular sus alegaciones iniciales en un plazo determinado, a partir del día siguiente en que se recibió la notificación o, si de un arbitraje institucional se tratara, a lo dispuesto en su reglamento deberemos de estar. Este sistema sólo puede ser modificado por voluntad expresa de las partes (*ex* art.25.1); la eficacia del principio de improrrogabilidad de los plazos procesales, queda a su voluntad, como excepción al principio de preclusividad. De ahí su calificación de preclusividad atenuada.

El espíritu que impregna el arbitraje ha obligado a doctrina y jurisprudencia a admitir las siguientes posibilidades⁴⁷⁷:

a) Es admisible la prórroga por *ambas partes* del plazo otorgado por el árbitro para formular alegaciones. Quien no puede abrir formalmente otro plazo es el árbitro;

relevancia la verificación *a limine* de la existencia de sumisión válida y vigente, aun cuando no haya sido oportunamente invocada por las partes».

⁴⁷⁶ Art.25 LA «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 laudo. 2. No obstante, los árbitros fijarán a las partes plazos preclusivos para formular alegaciones».

⁴⁷⁷ En tal sentido apunta CHILLÓN MEDINA, J., y MERINO MERCHÁN, J., *op.cit.*, pág. 323 y SANTOS VIJANDE, J., *op.cit.*, pág. 1049 y Sentencias que se citan en la nota siguiente.

b) Se permite la admisión de alegaciones o pruebas fuera de plazo destinadas a integrar el *thema decidendi*, siempre y cuando, no produzca una *mutatio libelli*. Es decir, una vez precluido el plazo para alegar (o probar) puede el árbitro admitir *ex tempore* este acto, si se tratare de *cuestiones colaterales* necesarias para la búsqueda de la verdad⁴⁷⁸.

3. Requisitos de los actos procesales

Dos aspectos importantes a la hora de establecer un arbitraje son los relativos al lugar e idioma de celebración del mismo. La LA ha pretendido dejar margen a la autonomía de la voluntad de las partes para que determinen la vinculación del procedimiento a un cierto territorio o para que se aseguren la posibilidad de ser oídas en la lengua que les parezca más adecuada, opción que nos parece más acorde si observamos las características transnacionales de la propiedad intelectual. Tales términos constituyen excepción procesal alegable, que impide entrar al fondo del asunto.

A. El lugar de celebración

La LA se aplica a los arbitrajes nacionales. Cuando las partes eligen en el convenio como aplicable la Ley de Arbitraje española, indirectamente, están delimitando la norma procesal supletoria y los órganos jurisdiccionales que auxiliarán al árbitro carente de *potestas*⁴⁷⁹. La designación determina y vincula a

⁴⁷⁸ Así se ha expresado la Doctrina y Jurisprudencia cuando afirma que «Los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del convenio pero tampoco se hayan viculados por una exégesis literalista y restrictiva, pudiendo resolver, no sólo las cuestiones consignadas en el convenio, sino también las que deban considerarse comprendidas en el mismo por inducción necesaria de sus palabras» SAP Pamplona 24 diciembre 1996, RGD 1997, pág. 13710. Si a esta afirmación le añadimos la reiterada admisión de alegaciones y prueba incluso en fase de conclusión (SAP Almería 11 mayo 1992, RCEA 1993, pág. 157) debemos concluir que «el art.25 LA únicamente impone al árbitro la obligación de fijar a las partes plazos preclusivos para formular alegaciones», que éstos son improrrogables de oficio pero que ello no es óbice a la admisión fuera de plazo de una alegación que no modifique el objeto del proceso.

⁴⁷⁹ Nada obsta para que las partes que eligen la Ley española decidan que el lugar de celebración sea el extranjero. El arbitraje será, entonces, extranjero –a pesar de tratarse de una interpretación excesivamente territorialista- y, evidentemente las repercusiones jurisdiccionales afectarán a país en cuestión. *Vid.* BARONA VILAR, S., (Coor. MONTERO), *Comentario breve...*, *op.cit.*, pág. 290 y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., (Coor. BERCOVITZ), *Comentario a...*, *op.cit.*, pág. 800.

un Juez de Primera Instancia a la hora de realizar la formalización judicial del arbitraje, adoptar una medida cautelar, auxiliar en la práctica de una prueba o ejecutar el laudo resultante, así como la Audiencia Provincial del lugar donde se hubiere dictado el laudo.

Vinculado un arbitraje a un determinado territorio, debe establecerse la sede física donde se desarrollará toda la actividad. Que el órgano arbitral se traslade fuera del local en cuestión, dependerá del tipo de actuación que se requiera. Al tratarse el arbitraje de un sistema *ad hoc* de resolución de conflictos, no existen cuestiones de competencia ni intromisiones de autoridad, salvo que se tratara de una actividad para la que el árbitro carece de potestad. Fuera de este caso, el órgano arbitral podrá realizar todo tipo de actuación fuera del local de celebración, en la medida que sea respetada la audiencia de las partes y que el traslado físico no vaya en detrimento de alguna parte o de la eficacia del propio arbitraje.

Cuando se le realiza la oferta al árbitro deben estipularse estos extremos como condición de la validez de la relación procesal arbitral y del arbitraje en general, pues son condiciones esenciales para que el árbitro se comprometa a cumplir fielmente su encargo⁴⁸⁰. Fijado el lugar (y el idioma) y aceptado el cargo, ni las partes ni el árbitro podrán escudarse en estas cuestiones para hacer fracasar el arbitraje.

Resta aludir al problema de las notificaciones. El principio de contradicción y audiencia queda supeditado al régimen que se estipule para notificar a las partes. A falta de mención expresa por la parte «se entenderá como domicilio el del

Obsérvese que si tan sólo se trata de ciertas actuaciones en el extranjero el arbitraje seguirá siendo nacional e incluso cuando la actividad total se realice en España pero el laudo final se dicte en el extranjero por razones de ejecutabilidad. Véase DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 417.

⁴⁸⁰ El Tribunal Supremo ha reconocido como nulo el convenio arbitral que no recoja el requisito del lugar de celebración no pudiendo reconocer como supérflua dicha condición (STS 22 septiembre de 1987, RJ 1987, 6189).

propio interesado o, en su caso, el de su representante». Consideramos posible la remisión a la LEC/2000 (arts.149 y ss.) pues, de haber sido otra la voluntad del legislador, hubiera plasmado de modo expreso el régimen de notificaciones, al igual que lo hizo al regular el arbitraje ante al Comisión Arbitral y Mediadora de la Propiedad Intelectual cuando remite al la Ley de Procedimiento Administrativo.

B. *El idioma del procedimiento*

La Ley de Arbitraje, nuevamente, establece un sistema supletorio para los casos en los que no ha habido mención expresa de las partes (o del reglamento del centro, en su caso), indicando que, a falta de ésta, corresponde al árbitro determinar la lengua del procedimiento bajo dos limitaciones.

Se exige que la lengua no sea desconocida para ambas partes y que se trate de una lengua oficial en ese territorio. Resulta razonable que una de las partes, como mínimo, deba conocer el idioma elegido por el tribunal y que, a la otra, se le asegure la traducción de todas las actuaciones. Pero incluso el árbitro puede elegir un idioma desconocido para las partes, siempre que, éste sea la lengua oficial del lugar de celebración y la contradicción quede asegurada .

4. La postulación

Aunque el art.21.3 de la LA solo reconoce la doble posibilidad a las partes de «actuar por sí mismas o valerse de abogado en ejercicio», no se establece un *ius postulandi*, sino al contrario, cualquier tercero designado por ellas podría representar y defender sus intereses. Tal afirmación la creemos extensible tanto al arbitraje de equidad como al de derecho, porque los conocimientos técnicos procesales para actuar mediante el uso de este instrumento procesal, deben exigirse en ambos casos. Además se trata ésta de una gran ventaja del sistema arbitral al permitir la especialización del árbitro y la de los representantes de las partes pues, en ocasiones, no importa tanto la experiencia profesional de la parte

representante como práctico del derecho, sino por sus conocimientos especializados en una determinada materia. Esta especialidad resulta altamente atractiva para las partes titulares del derecho de propiedad intelectual por la complejidad que entrañan.

Dicho esto, no consideramos que la *defensa* por un letrado sea obligatoria en un proceso arbitral, celebrado en derecho⁴⁸¹ o en equidad. Se trata de una defensa potestativa, cuya retribución, llegado el caso, no podría intentar incluirse en el pago de costas⁴⁸². En segundo término, el mismo carácter puede predicarse de la *representación*. La LA habilita a la parte para que actúe por sí misma o se valga de abogado en ejercicio. Por las mismas razones expuestas, no debe existir óbice alguno para admitir como representante en el proceso, a un tercero cualquiera, sea abogado o cualquier técnico de la especialidad que fuere, por la razón de que se trata de un mandato de representación voluntaria; en puridad, no se trata tanto de la representación técnica que llevaría a cabo un procurador, sino de una representación y defensa conjuntas, tanto de derechos procesales como materiales.

Mediante poder expreso, la parte podrá habilitar a un tercero para que le represente en determinadas actuaciones o durante todo el procedimiento arbitral, teniendo éste como límite el mismo poder del mandato. Será, por tanto, nula cualquier actuación sustantiva o material⁴⁸³, que afecte a la declaración de voluntad de la parte.

No creemos que dicho mandato deba constar en escritura pública (art.1280.5 Cc) ante notario o *apud acta*⁴⁸⁴ sino que basta el documento privado firmado por

⁴⁸¹ En sentido contrario se muestran los partidarios de la tesis jurisdiccionalista como SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios...*, *op.cit.*, pág. 599

⁴⁸² No existe en este supuesto un mecanismo de corrección de posibles desigualdades entre las partes que asiste con abogado de la que se presenta personalmente sin defensa alguna.

⁴⁸³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 382. En el mismo sentido encontramos también, LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje...*, *op.cit.*, pág. 332.

⁴⁸⁴ MACARELL NAVARRO, M.J., (Coor. MONTERO AROCA), *op.cit.*, pág. 119.

la parte que desea ser representada⁴⁸⁵. Este problema se resuelve ante un arbitraje institucional, donde ese documento privado puede ser revisado por el centro con el fin de afianzar ese poder.

5. La inactividad de las partes

En el arbitraje la oferta y aceptación del cargo se presenta *funcionalmente* como una suerte de demanda en el sentido de que «se pasa (en ese preciso momento) de una relación jurídico material privada en conflicto, mantenida sólo entre particulares, al planteamiento de un litigio»⁴⁸⁶.

En el arbitraje desaparece «el enfrentamiento institucionalizado»⁴⁸⁷, es decir, la actividad del árbitro puede ser rogada, por cualquiera de ellas o de forma conjunta. Lo importante es que exista un objeto y una dualidad de posiciones enfrentadas, tanto cuando ambas sean demandantes o demandadas, pues se trata siempre de peticiones contrarias.

A. La inactividad de ambas partes

Cuando se plantea la posibilidad de que las partes puedan permanecer inactivas, un primer interrogante lo aportará el hecho de que el objeto de la controversia se encuentre o no delimitado, pues las consecuencias son, a nuestro parecer, enteramente distintas. La doctrina no parece mostrarse muy acorde al respecto, tomando como base la imprecisa afirmación del art.22.2 y la obligación de fallar que de ella se deriva⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., (Coor, BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 381 y STS 31 octubre 1986 (6066), SABarcelona 11 noviembre 1994, RCEA 1995, pág. 283, SAP Mallorca 14 mayo 1992, RCEA 1993, pág. 229 donde se dice que «la facultad de someter la decisión de las contiendas mediante entre las partes a un proceso arbitral exige mandato expreso, sin que el simple apoderamiento concebido en términos generales baste».

⁴⁸⁶ MONTERO AROCA, J., (junto a otros), *Derecho Jurisdiccional II*, *op.cit.*, pág. 142.

⁴⁸⁷ LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje...*, *op.cit.*, pág. 356.

⁴⁸⁸ Conviene recordar aquí el tenor de los preceptos 22.2 y 25.2 LA. Art.22.2 «La inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni le privará de su eficacia» y Art.25.2 «No obstante, los árbitros fijarán a las partes plazos preclusivos para formular alegaciones».

1. Si del convenio se deduce escueta e imprecisamente la controversia, tras la oferta seguida de la inactividad de las partes, parece que la Ley impone una obligación de fallar al árbitro, lo que, en la práctica, le hace irremediamente continuar con el proceso, respetando los principios de contradicción y audiencia y sin retrotraer los actos ante la intervención de cualquiera de las partes⁴⁸⁹.

Por nuestra parte, no nos mostramos enteramente de acuerdo con dicha postura. Atribuida la autoridad al tercero, la postura negativa de ambas partes debiera dar lugar al archivo de las actuaciones pues, ni las partes muestran voluntad de seguir con el procedimiento, ni el árbitro puede, conforme a los principios rectores del proceso arbitral, actuar de oficio⁴⁹⁰. Los principios de oportunidad y dispositivo requieren, no tanto de un periodo *formal* de alegaciones, sino de peticiones concretas en el escrito de oferta o en una posible comparecencia. Técnicamente nos encontraríamos, pues, con un *desistimiento* de la parte actora⁴⁹¹.

En conclusión, la inactividad absoluta de éstas en fase de alegación, sólo vincula al árbitro cuando aceptó con conocimiento de la controversia –y en su caso de la pretensión-. La afirmación del art.22.2 LA se debe de entender en el sentido de que la inactividad de *cualquiera* de las dos partes no impedirá continuar al árbitro, pero siempre que uno de ellos formule alegaciones al

⁴⁸⁹ SANTOS VIJANDE, J., «Consideraciones en torno... », *op.cit.*, pág. 1057 y DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, págs. 430 y ss.; MASCARELL NAVARRO, M.J., (Coor.MONTERO), pág. 123.

En sentido contrario, PRIETO-CASTRO, L., «Una nueva regulación de l arbitraje», *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1964, pág. 477.

⁴⁹⁰ Sus poderes son mucho más amplios que los otorgados al Juez en el proceso civil. Puede integrar el *thema*, puede pedir la práctica de pruebas, puede aceptar una de éstas fuera de plazo, pero excede de la naturaleza del proceso arbitral la actuación inquisitiva y de oficio en fase de alegaciones. Si así fuere, no habría proceso, pues son antagónicos los términos «inquisitivo» y «proceso».

⁴⁹¹ En tanto el convenio no caduque, podrá la actora volver a ejercitar su derecho a acudir al arbitraje y reivindicar la tutela de su derecho material que se deriva del contrato y del convenio arbitral.

El desistimiento es «el acto procesal del demandante en virtud de cual abandona o hace dejación del proceso iniciado a su instancia provocando su terminación sin pronunciamiento sobre la pretensión que, al quedar imprejuzgada, puede ser admisiblemente interpuesta como objeto en un proceso posterior», ORTELLS RAMOS, M., (MOTERO/ GÓMEZ COLOMER/ MONTÓN) *Derecho Jurisdiccional II*, *op.cit.*, pág. 305 y ss.

respecto⁴⁹². Cierta actividad mínima alegatoria es imprescindible en el arbitraje⁴⁹³.

Como vemos, la obligación de fallar del órgano arbitral (art.22.2) queda sujeta a la necesidad de que las partes hayan mínimamente alegado (art.25.2) y ello por las siguientes razones:

- La flexibilidad del procedimiento arbitral no debe sobrevalorarse⁴⁹⁴;
- Una suerte de actividad alegatoria es imprescindible porque «el juicio del (árbitro) no puede hacerse sobre hipótesis sino sobre realidades. Es parte de la estructura mínima procesal»⁴⁹⁵.

2. En segundo término, podemos encontrar una inactividad conjunta, pero acompañada de una falta absoluta de determinación de la controversia⁴⁹⁶. Ante esta situación y citadas las partes para que realicen sus oportunas alegaciones se entenderá que, por no mediar el principio dispositivo, no ha lugar a continuar con el arbitraje y el árbitro, tras archivar las actuaciones, quedará exonerado de cualquier responsabilidad.

B. *Inactividad del demandado*

En el proceso civil recibe tratamiento la postura mantenida por el demandado, que no comparece ante la citación del Juez para alegar (*rebelde*), y la de aquel

⁴⁹² Si observamos el proceso civil verbal, por ser el más parecido a éste, comprobamos que la incomparecencia del demandante se entiende como *desistimiento* con la correspondiente condena en costas «y se le condenará a indemnizar al demandado comparecido, si éste lo solicitare y acreditare los daños y perjuicios sufridos» (art.442 LEC).

⁴⁹³ Lo que no quiere decir que si la controversia se delimitó y existen peticiones concretas sea preceptiva la apertura *formal* de una fase de alegaciones. El árbitro, en estos casos, para eximirse de responsabilidad debiera dar a las partes tal posibilidad alegatoria.

⁴⁹⁴ El hecho de que el principio de libertad formal rija el arbitraje, no empece para que se tenga que se tenga que delimitar mínimamente la controversia y formular peticiones una vez iniciado el mismo. Si en el escrito de oferta se disponen los hechos, razonamientos, peticiones concretas y se acompaña el convenio arbitral, no ha lugar a abrir un periodo formal de alegaciones y surge de modo inmediato para el árbitro la obligación y continuar con el procedimiento hasta dictar laudo (art.22.2).

⁴⁹⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (junto a otros), *Introducción al Derecho Procesal*, op.cit., pág. 250.

⁴⁹⁶ Nos referimos al supuesto en que un convenio tan sólo aludiera a cláusulas del tipo siguiente: «se someterán a arbitraje las futuras controversias que se deriven de la presente relación contractual».

que comparece pero no alega. Sin embargo en un proceso arbitral no se puede hacer tal distinción, por la razón de que la LA no lo hace.

En el arbitraje técnicamente es posible que la parte demandada se muestre inactiva desde el primer momento, pero se trata de una situación de hecho a la que no se le pueden hacer acarrear los efectos específicos de la rebeldía por la propia naturaleza que tiene el arbitraje. Podría entenderse que esa inactividad lleva implícita, una resistencia pero, de ningún modo, puede dar lugar a la publicación de este estado procesal en el Boletín oficial de la provincia, a la retención de bienes inmuebles o adopción de cualquier medida cautelar, etc.⁴⁹⁷.

El demandado inactivo podrá, en cualquier momento, personarse en el proceso arbitral e, incluso, alegar pero sin lograr una retroacción de las actuaciones; es decir, el árbitro no puede negar a la parte que alegue, siempre que no se modifique el objeto del proceso, delimitado en esas alegaciones en las que injustificadamente⁴⁹⁸ no participó.

6. Posibles actitudes activas del demandado

La parte demandante que mantenga una postura positiva o activa siempre va a alegar, a pedir la apertura del pleito a prueba, concluir y esperar el pretendido laudo arbitral, salvo que durante el mismo desista o renuncie. Es la parte demandada quien ofrece mayores posibilidades en el proceso.

A. Personación y oposición

Es posible que el demandado que contesta, alegue la concurrencia de alguna causa que imposibilite al árbitro conocer del fondo del asunto, bien por existir una relación jurídica procesal mal constituida, o bien porque pretenda hacer valer

⁴⁹⁷ En el mismo sentido encontramos, RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, Bosch, 1992, pág. 461; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II, op.cit.*, pág. 153.

⁴⁹⁸ En este caso no sólo sería objeto de anulación conforme al art.45.2 LA sino que podría ser causa de revisión (art.37) si hubiera mediado maquinaciones fraudulentas.

razones que afectan al fondo del asunto y que impidan el reconocimiento de la pretensión del demandante (art.23 LA).

a. Causas de oposición

La LA (art.23) tan sólo ha pretendido aludir a una única clasificación, a saber, las que atienden a las causas que afectan a la *jurisdicción o poder de decisión del árbitro* y a su *falta de competencia objetiva*. Aunque el legislador haya guardado silencio, la existencia de *excepciones procesales*, justifica la admisión de unas causas de naturaleza *material*, por concurrir hechos impeditivos, extintivos o excluyentes que hagan que se desestime la pretensión formulada. Tanto en un caso como en otro, la propiedad intelectual puede tener sus repercusiones, sobre todo, por razón del elemento público que a veces le reconoce el legislador al privar de su disponibilidad material y procesal al titular de los derechos de explotación.

1. Causas relativas a la relación procesal

El demandado pretende poner de manifiesto que la relación jurídica-procesal entre estos sujetos se encuentra quebrada por diferentes motivos.

a') *Causas que afectan al poder arbitral*: Caducidad, nulidad e inexistencia del convenio, etc. ponen de manifiesto una defectuosa constitución del convenio arbitral e implica que el tercero decisor no tiene poder para pronunciarse. Se trata de causas que deben formularse al plantear las alegaciones iniciales pues, si verdaderamente no tiene poder el tercero, no existe heterocomposición y debe ser éste un tema tratado *a limine*.

Como solo la falta de competencia objetiva recibe tratamiento de oficio (art.23.3), se equipara con el supuesto en cuestión⁴⁹⁹, con el fin de poder aplicar

⁴⁹⁹ Véase entre otros a MASCARELL NAVARRO, M.J., (Coor, MONTERO), *op.cit.*, pág. 130. Por nuestra parte nos parece más oportuno no estimar dicha identificación conforme también lo hacen

analógicamente el mandato en cuestión, aunque en realidad, ese árbitro no adolece de falta de competencia, sino de jurisdicción.

b') *Causas que afectan a la parte*: Puede que el autor sea menor de edad, que actúe sin poder de representación (voluntaria y legal), que se le haya privado de su disponibilidad material y procesal, por versar el objeto sobre derechos de simple remuneración, etc. Todo ello impide al árbitro continuar con el procedimiento. Incluso también es posible excepcionar la falta de *litisconsorcio*⁵⁰⁰. Por ejemplo, una pretensión condenatoria de cesación de la comunicación pública en el ámbito doméstico de los hoteles y demás complejos, por impago de derechos debe provocar la intervención de todas las partes, bien a través de las asociaciones de tal tipo, bien individualmente. Es una obligación para el árbitro cuidar «que el litigio se ventile con presencia de todos aquellos que puedan resultar afectados por el fallo (...), evitando así la presencia de sentencias contradictorias o de imposible ejecución, porque la consecución de los efectos pretendidos en el juicio exige la concurrencia de aquellas personas que, por ser titulares de un interés suyo personal, atraen la conceptualización de litisconsortes y han de integrarse en la relación procesal, a fin de no quedar quebrantado, en definitiva, el principio de que nadie puede ser condenado sin antes ser oído y vencido en juicio». Lo que indudablemente se hará necesario es un nuevo consentimiento. Éste se presenta como uno de los mayores problemas del arbitraje.

c') *Causas objetivas*: Las razones por las que el demandado puede oponerse en relación con el objeto del proceso pueden ser variadas:

- Por un lado, si el objeto versa sobre la transformación de una obra y el derecho moral que sobre ella se tiene, habrá una inarbitrabilidad por razones

LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje...*, op.cit., págs. 356 y ss. y DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., (Coor. BERCOVITZ), op.cit., pág. 397.

⁵⁰⁰ SAP Palmas de Gran Canaria 17 julio 1996, TAB núm9, págs. 63 y SAP Barcelona 8 julio 1997, TAB núm.9, pág. 92.

objetivas o materiales (art.2.1.a) y b) LA)⁵⁰¹; si la demandante carece de legitimación por tratarse de un derecho de gestión colectivas o la delimitación del objeto del proceso ha versado sobre aspecto que, aún siendo arbitrables, no han sido sometidos a arbitraje, podrá mediar causa de oposición. Así se deduce también de la doble clasificación del art.45.4 en relación con las causas de anulación.

-Por otro lado, encontramos que el demandado puede oponerse por haberse producido la *eficacia de cosa juzgada* en un proceso anterior o por existir *litispendencia judicial o arbitral*. Todas ellas afectan al objeto del proceso. Igualmente, puede quedar afectada la relación procesal si medió modificación del *idioma* o del *lugar de celebración* del arbitraje.

2. Causas relativas al fondo

El demandado puede oponerse a las peticiones del actor alegando nuevos hechos en el debate, que impiden o deshacen los efectos jurídicos que atribuye la Ley a lo que el demandante pretendió. Estos hechos pueden ser *impeditivos*, *extintivos* o *excluyentes*.

Los primeros se refieren a aquellos hechos que impiden desplegar la eficacia de los constitutivos alegados por la parte demandante. Es decir, se trataría de un contrato firmado con una entidad de gestión para que explote una obra teatral. El demandado debe admitir que el contrato de explotación se firmó, pero puede alegar y probar la falta de causa o de consentimiento.

Los hechos extintivos, en segundo lugar, suprimen la eficacia derivada de unos hechos constitutivos que ya desplegaron su eficacia normal, pues el aludido

⁵⁰¹ Nos referimos a aquellos aspectos de la propiedad intelectual que son indisponibles para su titular y, por tanto de orden público, por ser irrenunciables (derecho moral) o por encontrarse íntimamente unidos a un aspecto indisponible (derecho de transformación).

contrato se realizó con éxito. Si la entidad de gestión verdaderamente pagó los derechos derivados de esa obra en concreto extinguió la contraprestación debida.

Por último, el demandado puede alegar la concurrencia de unos hechos excluyentes de la eficacia pretendida con los hechos constitutivos de la demanda. Si el autor aplazó el pago de sus derechos de explotación a la terminación de una gira, el demandado deberá alegar este hecho para que el árbitro lo tenga en cuenta y admita la causa de oposición y desestime la pretensión.

b. Tratamiento procesal

Se trata de causas alegables por ambas partes desde el momento en que cualquiera de los comprometidos pueden ser actores o demandantes; corresponde a éstas oponerse al contestar recíprocamente a sus demandas, tan pronto como realicen sus alegaciones iniciales (art.23.1). No olvidemos la eficacia que en el arbitraje juega la doctrina de los actos propios, de forma que, ante la falta de oposición puede producirse una novación contractual o nuevo convenio arbitral para aquellas causas que sean subsanables.

Legalmente, el control de oficio solo viene establecido para la «falta de competencia objetiva» (art.23.3), aunque debe hacerse extensible a toda causa que tenga la consideración de insubsanable (falta de jurisdicción, inarbitrabilidad, falta de legitimación), por afectar al poder de decisión⁵⁰², sin perjuicio de que también puedan ser alegadas por ambas partes. Sin embargo, cuando una materia sea subsanable (falta de competencia objetiva en materia arbitrable), tan sólo será oponible por la parte demandada. Corresponde a la autonomía de la voluntad definirse a través del silencio o de un nuevo pronunciamiento, pues, en definitiva, el demandante está realizando una nueva delimitación del objeto del litigio que

⁵⁰² Es reiterada la Jurisprudencia que ha encontrado lógico dicho requisito si nos atenemos a la obligación que tienen los magistrados en fase de anulación de controlar la validez del convenio arbitral y los posibles vicios que afectaran al mismo.

en el convenio fijó. El demandado debe poner de manifiesto el exceso cometido, so pena de crear un nuevo consenso o convenio⁵⁰³.

Se entiende, así, la tendencia internacional de habilitar a los árbitros para que realicen el control de la denominada *competencia de su competencia*; es decir, gozan de un poder autónomo que les habilita para verificar su propia jurisdicción y decidir sobre ella^{504 505}, desde el momento que se le oferta el encargo. Esta facultad es, en puridad, independiente del convenio pues, si éste fuera nulo, también lo sería dicho poder de control. Es la *oferta* que se le hace al árbitro la que le atribuye tal *obligación*, por la razón de que si acepta sin controlar la situación, queda sujeto a posibles responsabilidades. Por esta misma razón, se limita el poder del órgano jurisdiccional en la formalización judicial de un arbitraje, restringido a controlar esa «voluntad inequívoca de someterse» (art.42.1), porque *ab initio* se ha de controlar la correcta constitución de poder. Corresponde a las partes, acto seguido, la delimitación del alcance *objetivo* de su poder, es decir, de su competencia objetiva.

⁵⁰³ Posiciones conformes con esta idea la mantienen, entre otros, LORCA NAVARRETE, J.M., *op.cit.*, págs. 355-356 y ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «El procedimiento de arbitraje», *Justicia*, 1989, pág. 931 frente a MASCARELL NAVARRO, M.J., (Coor. MONTERO), *op.cit.*, pág. 131.

La Jurisprudencia ha sido tanjante al respecto. Así se ve en su SAP Madrid 7 noviembre 1995 (RCEA 1996, pág. 114) cuando afirma que si «la parte que se cree asistida de la causa de falta de competencia objetiva, no la opondrá al árbitro en fase de anulación está concertando con la otra un genuino convenio arbitral que extiende la originaria competencia objetiva a las cuestiones que se plantea el árbitro para su decisión».

⁵⁰⁴ En torno a estos conceptos, LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje...*, *op.cit.*, pág. 356 y ss. y STALEV, Z., «La “competencia-competencia” de los tribunales arbitrales», *op.cit.*, págs. 533 y ss.; MERINO MERCHÁN, F. y CHILLÓN MEDINA, F., *Tratado de arbitraje...*, *op.cit.*, págs. 306, 719 y 720; MEZGUER, *Ensayos in memoriam de Eugenio Minoli*, UTÉT, 1974, pág. 321; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *op.cit.*, pág. 131; GARCÍA RUBIO, P., «El convenio arbitral en la Ley...», *op.cit.*, pág. 77; ALBALADEJO GARCÍA, M., «El artículo 8 de la nueva Ley de Arbitraje», *AC*, 1990, pág. 75.

⁵⁰⁵ Internacionalmente dicha competencia se encuentre recogida en los reglamentos de los Centros de arbitraje internacional e incluso en la propias legislaciones nacionales, atribuyéndose dicho control a los propios árbitros, al Centro al que se le atribuye la gestión e incluso a lo que se ha denominado un tribunal de segunda instancia creado en el mismo convenio y dirigido a resolver cualquier cuestión incidental que surja durante el procedimiento arbitral, véase STALEV, Z., «La “competencia-competencia” ...», *op.cit.*, 538.

c. Procedimiento.

Unánimemente la doctrina se decanta por reconocer como momento idóneo para formular oposición la fase de alegaciones iniciales, siguiendo el tenor literal de la Ley. No obstante, las causas que dijimos que eran insubsanables⁵⁰⁶ debe permitirse ponerse en conocimiento del árbitro en cualquier momento del procedimiento, pues, de no ser así, serán motivo de anulación con posterioridad por afectar al poder de decisión del mismo en el asunto que se le presenta. Su puesta de manifiesto impedirá al órgano arbitral continuar, en caso de estimar la causa de oposición, pero nada obsta para que, *ipso facto*, se diera una nueva declaración de voluntad expresa para el caso de que el poder de decisión no se encuentre bien configurado.

El procedimiento para oponerse es sencillo, basado en la contradicción, donde cada parte alegará aquello que considere oportuno en torno a la causa, e incluso, se practicará prueba si fuera necesario. Si el árbitro admitiera la causa de oposición, quedará expedita la vía judicial y la decisión en cuestión resultará irrecurrible⁵⁰⁷. A la parte interesada en el arbitraje siempre le queda la posibilidad de iniciar un proceso judicial y de intentar hacer valer su convenio y las razones que en el momento alegó. Si por el contrario el árbitro inadmitiera la causa de oposición, el procedimiento arbitral deberá continuar y dicha causa se podrá hacer valer nuevamente al intentar la anulación del laudo ante el Audiencia Provincial.

El legislador parece haber querido crear un verdadero *derecho al recurso* para el sujeto que se opuso, pero su causa fue inadmitida por el árbitro. La duda estriba en saber en qué motivo de los expuestos en el artículo 45 podría

⁵⁰⁶ Es decir, falta de jurisdicción, inarbitrabilidad y legitimación.

⁵⁰⁷ Afirma MASCARELL NAVARRO, que en nada afecta su irrecurribilidad al tratarse de un laudo «de contenido «procesal» pues la «confirmación» o anulación del laudo por la Audiencia Provincial no añadiría nada a la posibilidad que ya tenían las partes de acudir a los órganos judiciales», (Coor. MONTERO), *op.cit.*, pág. 132.

incardinarse dicho intento de oposición⁵⁰⁸. Tanto en lo relativo a la falta de competencia objetiva (núm.4), como para los casos de falta de jurisdicción (núms.1 y 2), el presente artículo es claro al respecto, pero la duda se plantea en relación a aquellas otras causas que no son aquí incardinables⁵⁰⁹.

B. Personación y contestación a la demanda: las pretensiones

Llegado este punto, los procedimientos civil y arbitral presentan las mismas características casi en su totalidad. Ni la institución arbitral, ni el tipo de derechos subjetivos que a través de ella se resuelven, modifican esta fase de contestación a la demanda.

a) Si tras el traslado de la demanda el demandado no se opone, debe proceder a formular *resistencia* contra de las peticiones formuladas por el demandante en su escrito de alegaciones. La resistencia en el proceso arbitral, al igual que en el

⁵⁰⁸ Art.45 «El laudo sólo 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 la cuestión principal.
5. Cuando el laudo arbitral fuera contrario al orden público.

⁵⁰⁹ Que el legislador no haya recogido motivo de anulación para estos casos de *inadmisión de las causa de oposición* supone:

- Que ha quedado afectada la jurisdicción del árbitro que decidió;
- Que el legislador reconoció un derecho al recurso y luego no creó el cauce oportuno al no ser incardinable en los motivos de anulación del laudo;
- Que resulta inadmisibles que ciertas causas sí posean cauce oportuno, claro y conciso, de anulación y otros motivos no reciban el mismo tratamiento.
- Las causas a las que nos referimos afectan a la jurisdicción del árbitro, por lo que queda afectada la posibilidad de optar libremente entre la vía judicial y la arbitral.

proceso civil, no es un acto necesario⁵¹⁰ pero, si se emite, deben alegarse hechos que impidan que se le condene, bien por razones de forma o de fondo. Por este motivo, no constituyen resistencia ni el posible allanamiento que realice el demandado, ni tampoco su reconvencción. Tras la contestación, es posible encontrar un nuevo periodo de contraalegaciones articulado a través de lo que se denomina réplica y dúplica.

Dentro de la contestación a la demanda, el demandado puede adoptar diferentes posturas: 1. Por un lado, puede optar por la admisión expresa de los hechos alegados por la demandante, la cual los convierte en indiscutibles y vinculantes para el árbitro; 2. Frente a ésta cabe la admisión tácita, que los convierte en *ficta confesio*; 3. La negativa de los mismos puede conllevar la apertura de un periodo de prueba para establecer los hechos sobre los que el juzgador basará su decisión.

El procedimiento arbitral, aunque basado principalmente en la oralidad, también requiere de cierta *eventualidad*⁵¹¹. A pesar del silencio legal, las partes presentarán todos los documentos procesales y materiales que deban acompañar a la demanda y su contestación, es decir, desde cualquier documento privado tendente a que se desestime la pretensión por razones de fondo, al poder de representación voluntaria o legal con el que actúa el representante.

La contestación a la demanda puede hacerse de modo oral o escrito, siempre que se deje constancia documental a efectos de probar que se dio la oportuna contradicción y audiencia y para que, de la lectura de los autos, el posible nuevo árbitro se dé por informado. Si se contesta por escrito será suficiente con que quede identificada la parte, su domicilio a efecto de notificaciones (art.24.3), los

⁵¹⁰ El art.22.2 LA intenta dejar claro que la actividad arbitral continua a pesar de la inactividad de las partes.

⁵¹¹ Aunque ésta sea propia de los procedimientos escritos por razones de economía procesal siempre es aconsejable, sin perjuicio de presentar esos documentos en una posible comparecencia con posterioridad.

hechos y fundamentos, jurídicos o no (según se trate de un arbitraje de derecho o de equidad), fecha y firma, así como los documentos que estime pertinentes. Fruto de la litispendencia así como del efecto derivado de la preclusión, quedará ahora prohibida la transformación del objeto a través de la contestación a la demanda con cualquier alegación *ex tempore* que le admitan.

b) En relación a las posibles pretensiones a interponer en esta fase de declaración del derecho, como cualquier otro proceso dispositivo, pueden ser de tres tipos:

- En primer lugar, las pretensiones de *condena* consisten siempre en una prestación; especialmente en el arbitraje, las más frecuentes son las de tipo económico (resarcimiento por uso indebido del repertorio, entrega de la taquilla resultante de una obra representada sin autorización del autor, etc.), pero no son las únicas; perfectamente se puede encontrar pretensiones de carácter más genérico, como podría ser la condena a la ejecución de una determinada obra teatral, comunicar una obra musical, exhibir fotografías o cualquier obra artística o, por el contrario, la consistente en un no hacer, como dejar de comunicar o utilizar un determinado repertorio.

- Igualmente posible es que el objeto del proceso arbitral verse sobre la existencia o inexistencia de una determinada relación contractual o una situación, negocio o acto jurídico; ejemplo de pretensiones *mero declarativas* sería el reconocimiento del contenido de un determinado derecho de explotación adquirido sobre una obra, la declaración del incumplimiento de las condiciones estipuladas en un contrato de edición por parte de la empresa editorial, el reconocimiento de un derecho a seguir representando una obra sin autorización previa, etc. No encontramos óbice alguno a admitir la pretensiones

merodeclarativas autónomas de una de condena, al no existir en la Ley de Arbitraje prohibición alguna⁵¹².

- Por último, con mayor dificultad en el arbitraje, es posible que se pretenda la creación, modificación o extinción de una relación o situación jurídica, negocio o acto; ejemplo de ello sería, la petición de extinción del contrato celebrado con una determinada entidad para la gestión de un derecho o editorial, etc.

C. La reconvencción

La reconvencción también obedece a criterios de oportunidad y economía procesal y podría ser objeto de un proceso independiente⁵¹³. Frente a la postura de resistencia, puede que el mismo demandado decida también pretender en contra del que incoó el proceso arbitral. No procederá, sin embargo, reconvencción cuando la pretensión que se interponga sea inarbitrable, por tratarse de la transformación de una obra que afecta a derechos morales o por exceder de la relación jurídica controvertida determinada en el convenio arbitral, pues no se sometió a su competencia el control del acuerdo marco celebrado con la asociación que incumplió el contrato. La *conexión objetiva* entre ambas pretensiones en este caso es necesaria en la medida que se integre dentro de la relación sobre la que se consintió.

Una última cuestión dentro de la reconvencción es la relativa a la *legitimación pasiva*. El demandado, ahora demandante, tan sólo puede dirigir la demanda reconvenccional contra la parte demandante titular de la relación jurídica material con la que firmó el convenio o, en su caso, contra su representante.

⁵¹² En esta Ley no existe una prohibición similar a la establecida en el art.219 LEC/2000 con los efectos preclusivos que a ella le otorga el art.400 del mismo cuerpo.

⁵¹³ MONTERO AROCA, J., (BARONA/COLOMER/MONTÓN), *Derecho Jurisdiccional III, op.cit.*, pág. 173; PRIETO CASTRO, L.; *Derecho Procesal civil, op.cit.*, pág. 116.

D. *El allanamiento*

Esta institución procesal tiene su razón de ser en el principio dispositivo. Se trata de una declaración de voluntad del demandado por la que se aviene a todo o parte de lo dicho y alegado por la parte demandante, por lo que el árbitro deberá dictar el laudo tomando como base la postura del actor.

Se trata de un acto unilateral y dispositivo del demandado o su representante que pasa a formar parte de la sentencia estimatoria de la pretensión. Debe de ser expreso, bien de forma escrita u oral, total o parcial y sólo el orden público limita la capacidad dispositiva de la parte (art.21 LEC/2000). Si partimos de que la confección del convenio y el control del mismo actuaron como tamiz, no existe peligro de afectar derechos irrenunciables, como el derecho de remuneración compensatoria, por ejemplo.

7. La fase probatoria

El órgano decisor debe llegar al convencimiento de los datos alegados, base de su decisión. Esta fase es necesaria siempre que existan hechos controvertidos.

La analogía con el sistema probatorio de la LEC, responde a una razón clara, a saber, el hecho de ser un *arbitraje ritual*. No extraña, por tanto, dicha remisión del artículo 26 al sistema de la LEC por ser aplicables los aspectos de la prueba recogidos por la Ley, así como las máximas de experiencia aplicables en un arbitraje de equidad⁵¹⁴. Tan sólo parece apreciarse diferencia en relación a la valoración de la prueba, pues el árbitro de equidad debe realizar una apreciación libre de la misma conforme a su leal saber y entender⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Art.26 «Los árbitros practicarán a instancia de parte, o por propia iniciativa, las prácticas que estimen pertinentes y admisibles en Derecho. A toda práctica de prueba serán citadas y podrán intervenir las partes o sus representantes».

⁵¹⁵ Además, la Jurisprudencia ya se ha encargado de asegurar que la valoración que se le dé a la prueba no es causa de anulación del laudo arbitral (SAP Barcelona 10 marzo 1992, RCEA 1993, pág. 164).

A tenor de lo dispuesto en el artículo 26 LA, la aportación de parte y la investigación oficial se aproximan en la medida en que, el principio dispositivo lo permite⁵¹⁶. Si al poder que allí se le atribuye a un árbitro no es manifestación de una suerte de oficialidad, debe, como mínimo afirmarse, que se trata de las denominadas diligencias para mejor proveer^{517 518}. Lo que parece evidente es que se reconocen en el órgano decisor ciertas facultades materiales de dirección del proceso, sin que supongan la negación del principio dispositivo, aunque sí una clara concesión al de investigación oficial⁵¹⁹. No faltan pronunciamientos a favor de reconocer en la persona del árbitro el poder de apertura del pleito a prueba por sí mismo, a través de «informaciones complementarias»⁵²⁰ o aquellos que se decantan por reconocer expresamente una auténtica quiebra de este principio dispositivo⁵²¹.

Junto a la aportación de parte, la Ley permite la posibilidad de que sea el árbitro quien determine los *medios* de prueba que estime pertinentes para llegar a su convencimiento⁵²², en tanto en cuanto, se haga sobre la base de los hechos y fuentes que aportaron las partes. Esto no es incompatible con el principio dispositivo⁵²³.

⁵¹⁶ Art.26 «Los árbitros practicarán a instancia de parte o por propia iniciativa, las pruebas que estimen pertinentes y admisibles en derecho...».

⁵¹⁷ En este sentido, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «El procedimiento de arbitraje», *Justicia* 1989, pág. 938.

⁵¹⁸ SAP Barcelona 20 diciembre 1993, RCEA 1994, pág. 226.

⁵¹⁹ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Civitas, 1996, pág. 317 y GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho Jurisdiccional II*, *op.cit.*, pág. 266. Esta novedad también la encontramos en el art.29.b) Ley General de la Publicidad o el art.26 Ley de Competencia desleal, *vid.* LORCA NAVARRETE, J.M., «Cuestiones procesales relativas a la publicidad ilícita», *La Ley*, 1989, pág. 1096 y BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, 1998, pág. 278.

⁵²⁰ LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje...*, *op.cit.*, págs. 389 y 392.

⁵²¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 438.

⁵²² En este sentido encontramos a CORDÓN MORENO, F., *op.cit.*, pág. 103.

⁵²³ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil...*, *op.cit.*, pág. 110.

Resta decir que todo el sistema probatorio debe quedar salvado por el principio de *contradicción o audiencia*, conforme a la jurisprudencia hoy sentada en torno a estos conceptos; la negativa a admitir un medio de prueba considerado impertinente no puede entenderse como una violación del derecho a ser oído y, por tanto, presentarse como causa de anulación del laudo⁵²⁴. Consecuentemente, deberá dejarse constancia documental de las mismas, sobre todo, atendiendo a la posibilidad de sustitución del árbitro (*principio de mediación*)⁵²⁵ recogida por el art.28 de la Ley y, en segundo término, por la unificación de fases que suele darse en el procedimiento probatorio donde con la petición de recibimiento del pleito a prueba se propondrán los diferentes medios⁵²⁶. Como acontece en el juicio verbal, se parte de la base de que la petición, admisión y práctica se realiza de modo oral en la comparecencia o audiencias.

A. Medios de prueba

El árbitro debe observar si los medios de prueba de los que dispone cumplen los requisitos de admisibilidad, es decir, pertinencia, utilidad e incluso licitud en la forma de obtención de los mismos. Es aplicable aquí toda la doctrina⁵²⁷ y

⁵²⁴ SAP Barcelona 11 noviembre 1996, TAB núm.9, pág. 74; SAP Sevilla 18 enero 1993, RCEA 1994, pág. 248 y SAP Valencia 22 de junio de 1994, RCEA 1995, pág. 261. Alguna Jurisprudencia ha admitido la necesidad de formular protesto ante la inadmisión de una prueba a efectos de poder anular el laudo con posterioridad (STS 30 mayo 1987, RJ 1987, 3853).

⁵²⁵ Efectivamente, no puede considerarse de otro modo por la razón de que el árbitro sustituto formará su convicción sobre la base documental de esas actuaciones y no sobre lo visto y oído de modo directo de las fuentes de prueba. Pero no debemos perder de vista que dicha quiebra no es más que una posibilidad opcional del árbitro y de las partes y que el tenor literal de la Ley parece animar a éste a que se repitan.

⁵²⁶ Ante el silencio del legislador respecto a esta duplicidad de fases quedará a expensas de la voluntad de las partes o del reglamento y, subsidiariamente, a lo que digan los árbitros. También el ATC 701/1988, 6 de junio, reconoce la posibilidad de denegar la apertura de la fase de pruebas si no considera pertinente la práctica de la misma y así lo fundamenta.

⁵²⁷ Aunque con carácter general, véase, entre otros, en materia de prueba MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil...*, op.cit.; SENTIS MELENDO, S., «Fuentes y medios de prueba», *La prueba*, Ed. Europa-América, 1978 y también en *Estudios de Derecho Procesal, I*, 1978; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, op.cit., págs. 355-391; CORDÓN MORENO, F., op.cit., pág. 103; LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de arbitraje...*, op.cit., pág. 389.

La jurisprudencia arbitral existente en torno a las pruebas versa -casi en su totalidad- sobre los principios que rigen esta fase y sobre las posibilidades que tiene o no el árbitro en materia de prueba, según hemos visto. Por lo que se refiere a medios de prueba se entiende que existe una remisión a la LEC y que a todo lo allí dispuesto deberán las partes y el árbitro sujetarse. En todo caso, la Jurisprudencia

jurisprudencia existente en relación al proceso civil. Se trata de un sistema de *numerus apertus*, sin olvidar los limitados poderes que tiene el árbitro para extenderse más allá de lo que la autonomía de las partes puede permitir. Nos referimos a aquellas pruebas cuya práctica requiere de la colaboración de un tercero y, por tanto, del auxilio jurisdiccional.

a) Con *el interrogatorio de las partes* se habilita a la parte para pedir el interrogatorio de la otra e, incluso, puede ser que cualquiera de éstas confiesen bajo juramento, admitiendo o negando unos hechos determinados como controvertidos⁵²⁸. En el supuesto de que el conflicto derivara de un contrato de edición, la confesión podría versar sobre el reconocimiento de que los ejemplares en cuestión no fueron vendidos.

b) Partiendo de la modificación que en la actualidad ha sufrido el concepto de documento, el régimen al que somete la LEC/2000 y Código Civil a los documentos públicos y privados resulta igualmente aplicable en materia arbitral; los mismos problemas que presentan los medios audiovisuales en la *prueba documental*⁵²⁹ del proceso civil los encontramos aquí⁵³⁰. Si añadimos los conocimientos especializados que pueden concurrir en la persona del árbitro, las nuevas formas en que se presenta un documento puede que posean mayor sentido para el mismo, sin tener que acudir a una pericial para su comprensión. La simple presentación del documento es prueba en sí misma.

existente hace hincapie sobre la pertinencia de los medios de prueba y, en especial, sobre el hecho de que la negativa a admitir un medio no es causa de anulación.

⁵²⁸ A tenor de los arts.302 y ss. Se trata de un interrogatorio de preguntas, formulados en sentido afirmativo y con claridad sobre los hechos sobre los que tal interrogatorio haya sido admitido. La falta de asistencia a este interrogatorio puede ser considerada por el tribunal como una *ficta confesio*.

Si una de las partes actuó mediante representación legal o voluntaria, deberá asumir como suya la declaración realizada, responsabilizándose de los perjuicios que de dicha actuación se pudiera derivar.

⁵²⁹ SANCHIS CRESPO, C., *La prueba por soportes informáticos*, Tirant Lo Blanch, 1999.

⁵³⁰ Hoy, tras la nueva LEC parece haberse superado tal problema cuando admite como medio de prueba «cualesquiera otros instrumentos que permiten archivar y reconocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso»; también, continua la ley, «por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores» que sirvieran para obtener certeza (art.299).

Los documentos escritos deben también presentarse junto con la demanda, sin perjuicio de las facultades atribuidas al árbitro, aunque sean de aplicación las excepciones del artículo 265 LEC⁵³¹. Si la presentación de alguno de ellos requiere de la actividad de un Registro, exhibición de un tercero, etc., el árbitro puede, como tercero dotado de autoridad, coadyuvar en la solicitud de ese documento, pero carece de potestad alguna para coaccionar y obligar a su presentación. Para ello goza del auxilio judicial, a pesar de las dilaciones que conlleva. La prueba de informes que puede solicitarse a una entidad de gestión o al Ministerio de Cultura sobre antecedentes documentales preexistentes, será uno de esos supuestos que, normalmente, requerirá de la participación judicial.

Los documentos públicos serán vinculantes para el árbitro, tanto en los arbitrajes de derecho, como en los de equidad. Los documentos privados verificados son prueba legal y, los firmados reconocidos por una sola parte, quedarán sujetos a una valoración conjunta, sin perjuicio de intentar su prueba por otros medios. La impugnación de cualquiera de estos documentos requerirá del cotejo pericial (art.320, 322 y 334 LEC).

c) La *prueba pericial* en este arbitraje sobre materia tan especial parece adquirir un tinte diferente. Al poder reunir la persona del árbitro la condición de especialista-técnico sobre el objeto de pericia, en la práctica, podrá interpretar el documento por él mismo y decidir sobre su validez, resultando así la práctica de

⁵³¹ El artículo 269 de la LEC confirma que para ser admitido un documento fuera de plazo deberá: 1º. Ser de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales; 2º. Tratarse de documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia; 3º. No haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el apartado segundo del artículo 265, o en su caso, el anuncio al que se refiere el número 4º del apartado primero del artículo 265 de la presente Ley.

2. Cuando un documento, medio o instrumento sobre hechos relativos al fondo del asunto, se presentase una vez precluidos los actos a que se refiere el apartado anterior, las demás partes podrán alegar en el juicio o en la vista la improcedencia de tomarlo en consideración, por no encontrarse en ninguno de los casos a que se refiere el apartado anterior.

la pericial una prueba inútil⁵³² porque el sentido de ésta se adquiere cuando faltan estos conocimientos sobre ciertos hechos o máximas de experiencia. Tal afirmación nos hace pensar que carece de tal naturaleza probatoria; simplemente se trataría de una verificación por parte del árbitro de unos hechos que aportan las partes y sobre los que él puede emitir su valoración gracias a su especialización en la materia.

Sin embargo no se trata ésta de una postura garantista. Durante un arbitraje puede que se cambie al árbitro elegido como especialista en la materia: una vez ante el nuevo árbitro ¿debería repetirse el medio de prueba?. La especialización, en todo caso, será muy útil a la hora de valorar la prueba, pues sabrá cómo concluir respecto del dictamen del experto, pero, efectivamente, tal repetición se haría necesaria para poder informar al árbitro sustituto y para valorar e interpretar el sentido técnico de la fuente de prueba⁵³³.

El auxilio judicial para la práctica de esta prueba en los casos de falta de conocimientos en el árbitro no es necesario, desde el momento en que la LEC no establece como obligatoria para el perito la aceptación de su cargo. Si el Juez no puede obligar a éste a aceptar, carece de sentido acudir a dicho auxilio. Por último, la valoración de la prueba es libre por lo que el árbitro puede apreciar conforme a las reglas de la sana crítica (art.348).

d) En el procedimiento arbitral puede llamarse a un tercero que presencié hechos extraprocesales pasados para que *testifique* sobre lo acontecido, teniendo en consideración por la falta de poder de coerción del que adolecen los árbitros de forma tal que, de negarse el testigo a declarar, deberá el árbitro acudir al auxilio judicial.

⁵³² ESCURA, A., «La prueba pericial en el proceso arbitral», *TAB*, núm.9, pág. 9.

⁵³³ Por esta razón el régimen de recusación que establece el art.124 y siguientes de la LEC, sería de aplicación sólo cuando el tercero nombrado perito incurriera en una de esas causas; sin embargo, la recusación del árbitro basada en tales conocimientos, no posibilita catalogarle de *arbiter suspectus*, salvo que verdaderamente hubiera «emitido dictamen» con anterioridad (art.219.5 LOPJ). Pero se trata de conocimientos que posee el árbitro por los que, precisamente, fue elegido.

El testigo es la fuente de prueba, su testimonio es el medio. La propuesta de este medio requiere que se haga por escrito reflejando, a su vez, las preguntas que se le pretenden formular sin perjuicio de que la oralidad que caracteriza este procedimiento permita un interrogatorio más o menos libre al árbitro y a las partes. El sistema es el establecido en el art.360.LEC y siguientes: este medio queda sujeto al hecho de que el árbitro estime la pregunta pertinente y útil. Señalado el día y hora de la testifical se realizarán las preguntas y repreguntas propias de este tipo de pruebas y podrá tacharse a cualquiera de los testigos propuestos, si no hubiera confesado la existencia de una causa de inhabilidad.

También ante esta prueba el árbitro podrá realizar una valoración libre de las declaraciones que se hagan.

Siguiendo las normas establecidas para el proceso civil, se podrá *tachar* a los testigos por concurrir en ellos las inhabilidades de los artículos 1246 y 1247 Cc. o por las establecidas en el art.377 LEC. En el procedimiento arbitral el turno de preguntas y repreguntas deberá ser libre aprovechando el antiformalismo del mismo y con el fin de darle un verdadero sentido y eficacia a esta prueba⁵³⁴. Igualmente existirá una lista de testigos, sin que ello obste a que el árbitro admita a alguno cuyo testimonio considere necesario para la aclaración de los hechos.

e) Puede ser que el árbitro se traslade a inspeccionar o reconocer por él mismo los hechos objeto de prueba. En este tipo de prueba va a ser frecuente el recurso al auxilio judicial, pues para inspeccionar el local, salón, o lugar en cuestión se requiere de la autorización del titular, por suponer una injerencia en su esfera personal.

La solicitud de esta prueba se puede realizar de modo escrito u oral con especificación de la pertinencia, utilidad, lugar y de los medios mecánicos que puedan necesitarse para la práctica de la misma. Si la práctica la puede realizar

⁵³⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios...*, *op.cit.*, págs. 377-378 .

directamente el árbitro será necesaria de la presencia de un secretario que deje constancia de lo visto. Si la realiza, por el contrario, un Juez, deberá dar fe del resultado pues, quebrado el principio de inmediación, corresponde al árbitro decidir conforme a lo documentado en autos. Si la LEC permite a las partes concurrir, con mayor razón, debiera permitir al árbitro presenciar la práctica de dicha prueba si así lo considera oportuno consiguiéndose, de este modo, una inmediación absoluta y asegurada con el fin de que el propio árbitro se sintiera más vinculado por lo allí visto, sobre todo, por la valoración libre que esta prueba suele tener en la jurisprudencia. La presencia del árbitro aseguraría la eficacia de la prueba y se sentiría más vinculado por lo que ha podido constatar por él mismo.

f) Las presunciones sirven para que un órgano arbitral pueda presumir al realizar la valoración de una prueba. Se requiere, bien de una norma expresa de presunción que le permita crear ese nexo entre el indicio y el hecho presumido – que sólo le vinculará ante un arbitraje de derecho- o, en su caso y a falta de ésta, de una absoluta certeza «según las reglas del criterio humano» (art.1253 Cc.), la sana lógica o el buen criterio. No son consideradas medio de prueba sino que se trata de un razonamiento que se hace incluso de modo inconsciente, pero que «tiene una gran importancia práctica a la hora de fijar los hechos probados» y se encuentran presentes en todo pronunciamiento judicial o arbitral⁵³⁵.

B. Procedimiento probatorio

Partiendo de la libertad formal que asegura la LA, debemos comprobar cuáles son los mínimos imprescindibles en la fase de proposición y práctica de la prueba pues, si bien un posible recurso de anulación no podrá entrar a valorar la interpretación que se hizo de ella, si que debe velar por la forma en la que ésta se desarrolló.

⁵³⁵ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil...*, op.citpág. 104.

En principio, al tratarse de un procedimiento eminentemente oral se presuponen estas fases, pero su rigor formal dependerá de la decisión de parte. Será en la comparecencia cuando soliciten al árbitro la apertura del pleito a prueba proponiendo, en ese mismo momento, las pruebas que pretende practicar; esta será una primera fase a documentar por el secretario, cuando las partes presentan sus medios de prueba y esperan del árbitro una resolución destinada a fijar la admisión o no de éstas y el término de su práctica. Admitido el medio de prueba por pertinente y útil corresponde al árbitro en ese preciso momento la fijación del término en el que debe ser practicada dicha prueba con citación de las partes o sus representantes. La fecha de práctica se acuerda en dicha comparecencia y sólo es prorrogable por acuerdo de las partes⁵³⁶; tan sólo cuando se trata de un auxilio judicial, excede de su capacidad dispositiva la determinación de la fecha y en este sentido sí se trata de un plazo extraordinario.

Por último, aceptadas las pruebas y fijado el término, corresponde al árbitro pasar a la práctica de las mismas, conforme a la LEC. Nada dice la LA sobre la posibilidad de practicar la prueba anticipadamente (art.239 y ss. LEC) aunque, en nuestra opinión, no existe óbice al respecto, si tenemos en cuenta la tendencia antiformalista que permite la práctica de prueba incluso fuera de plazo; además, porque una testifical anticipada puede ser también necesaria en el procedimiento arbitral y condicionante del sentido del laudo⁵³⁷.

C. El auxilio judicial

Debido a la falta de potestad que tiene el árbitro y a la capacidad de limitar coactivamente los derechos, la LA le permite acudir al auxilio judicial cuando deba practicar pruebas que exceden de su autoridad o «no puedan efectuar por sí

⁵³⁶ La Jurisprudencia ha admitido la necesidad de prórroga expresa de partes para poder abrir un nuevo periodo de prueba pero no faltan los pronunciamientos que aceptan pruebas en el último día del plazo establecido para practicar, siempre que medie buena fe y que se practique con la debida contradicción (SAP Valencia 22 junio 1994, RCEA 1995, pág. 261).

⁵³⁷ La Doctrina tampoco parece hacer mayor mención. Una breve reseña al respecto la encontramos en ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «El procedimiento de arbitraje», *Justicia* 1989, pág. 937.

mismos» (art.27). Se trata de una obligación porque, de otro modo, incurrirían, de no hacerlo, en responsabilidad⁵³⁸. Corresponde, con exclusividad, al árbitro la solicitud de este auxilio, de modo que, ante la declaración de impertinencia de una prueba por parte del árbitro, cuya práctica requería del auxilio judicial, la parte sólo podrá esperar a la anulación del laudo, pero no podrá acudir ante el órgano jurisdiccional.

La Ley ha creado una cierta confusión en torno al órgano jurisdiccional ante el que debe presentarse dicha solicitud. No siempre coincide el «lugar donde se desarrolle el arbitraje» (art.27) con «el lugar donde deba (...) ordenarse la diligencia probatoria» (art.43). La doctrina, mayoritariamente se muestra partidaria de asumir la interpretación que parece más lógica, a saber, la que entiende que se debe de ir directamente ante el Juez de Primera Instancia del lugar donde deba practicarse la prueba⁵³⁹, pues de otra manera implicaría una dilación por la necesidad de acudir a la figura del exhorto entre Jueces⁵⁴⁰.

Otra incertidumbre que presenta la figura del auxilio judicial en el arbitraje es la relativa a los dos posibles juicios que recaen sobre la admisión de la prueba solicitada. Por un lado, corresponde al árbitro decidir sobre la pertinencia de la prueba pero, por otro, el Juez deberá rechazar fundadamente «la práctica de pruebas contrarias a las Leyes, sin que contra sus resoluciones quepa recurso alguno» (art.44). Se ha afirmado que el control de la legalidad y pertinencia de una prueba conlleva la necesidad de entrar al fondo del asunto pudiendo, entonces, denegar la práctica de la misma por considerar que el arbitraje es nulo⁵⁴¹. Indudablemente excede de la competencia del Juez el control del fondo o

⁵³⁸ ORTELLS RAMOS, M., (Coor. MONTERO), *Comentario breve...*, *op.cit.*, pág. 149.

⁵³⁹ LORCA NAVARRETE, J.M, *Derecho de arbitraje...*, *op.cit.*, pág. 396; MORENO CATENA, V., «Análisis crítico del proyecto de Ley de Arbitraje», *Estudios de Derecho de Arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1988, pág. 199.

⁵⁴⁰ DE ÁNGEL YAGÚEZ, R., *op.cit.*, pág. 446.

⁵⁴¹ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «La intervención jurisdiccional en el arbitraje», *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, (Coor. LORCA NAVARRETE), Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1989, págs. 57-58.

de la validez del mismo convenio, como ha concluido el mismo autor, pues para ello existe el recurso de anulación. El órgano jurisdiccional ha de limitarse a controlar, según le exigen los arts.11.1 y 2 LOPJ y 7 Cc., que las pruebas no se encuentren prohibidas o sean ilícitas, pero no la pertinencia de las mismas, pues eso forma parte de la autoridad del árbitro, su auxilio se limita a la ejecución de las mismas.

8. Fase de conclusiones

Practicadas las pruebas, los árbitros podrán acordar que las partes o sus representantes se pronuncien, a la vista de los resultados de las mismas. El art.29 LA no dice nada más al respecto, por lo que se entiende de aplicación, en la medida de lo posible, la Ley Procesal civil (art.433). La apertura de esta fase será obligatoria para el árbitro si así lo estipularon las partes y hubo práctica de prueba aunque fuera de modo anticipado. En los demás casos, será potestativa aunque lo normal es encontrarla, como momento en el que se recapitulan los hechos objeto de debate, el resultado de las prácticas y el derecho o solución a aplicar, según se trate de un arbitraje de derecho o de equidad.

Es posible el planteamiento de ciertas alegaciones, incluso llegada esta fase procesal. No es ésta una cuestión carente de problemática a tenor de todo lo dicho al tratar el art.25.2 LA. Allí admitíamos la posibilidad de alegar fuera del plazo estipulado por el árbitro, siempre que no implicara modificación sustancial del objeto del proceso y se diera la posibilidad de contradecir a la otra parte. Tras lo dicho, cierta actividad alegatoria en sentido amplio o impropio debe entenderse admitida⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ En este sentido encontramos a ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional II*, *op.cit.*, pág. 270; SANTOS VIJANDE, J., «Consideraciones en torno...», *op.cit.*, pág.1053 y 1054; MASCARELL NAVARRO, M.J., (Coor. MONTERO), *op.cit.*, pág. 157; DE LA OLIVA, A., (y FERNÁNDEZ LÓPEZ), *Derecho Procesal civil*, Eunsa, 1993, pág. 368.

En contra, *vid.*, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «El procedimiento arbitral», *op.cit.*, pág. 939.

9. El laudo arbitral

Al resultado al que se llega tras toda la actividad llevada a cabo por el árbitro es el laudo arbitral. Si bien la LA hace una regulación muy escueta del procedimiento arbitral, su Título V delimita pormenorizadamente los mínimos exigidos para que el laudo arbitral sea eficaz.

En materia de propiedad intelectual podemos encontrar dos tipos posibles de laudos arbitrales, según la decisión se haya adoptado conforme a derecho o a equidad. En ambos casos el procedimiento es el mismo, a excepción de la motivación, aunque cierta motivación siempre es necesaria, con el fin de evitar laudos irracionales⁴⁵⁰.

A. Forma del laudo

El art.32 LA no deja lugar a dudas sobre la forma en la que debe dictarse el laudo. No es posible un laudo dictado *in voce* (art. 245.2 LOPJ), sino que únicamente podrán dictarse por escrito⁴⁵¹. Éste «deberá 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. (Además) el laudo será motivado cuando los árbitros decidan la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho».

Dos elementos básicos en el laudo son, el *lugar* y su *fecha* de emisión. Con el primero, indirectamente, se determina la competencia funcional del Audiencia Provincial que, en su día, conocerá de un posible recurso de anulación o la del Juez de Primera Instancia, que deberá proceder a ejecutar el laudo o que adoptará una medida cautelar. A su vez, este «lugar» ya desempeñó un papel muy

⁴⁵⁰ BARONA VILAR, S., «El laudo arbitral de consumo», *op.cit.*, pág. 17; CORDÓN MORENO, F., «El arbitraje en Derecho Español», *op.cit.*, pág. 115 y PANTALEÓN PRIETO, F., «Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje», *op.cit.*, pág. 125.

importante durante el *iter* del procedimiento, pues sirvió para determinar la competencia del Juez que debía formalizar el arbitraje o practicar una determinada prueba o, incluso, el idioma en que éste debió celebrarse.

El «tiempo», por su parte, representa –entre otros términos- el *derecho al recurso* que le otorga el legislador a las partes, el derecho de aclaración de los puntos confusos, así como, el tiempo del que dispone la parte para esperar un cumplimiento voluntario o proceder a una ejecución forzosa. Ambos son, por tanto, requisitos de derecho necesario. Es, sin lugar a dudas, el aspecto que delimita hasta cuándo el árbitro tiene poder de decisión en ese litigio y a partir de qué momento puede ejercitarse el derecho a la tutela judicial del que se hizo dejación en el convenio. Cualquier pronunciamiento fuera de plazo será nulo⁴⁵².

Salvo mención expresa de ambas partes, el plazo para dictar un laudo será de seis meses a contar a partir de la última aceptación del cargo arbitral o desde el día en el que se produjo la última de las sustituciones (art.30.1 LA) y, de tratarse de un arbitraje administrado por un centro, deberá de estarse a lo dispuesto en su reglamento. Si bien *dies a quo*, como vemos, puede resultar un tanto impreciso a pesar de su relevancia, no ocurre lo mismo con el *dies ad quem*, establecido como el día de protocolización notarial del laudo.

El cómputo de este plazo para laudar es, conforme a su naturaleza, procesal⁴⁵³. A pesar de la indudable virtualidad que tiene la autonomía de la voluntad durante

⁴⁵¹ De hecho, éste se considera por doctrina y jurisprudencia un requisito *ad substantiam*.

⁴⁵² STS 10 abril 1991 (RJ 1991, 2683) y CORDÓN MORENO, F., «El arbitraje en el Derecho Español», *op.cit.*, pág. 113 y OTERO LASTRES, J.M., «Plazo para dictar el laudo arbitral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 20 de mayo de 1982», *RCEA*, 1984, núm.1, pág. 88.

Véase en este sentido la STS 6 octubre 1987 que argumenta que «...es de tan riguroso cumplimiento el requisito de la oportunidad temporal, que la emisión tardía del laudo lo vicia de esencial nulidad por haber cesado la potestad del árbitro para proceder a la resolución del conflicto al no haber observado el término que le fue contractualmente fijado para desempeñar su cometido».

⁴⁵³ SAP Madrid 6 octubre 1997, *RCEA* 1998, confirma que «el plazo no es civil sino procesal, lo que conlleva el descuento de los días inhábiles...». Véase en este mismo sentido, SSAP Madrid 1 julio 1994 y 30 abril 1996.

este procedimiento, no puede tratarse de un cómputo civil⁴⁵⁴. Solo si así lo pactaran expresamente, pudiera reconocérsele tal naturaleza⁴⁵⁵.

Entre tanto, cabe que se modifique el plazo para dictar ese laudo a través de la *prórroga* del mismo por las partes y siempre que se realice «antes de la expiración del plazo inicial» (art.30.1 *fine*) y, acorde con el espíritu antiformalista que informa la LA, bastará cualquier medio que deje constancia de esta voluntad⁴⁵⁶. Cualquier acuerdo fuera de plazo supone la realización, no tanto de una prórroga, sino de un genuino convenio arbitral «de contenido implícitamente idéntico al del convenio primitivo, salvo en lo relativo al plazo para dictar el laudo»⁴⁵⁷.

Otra posibilidad que ofrece el arbitraje es que transcurra el plazo estipulado por acuerdo o por Ley, sin que el árbitro haya dictado el laudo. Transcurrido ese plazo, el convenio arbitral debe entenderse ineficaz y se deja paso a un posible inicio de la vía judicial y a una posible reclamación indemnizatoria frente al árbitro que no cumplió fielmente su encargo. Afirma RIVERO HERNÁNDEZ que se trata de una ineficacia *ex lege*, y no le falta razón, aunque nuestra argumentación es diferente tomando como base la tesis mixta que aquí mantenemos⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ En contra, *vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., (Coor.) BERCOVITZ, *op.cit.*, pág. 502, cuando afirma que «si se le permite a las partes señalar un plazo para emitir el laudo distinto del legal, nada debe impedir que ellas mismas puedan dictar reglas de su computación distintas también de la legal».

⁴⁵⁵ STS 1 octubre 1990, RJ 1990, 7458 y SAP Baleares, 17 enero 1995.

⁴⁵⁶ En relación a tal prórroga o, incluso, en la estipulación del plazo para laudar, nos parece adecuado darle formalmente un tratamiento similar al exigido para el convenio. De esta forma, debe de hacerse por escrito y dudamos de la posible admisión de un consentimiento tácito, sin perder de vista el valor que la doctrina de los actos propios tiene en el arbitraje. Deberíamos de estar al caso concreto con el fin de corroborar en qué supuestos puede entenderse o no que hubo una aceptación tácita de tal prórroga.

⁴⁵⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., «Notas sobre la nueva Ley de arbitraje», *op.cit.*, pág. 125.

⁴⁵⁸ *Vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., (Coor.) BERCOVITZ, «No se trata, pues, de un agotamiento de la competencia o de la jurisdicción de los árbitros (explicación grata a las teorías jurisdiccionalistas sobre la naturaleza del arbitraje), como decían también algunas sentencias del Tribunal Supremo bajo la legalidad anterior, sino que es cuestión puramente contractual: el convenio arbitral deviene ineficaz *ex lege*» *op.cit.*, pág. 515.

Por último, resta aludir al efecto que produce la *sustitución* del árbitro en relación al plazo para dictar laudo. La Ley habla de dos sustituciones *temporalmente* muy diferentes. Según el art.30 el plazo de seis meses comienza a correr desde que se realizó la última de las sustituciones durante la constitución del tribunal arbitral; nada tiene que ver con la interrupción del plazo del art.28 cuando medie sustitución tras la fase probatoria⁴⁵⁹.

b) Las circunstancias personales de las partes y de los árbitros también aparecen reflejadas en el laudo por voluntad del legislador, aunque basta con que del contexto del laudo se puedan determinar⁴⁶⁰, a efectos de una posible futura ejecución. Si de una persona jurídica se trata bastará con determinar su razón social.

c) Dentro de este contenido mínimo que debe recoger el laudo arbitral, parece necesaria cierta delimitación más o menos precisa de la controversia. Con ello se pretende dejar constancia de su arbitrabilidad, su congruencia, las pruebas sobre las que basa su decisión. También las aportaciones de conocimiento que se le han hecho al árbitro deben coincidir con los pronunciamientos que éste llevará a cabo en la parte dispositiva del laudo, de ahí que se constituyan como una mención necesaria⁴⁶¹. En última instancia se trata de una garantía del principio de contradicción o audiencia.

d) La motivación del laudo arbitral resulta, en principio, imprescindible en el arbitraje de derecho al igual que ocurre con las sentencias judiciales (arts.32.2 LA y 120.3 CE). Con ello, se pretende argumentar jurídicamente el sentido de la solución para evitar arbitrariedades. Efectivamente, siguiendo a CORDÓN

⁴⁵⁹ Véase en este sentido la SAP Tenerife de 24 noviembre 1997, RCEA 1998, y el comentario de ésta realizado en esa misma sede por BARONA VILAR, S.

⁴⁶⁰ LORCA NAVARRETE, J.M., *Manual de Derecho de Arbitraje*, Dykinson, 1997, pág. 992.

⁴⁶¹ Afirma RIVERO HERNÁNDEZ, F., que «aunque no es necesario, quizá, recoger (...) todos los fundamentos jurídicos que éstas invoquen (...) sí deben incluirse aquellos que tienen transcendencia en la individualización jurídica de la acción y pretensión ejercitadas por cada parte, porque son hechos básicos o, mejor, fundamentos fácticos de la decisión arbitral, *op.cit*, pág. 32.

MORENO, a pesar de la exclusión expresa que el Alto Tribunal ha realizado, con el fin de que no se aplique el citado precepto constitucional en materia de laudos de equidad, cierta motivación siempre es exigible en dichos laudos «porque también en ellos parece necesario (...) conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada»⁴⁶² y porque, en definitiva, como correctamente también ha entendido LORCA NAVARRETE, «una insuficiencia de esos motivos o su exposición contradictoria o irracional, equivaldría a la ausencia de aquellos, lo que entrañaría la nulidad del laudo en equidad debido al carácter de orden público que es posible atribuir a esa insuficiencia y exposición contradictoria. Lo que supondría la posibilidad de solicitar la nulidad del laudo a través del núm.5 del art.45 LA»⁴⁶³

e) A la hora de adoptar la decisión arbitral, la LA exige que se adopte por el sistema de mayorías y permite, ante posiciones encontradas, que la decisión la adopte el árbitro presidente del tribunal. Esta apuesta legal ha sido objeto de numerosas críticas pues, si bien se trata de asegurar el éxito del arbitraje, atenta contra la propia libertad de las partes que decidieron acudir a un órgano arbitral colegiado. En estos supuestos «el presidente no está facultado legalmente para actuar como un super-árbitro, salvo que las partes le otorguen esa facultad»⁴⁶⁴.

⁴⁶² CORDÓN MORENO, F., «El arbitraje en el Derecho Español», *op.cit.*, pág. 115. En el mismo sentido PANTALEÓN PRIETO, F., «Notas sobre la nueva Ley de arbitraje», *op.cit.*, pág. 125 y BARONA VILAR, S., «El laudo en el arbitraje de consumo», *RCEA*, 1997, pág. 16. En un sentido contrario, RIVERO HERNÁNDEZ, F., (Coor.) BERCOVITZ, *op.cit.*, pág. 562, acorde con su postura contractual, lo admite como una simple posibilidad incluso para el arbitraje de derecho.

⁴⁶³ LORCA NAVARRETE, J.M., *Manual de Derecho de Arbitraje*, *op.cit.*, pág. 958. También BARONA VILAR, S., ha sido clara al respecto cuando afirma que en el arbitraje de equidad resulta necesario «relacionar la decisión con los principios generales, esenciales, sin remisión expresa a la ley o a artículo de la ley. (...) Dado que no se está aplicando la norma jurídica, indeclinablemente se ha de aplicar como contrapunto de equidad, pues si no existen normas jurídicas que aplicar ni criterio de equidad que seguir, el resultado final sería irracional, falto de lógica y arbitrario (así se manifiesta el laudo de la Corte Vasca de Arbitraje de 12 de mayo de 1997), «El laudo en el arbitraje de consumo», *op.cit.*, pág. 17.

⁴⁶⁴ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «Formación, contenido y efectos del laudo arbitral en la Ley Española», *RCEA* 1988-1989, pág. 99. Véase también en tal sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., (Coor.) BERCOVITZ, *op.cit.*, pág. 578 y 605.

Como parte de esta formación interna del laudo, se permite manifestar el parecer discrepante de un árbitro a través de la formulación del voto particular o disidente (art.33.1). Que el órgano arbitral esté obligado a firmar el laudo, so pena de ser responsables (art.16), no implica que no pueda desligarse de la solución mayoritaria. Si tiene la obligación de fallar, debe ser independiente en su decisión. Cuando un árbitro se niegue a firmar un laudo, pero tampoco se pronuncie de modo particular «se entenderá que se adhiere a la decisión de la mayoría» sin que ello invalide o prive de eficacia al laudo arbitral⁴⁶⁵, aunque dicha presunción debiera sujetarse a la obligación de dar ciertas explicaciones por parte del que se niegue a poner su firma a efectos de responsabilidad. Lo que no puede intentarse por medio de la protocolización notarial es suplir la falta del requisito de derecho necesario, sin la firma carecerá de sentido su incorporación al protocolo notarial⁴⁶⁶.

B. La protocolización notarial y la notificación

El arbitraje de propiedad intelectual se caracteriza por ser gratuito y no requerir de la protocolización notarial (Disposición Adicional Primera). Pero en este caso, se trata de dilucidar controversias de este tipo mediante un arbitraje general y, por tanto, carente de tales privilegios. Se requerirá, por tanto, de la incorporación del laudo a un protocolo notarial.

⁴⁶⁵ STS 14 julio 1986 (RA 4507) «no es causa de anulación (...) el hecho de que el laudo haya sido emitido sólo por dos de los tres árbitros nombrados (...) 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. (...)».

⁴⁶⁶ En tal sentido RIVERO HERNÁNDEZ, F., (Coor.) BERCOVITZ, *op.cit.*, pág. 575 plantea esta situación de falta de firma de tal laudo y confirma que incluso «las firmas de los árbitros en el acta notarial y ante este fedatario no suplen su falta en el acto jurídico escrito que es el laudo arbitral en el que se integra y no puede faltar la firma, del que ésta es elemento necesario y constitutivo».

Es éste otro de los aspectos controvertidos del arbitraje en cuanto dicho requisito supone, de un lado, un clara y esencial formalidad⁴⁶⁷ y, de otro, se trata de una garantía de publicidad que podía haberse dado ante otro fedatario público, el secretario judicial. Nuevamente, la postura mantenida en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje debe ser coherente con la opción elegida en materia de protocolo⁴⁶⁸.

Pretender entender que dicha intervención protocolaria constituya un requisito esencial, atenta contra el rigor propio de la LA⁴⁶⁹ sin que, contra dicha afirmación, falten los pronunciamientos en sentido contrario⁴⁷⁰. Para la existencia del laudo no debiera requerirse de tal formalidad, sino solo para su validez⁴⁷¹. Además ésta se debe hacer dentro del plazo del que dispone el árbitro para dictar el laudo pues, de otra forma, podría darse lugar a dilaciones indebidas por parte del árbitro y a una posible frustración del arbitraje⁴⁷². La notificación fehaciente por parte del notario se debe de hacer inmediatamente después de haberse incorporado a su protocolo, pero nada obsta a que se haga por los mismos

⁴⁶⁷ Ya en los trabajos parlamentarios de la LA se observa como el Grupo Parlamentario Vasco solicitó que se suprimiera dicha formalidad innecesario y perjudicial por dilatar el procedimiento, *vid.* BOCG, Senado, III Legislatura, Serie II, enmienda núm.220 de 16 septiembre 1988.

⁴⁶⁸ A mi parecer, las posibles razones por las que el legislador pudiera entender conveniente utilizar dicha figura auxiliar del órgano judicial, debieran ser de índole económico y garantista, sin pretender afectar a la conceptualización que la ley hace del arbitraje, es decir, sin modificar su naturaleza; en definitiva, que sea un secretario quien le otorgue la fe pública no debe confundir la naturaleza de la institución, al igual que tampoco debe afectar a su esencia el hecho de que lo haga un notario. El colaborador habitual del árbitro es el Juez (arts.38, 27, 43, etc.), pero la tendencia de la LA es ayudar la descongestión de los Juzgados alejando, en la medida de lo posible, aquellas funciones de jurisdicción voluntaria o cualquier otra que pudiera sobrecargar el sistema judicial por lo que, parece lógico, que se encargue tal función al notario.

⁴⁶⁹ Así lo han entendido ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «Formación, contenido y efectos del laudo arbitral en la Ley Española»; *op.cit.*, pág. 103 y 104; PANTALEÓN PRIETO, F., «Notas sobre la nueva Ley de arbitraje», *op.cit.*, pág. 56; SERRANO ALONSO, J., «El arbitraje en la Ley 5 de 1988», *op.cit.*, pág. 52 y CREMADES, B.M., «España estrena una Ley de Arbitraje», *op.cit.*, pág. 1109.

⁴⁷⁰ CAMPO VILLEGAS, E., «Ineficacia del laudo fuera de plazo. Su protocolización notarial e inscripción registral», *TAB* núm.3, págs. 85, 88 y 89.

⁴⁷¹ En tal sentido RIVERO HERNÁNDEZ, F., (Coor.) BERCOVITZ, *op.cit.*, pág. 575.

⁴⁷² SAP Barcelona 30 mayo 1992, La Ley 1992.2, pág. 475. Existe jurisprudencia en sentido contrario que entiende como fecha *ad quem* para dictar el laudo el día en que los árbitros se pronuncian sin que entre dentro de este plazo la incorporación del laudo al acta de protocolo (SAP PM 14 mayo 1992, RVDPA, 3, 1993, pág. 423).

árbitros (tras dicha intervención notarial)⁴⁷³, teniendo en cuenta que a partir de este momento se produce la firmeza y corren los plazos para interponer los recursos de aclaración, anulación o solicitar en su caso la ejecución del laudo. Siguiendo la tendencia de la jurisprudencia e incluso del legislador, se tiende a asimilar el régimen de las notificaciones al sistema establecido en el art.59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y de Procedimiento administrativo Común⁴⁷⁴.

Dentro del laudo que es notificado parece aconsejable que se determine, al igual que determina el art.248.4 LOPJ para las sentencias, la firmeza o no del laudo y posibles recursos que contra él cabe. Este contenido es facultativo del árbitro «pese a que entendemos que hubiera sido un paso más hacia ese interés garantista que pretende otorgarse a las partes, que pueden haber acudido al arbitraje (...) actuando por sí mismas y sin valerse de abogado en ejercicio»⁴⁷⁵. Si existe un *derecho al recurso* previsto por el legislador parece, algo más que aconsejable, este contenido, como parte de la tutela arbitral que reconoce el Estado.

C. La formación interna del laudo o congruencia

Ya adelantábamos la necesaria congruencia que debe existir entre las pretensiones interpuestas por las partes y el pronunciamiento definitivo que el órgano arbitral realiza, en virtud del principio dispositivo que rige este procedimiento⁴⁷⁶. De no ser así, la LA garantiza que las partes podrán impugnar

⁴⁷³ Es más, en nuestra opinión consideramos que solo a estos árbitros les corresponde hacer tal notificación pues ellos son los responsables y gestores, salvo que se trate de un arbitraje institucional.

⁴⁷⁴ SAP Ciudad Real 1 febrero 1994 (AC 1994, 199) y art.31 RD 479/1989, regulador de la CMAPI.

⁴⁷⁵ BARONA VILAR, S., «El laudo en el arbitraje de consumo», *RCEA*, 1997, pág. 22.

⁴⁷⁶ Argumentos muy contrarios al razonamiento *procesal* que entendemos que justifica la presente obligación de congruencia, los encontramos en RIVERO HERNÁNDEZ, F., (Coor.) BERCOVITZ, *op.cit.*, pág. 556-557. El presente autor tomando como base la naturaleza contractual del arbitraje reconoce dicha obligación de ser congruente pero tomando como punto de partida el contrato con el árbitro y su posible responsabilidad.

el laudo «cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión» y, aunque nada se diga, también cuando los árbitros omitan pronunciarse sobre alguna de las peticiones formuladas, por formar ésta parte del orden público procesal⁴⁷⁷.

Especialmente en los arbitrajes de equidad, debe huirse de consideraciones argumentativas de naturaleza metajurídica, por el “peculiar sentido de equidad de cada árbitro”, con el fin de otorgar lo más equitativo, pero al margen de lo pedido y probado⁴⁷⁸ o, incluso, de planteamientos ilógicos e irracionales⁴⁷⁹. En el resto de casos, para que exista un laudo congruente es necesario que la parte dispositiva del laudo aluda, con exclusividad, a las *partes* del proceso arbitral, al *objeto* del mismo, las *alegaciones* de las partes e incluso con la *causa de pedir*⁴⁸⁰. Efectivamente existe doctrina que afirma la elasticidad con la que se debe de aplicar el citado principio en relación al *thema decidendi*, según se desprende de la obligación de fallar de los árbitros⁴⁸¹, pero, con carácter general resultan aplicables los pronunciamientos jurisprudenciales existentes en torno a las sentencias judiciales y la obligación de congruencia⁴⁸².

Pero, bajo nuestro parecer, la idea de congruencia es contradictoria con la naturaleza contractual que ahí se pretende defender. La congruencia es una garantía típicamente procesal, como parte de ese derecho a la sentencia sobre el fondo que tiene el tutelado judicialmente, reflejo del principio dispositivo y parte del derecho de acción en sentido abstracto. Todo ello, trasladado al plano arbitral tiene exactamente el mismo sentido y precisamente para asegurar dicha obligación ha regulado el art.45.4 LA la anulación del laudo. Si, en puridad, toda la actividad arbitral fuera contractual, carece de sentido hablar de dicha obligación de congruencia, se trataría, antes bien, de un simple incumplimiento del mandato encomendado al árbitro.

⁴⁷⁷ BARONA VILAR, S., «El laudo en el arbitraje de consumo», *RCEA*, 1997, pág. 18.

⁴⁷⁸ LORCA NAVARETE, J.M., *Manual de Derecho de Arbitraje*, Dykinson, 1997, pág. 933 y 934 en torno a la SAP Barcelona 9 noviembre 1994, RVDPA, 3, 1995, pág. 528.

⁴⁷⁹ SAP Madrid 12 junio 1995, RVDPA, 1, 1997, pág. 150.

⁴⁸⁰ ORTELLS RAMOS, M., (junto a otros), *Derecho Jurisdiccional II*, *op.cit.*, pág. 284-287. CORTES DOMÍNGUEZ, V. (junto a otros), *Derecho Procesal Civil*, Colex, 1996, págs. 299 y ss.

⁴⁸¹ LORCA NAVARRETE, J.M., *Manual de Derecho de Arbitraje*, Dykinson, 1997, pág. 958.

⁴⁸² STS 25 octubre 1982 (RJ 1982, 5573).

Vid. CORDÓN MORENO, F., «El arbitraje en el Derecho Español», *op.cit.*, págs. 116-118. Véase la SAP Oviedo de 31 octubre 1997, RCEA 1998, en la cual se explicita que la interpretación del «principio de congruencia (requiere) el ajuste del fallo a las pretensiones que no ha de ser automático y literal, sino armónico, racional y flexible, de modo que basta guardar sometimiento a la sustancia de lo pedido, sin

En definitiva debemos admitir como congruente el laudo que se pronuncie sobre cada una de las pretensiones señaladas por las partes en sus escritos de alegaciones, aunque no se haga de manera pormenorizada, siempre y cuando, fundamente las razones en las que basa su decisión (STC 144/1991, 1 julio y STS 28 enero 1991) e incluso si se pronuncia el árbitro sobre puntos sustancialmente unidos a la pretensión objeto de debate, «cuando sean consecuencia lógica o legal de ella, o se refieran a extremos accesorios o complementarios que, sin alterar los pronunciamientos principales, conduzcan a la efectividad del fallo» (STS 18 septiembre 1991)⁴⁸³. Tampoco será modificable por el árbitro la *causa petendi*, de modo que, no podrá decidir sobre hechos que integren una causa de pedir distinta de la alegada por las parte o por hechos no deducidos por ésta, sin perjuicio de «la facultad del juzgador de fijar los alegatos de modo definitivo según el resultado de las pruebas» (STS 28 enero1991).

La incongruencia por exceso será sancionada con la nulidad del mismo (art.45) y, coherentemente, la incongruencia por defecto impide al Audiencia Provincial que se pronuncie al respecto, sin perjuicio de que se trate de un vicio subsanable a través del art.36.1, trámite destinado a la aclaración del laudo arbitral. En ambos casos el laudo se encuentra viciado por tratarse de cuestiones de orden público procesal, pero el atentado que supone la incongruencia por exceso es más gravoso que el que se deriva del defecto de pronunciamiento, pues según afirma la SAP Sevilla 8 noviembre 1995, pues «La extralimitación comportaría no sólo el quebrantamiento del principio de congruencia, que en términos generales establece el 359 LEC, sino la vulneración de preceptos de orden público e incluso la invasión de competencias reservadas a la Jurisdicción ordinaria. Contrariamente, la omisión de pronunciamiento que debiera contenerse en el laudo comportaría tan sólo la incongruencia omisiva pero no su nulidad»⁴⁸⁴.

que sea necesaria una conformidad rígida y estricta con las pretensiones ejercitadas, debiendo extenderse, por otro lado, a las consecuencias lógicas y naturales de lo pedido».

⁴⁸³ Cit. RJ 1991, 6055.

⁴⁸⁴ Cit. RCEA 1997, pág. 177.

D. Efectos del laudo

Los efectos del laudo arbitral son idénticos a los de cosa juzgada propios de las sentencias (art.37). Ya hemos aludido a tales aspectos en el capítulo relativo a su naturaleza. Si se equiparan sus efectos a los derivados de la actividad judicial es debido a un reconocimiento legal a favor de este tipo de heterocomposición.

a. Caracteres de la cosa juzgada del laudo

Efectivamente, siguiendo a BARONA VILAR, «el arbitraje no es sino una posibilidad que concede el ordenamiento jurídico en virtud del cual se cede la función declarativa de los órganos jurisdiccionales a los árbitros y, en consecuencia, en la medida en que la función declarativa jurisdiccional finaliza mediante una resolución con efectos de cosa juzgada, lo mismo ha de suceder con respecto a la decisión arbitral que se tome al finalizar el procedimiento del arbitraje, por lo que también el laudo que decide el fondo del asunto planteado en arbitraje deberá producir efectos de cosa juzgada»⁴⁸⁵. Esta eficacia tan sólo puede predicarse del laudo arbitral y no de cualquier tipo de acuerdo transaccional al que se llegue (SAP de Pontevedra de 6 de febrero de 1996)⁴⁸⁶, produciendo la vinculación *erga omnes* de cualquier tercero a la decisión del árbitro; la prohibición dirigida a cualquier tribunal de volver a decidir sobre lo ya resuelto o prohibición de *non bis in idem*; imposibilidad de iniciar un proceso posterior con identidad subjetivo-objetiva y, si la sentencia todavía no fuera firme, resultará igualmente imposible por su efecto de *litispendencia*; inmodificabilidad del laudo a través del recurso de aclaración (art.36); devenido firme, el laudo sólo podrá ser modificado mediante el juicio de revisión, «conforme a lo previsto en la legislación procesal para las sentencias judiciales» (art.37). En su caso, pueden derivarse efectos económicos a través de la imposición de costas procesales.

⁴⁸⁵ BARONA VILAR, S., «El laudo en el arbitraje de consumo», *RCEA*, 1997, pág. 20.

⁴⁸⁶ *Cit. RCEA* 1997, pág. 183 y véase la misma autora en, «El laudo en el arbitraje de consumo», *idem*, pág. 20 y también ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «Formación, contenido y efectos del laudo arbitral en la Ley española», *op.cit.*, pág. 108-110.

b. Requisitos para la firmeza del laudo

En nada difieren en este aspecto el laudo y la sentencia. Emitido éste, el laudo es *definitivo* e impugnabile y no provoca dicha eficacia hasta su *firmeza*, es decir, hasta que transcurra el plazo de 10 días establecido por la LA para recurrirlo en anulación o, de haberse recurrido, se haya llevado a cabo sin éxito (art.46). Si se solicitó la aclaración del mismo, el cómputo de los plazos cambia; se contará a partir de la contestación (y notificación) de los árbitros a tal solicitud de corrección y aclaración, teniendo en cuenta el valor negativo que el silencio tiene en estos casos. Sólo a partir de este momento se puede entender que el laudo es firme y ejecutable.

Se ha afirmado por alguna doctrina⁴⁸⁷ que las partes podrían hacer caso omiso del laudo arbitral y acudir, nuevamente, a un arbitraje o proceso civil, evitando la eficacia de cosa juzgada, por tratarse ésta de una causa de oposición oponible sólo a instancia de parte. Pero dicha circunstancia no debe llevarnos a una negativa de dicha eficacia el artículo 37 LA. En última instancia, esta contradicción puede darse de igual modo entre sentencias judiciales debido a la imposibilidad de controlar de oficio este impedimento procesal.

E. La aclaración del laudo

El mal denominado recurso de aclaración de sentencias (art.214 y ss. LEC)⁴⁸⁸ también lo podemos encontrar en relación a los laudos arbitrales, pues éstos se encuentran sujetos a la posible corrección de errores de cálculo, de copia, tipográfico o similar, así como a cualquier aclaración de conceptos oscuros u omisiones (art.36 LA). No constituye una excepción al principio de

⁴⁸⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., (Coor.BERCOVITZ), *op.cit.*, págs. 649 y 650.

⁴⁸⁸ Teniendo en cuenta que los arts. 214 y 215 entrarán en vigor cuando se produzca la modificación de la LOPJ, según la Disposición Final 17ª de la LEC/2000.

Vid. ORTELLS RAMOS, M., (junto a otros), *Derecho Jurisdiccional II*, *op.cit.*, págs. 288-289; FONT SERRA, E., «Aclaración de sentencias y rectificación de errores materiales manifiestos», *La Ley* núm.3115, de 20 octubre 1992.

invariabilidad del laudo al que también se entiende sujeta la actuación del árbitro, como garantía de la seguridad jurídica del justiciable que decide optar por esta vía. Se trata de una novedad introducida por la LA de 1988 que logra evitar la impugnación de laudos arbitrales por razón de simples aclaraciones o errores sin trascendencia evitando, de este modo, la intervención de los órganos jurisdiccionales.

Partiendo de la idea de que el laudo resulta invariable en cuanto al fondo, debemos de distinguir entre los sujetos que gozan de legitimación para solicitar tal aclaración y el objeto que puede tener la misma.

Por lo que atiene a los elementos subjetivos, el art.36 parece aludir tan sólo a la aclaración a instancia de cualquiera de las partes sin hacer mención especial, conforme se prevé por la LEC, a la petición de oficio. Coincidimos con RIVERO HERNÁNDEZ en aceptar dicha posibilidad, pues «A nadie perjudicará el subsanar ese error u omisión, siempre que lo haga el árbitro en el mismo marco y dentro de los límites de lo que le es permitido a las partes pedirlo. Los primeros beneficiados serán los propios interesados (...) (y), si es obligación de los árbitros en la redacción del laudo el cuidar que éste sea claro y preciso, tanto en sus elementos, como en su conjunto y decisión última, habría que pensar incluso que es obligación de aquéllos el reparar cuanto antes esa deficiencia si al leerlo al día siguiente con más serenidad y menos tensión se dan cuenta de un error en un nombre, en una operación matemática, en que escribieron resolución cuando se trata de nulidad o se olvidó un domicilio que permite identificar una persona frente a otra parecida. (...) Subsanan tales errores u omisiones tiene tanto de facultad como de deber jurídico (a su cargo) de reparar, a tiempo todavía, un defecto subsanable»⁴⁸⁹. Si a éste se le exige que cumpla fielmente su encargo debe dársele la posibilidad de cumplirlo en conciencia.

⁴⁸⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., (Coor.) BERCOVITZ, *op.cit.*, pág. 631 y también BARONA VILAR, S., «El laudo en el arbitraje de consumo», *op.cit.*, pág. 24 y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «Formación, contenido y efectos del laudo arbitral en la Ley española», *op.cit.*, pág. 107.

En cuanto a los requisitos objetivos la estipulación legal, aunque no pretende ser taxativa, parece bastante precisa de tal modo que, alcanzará a corregir cualquier error que dificulte la comprensión del laudo, cualquier oscuridad conceptual y cualquier omisión que no suponga una modificación sustancial o revisión del fondo, pues ello se realizaría «con evidente falta de jurisdicción, fuera de plazo (...) arrogándose los árbitros un derecho revisor que no les compete»⁴⁹⁰.

Respecto a la forma en que debe presentarse tal solicitud, baste con que se haga por escrito, solicitando la aclaración en concreto que se requiere y señalando la fecha en que se notifica con el fin de interrumpir el plazo que la Ley establece para recurrir el laudo. De esta forma, las partes disponen de cinco días para interponer la solicitud de aclaración, y la contestación la obtendrán en el término de diez días más, a partir del cual comenzará el cómputo que el art.46 establece para interponer el escrito impugnatorio. Nuevamente, al igual que ocurría con el plazo para dictar laudo, también se entenderá procesal salvo manifestación en contra de las partes. Estos mismos plazos los consideramos extensibles a la posible aclaración que pretenda realizar el árbitro de oficio, pues no entendemos justificable otorgarle un tratamiento diferente donde el legislador no lo hizo⁴⁹¹. Una práctica arbitral frecuente es la de que los árbitros realicen la aclaración cuando las partes se las planteen incluso fuera de plazo. Así lo admite la jurisprudencia «a modo de satisfacción extraprocésal para las partes», pero lo que, en modo alguno, debe quedar afectado es el plazo para recurrir el laudo en anulación y no debe ser objeto de posterior protocolización, pues es un contenido extraprocésal⁴⁹².

⁴⁹⁰ SAP Madrid 20 julio 1993; *vid.* también, STS 12 julio 1994, *RCEA* 1994, pág. 204. Al respecto véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., (Coor.) BERCOVITZ, *op.cit.*, págs. 632 Y 633.

⁴⁹¹ A favor de otorgar al árbitro un plazo superior de 10 días, *vid.*, RIVERO HERNÁNDEZ, F., (Coor.) BERCOVITZ, *op.cit.*, págs. 635.

⁴⁹² SAP Barcelona 30 noviembre 1994, *RCEA* 1995, pág. 293.

Respecto al modo de resolver del árbitro, bastará con que se haga por escrito, conforme al mismo procedimiento de formación interna del laudo, y se protocolice notarialmente, teniendo en cuenta la posible negativa a aclarar que pueden realizar los árbitros a través de su silencio⁴⁹³. Al respecto, y siguiendo a SENES MOTILLA, resulta desafortunada esta posibilidad ofrecida por el legislador en torno al silencio negativo de los árbitros en fase de aclaración, pues afecta tanto a los términos de la anulación como de la ejecución⁴⁹⁴. Sin notificación, pues, se hace difícil calcular el plazo de 10 días al que se refiere el artículo 46.2 en torno a la anulación y, por tanto, el del artículo 53, en materia de ejecución. Acertadamente, la citada autora argumenta que los árbitros no deben quedar exentos de tal notificación, a pesar del tenor literal del artículo 36.2 en sede de aclaración.

Consideramos que el laudo sigue siendo único, pues sólo existe un pronunciamiento sobre el fondo aunque, en realidad, se hayan dado dos declaraciones del órgano y dos protocolizaciones. En cuanto no se está decidiendo sobre el fondo del asunto, no ha lugar a contradecir nada (SAP Barcelona 10 marzo 1992)⁴⁹⁵.

F. Formas anormales de terminación del proceso arbitral

Durante la tramitación del procedimiento arbitral las partes pueden modificar sus posturas, bien por darse cuenta de sus posibilidades de perder el pleito, bien por razones económicas, o por cualquier tipo de interés en general, decidiendo – llegado el caso- poner fin al mismo, renunciando a su derecho material y/o procesal, transaccionando con la otra parte o incluso reconociendo sus pretensiones. A todas estas formas de poner fin al procedimiento, sin llegar al

⁴⁹³ en este punto parece diferir del recurso de aclaración de sentencias judiciales, donde para su solución se exige un auto motivado, tanto para la denegación como aceptación y explicación de dicha aclaración.

⁴⁹⁴ SENES MOTILLA, C., «La ejecución forzosa de los laudos arbitrales», *Revista de Jurisprudencia Española y Legislación*, 1990, núm.2589, pág. 927.

laudo definitivo dictado por el tribunal arbitral, se les denomina, formas de terminación anormal del procedimiento. A lo dicho en sus diferentes sedes nos remitimos

10. La adopción de medidas cautelares

El panorama que se presenta ante el arbitraje en materia de medidas cautelares ha mejorado indudablemente tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Hasta el momento, el silencio legal que guardaba al respecto la Ley de Arbitraje ha entorpecido gravemente la eficacia del mismo, no sólo en el arbitraje nacional, sino a la hora de adoptar cautelas en el ámbito internacional, donde se practicaban desde hacía tiempo. En este *iter* los pronunciamientos jurisprudenciales⁴⁹⁶ a favor de la adopción de estas medidas pediente un arbitraje, han sido decisivos.

En la actualidad el proceso arbitral ofrece una tutela declarativa, que puede ser también garantizada mediante otro proceso instrumental, el cautelar. La adopción y ejecución de tales medidas corresponde a los órganos jurisdiccionales pero, en

⁴⁹⁵ *Cit. RVDPA*, núm.3, 1993, pág. 397.

⁴⁹⁶ Entre otras, STS 20 diciembre 1945 y Auto APBarcelona 21 julio 1992 (RGD 1993, núm.582, págs.2140 y 2141), donde se confirma que la solicitud de un embargo preventivo no supone sumisión tácita a la Jurisdicción.

También el Auto 25 de noviembre 1994, Secc.16 (RGD 1995, núm.605, págs.5702 y ss.), donde afirma que «la Ley potencia la institución del arbitraje al configurarlo con una naturaleza mixta: privada en cuanto a su origen y pública en cuanto a sus efectos, de suerte que realmente crea una auténtica jurisdicción (entendida esta palabra en el sentido clásico de dictar derechos) privada, excluyente de la jurisdicción estatal; desde esta perspectiva, que tiene un armónico encuadre en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil, puede sostenerse que esa jurisdicción privada debe gozar de iguales posibilidades tuteladoras que la jurisdicción estatal por cuanto que los ciudadanos pueden optar libremente por someterse a una u otra jurisdicción, lo cual lleva a la conclusión (de que) los órganos jurisdiccionales estatales podrán adoptar medidas cautelares instrumentales respecto de un arbitraje». Véase también el comentario al Auto por BARONA VILAR, S., *RCEA*, 1995, pág.291.

Otro pronunciamiento importante se recoge en el Auto AP Oviedo 19 marzo 1993 argumenta que «nada debe impedir que tales medidas (...) puedan adoptarse antes de que aquel se emita no constituyendo obstáculo alguno el que la medida pueda ser acordada y debatida por un órgano distinto al que haya de entender el proceso principal y así se suele citar como ejemplo más tradicional en nuestro ordenamiento el artículo 1398 LEC –en su anterior redacción– en relación con el 63.12 en los casos de urgencia...».

Dentro del ámbito comunitario, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1998 y, para su comentario, *vid.* Mi artículo «Las medidas cautelares durante la pendencia de un arbitraje interno o internacional», *RVDPA*, mayo, núm.2, 1999, págs.301 y ss.

esta ocasión, el proceso principal no se sustanciará ante uno de éstos, sino que depende de un proceso arbitral, se encuentre iniciado o no. La presente situación confirma la actividad de los árbitros como un verdadero proceso declarativo de derecho.

Para la propiedad intelectual supone la intervención inmediata y aseguradora de los derechos de explotación que se encuentren en conflicto, siendo la tutela cautelar posible, tanto a instancia de cualquiera de las partes que sigan un proceso arbitral conforme a la Ley de Arbitraje o, para aquellas que decidieron someterse al dirigido por la Comisión Mediadora y Arbitral de la propiedad intelectual.

A tenor del art.722, la Ley de Arbitraje debe completar su silencio legal admitiendo que, «quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España, o (...) haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje (...) o, en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución», podrá solicitar la adopción de una medida cautelar ante el tribunal competente del lugar donde el laudo deba ser ejecutado o, en su defecto, el del lugar donde tales medidas cautelares deban surtir su efecto (art.724). Igualmente y, «con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de (...) un proceso arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles».

Con ello no se deja lugar a dudas sobre la compatibilidad entre la tutela cautelar y la arbitral, tanto pendiente este proceso o con anterioridad a la interposición de la demanda de arbitraje. En tal sentido, la Ley al dar tratamiento a tales medidas anticipadas, confirma en el art. 730.3: «el requisito temporal (de la presentación de la demanda principal en los veinte días siguientes a la

adopción de la medida), no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, y con el fin de que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral»⁴⁹⁷.

Se entiende que tal facultad la tienen, con exclusividad, los jueces, tanto para su adopción, como para su ejecución. Es probable, a la luz de las últimas tendencias y de la práctica dada en otros sistemas vecinos como el inglés, que en un futuro se delegue en el árbitro la facultad de adoptar el contenido de la medida cautelar, quedando su ejecución en manos del órgano jurisdiccional, si bien no ha sido ésta la opción acogida por el legislador español en la LEC/2000.

Se encuentran, por tanto, legitimados aquellos titulares de derechos de explotación que sean parte o vayan a serlo en un proceso arbitral, que acrediten el *peligro en la demora* y la existencia de un *fumus boni iuri*, de no darse el cese en la actividad ilícita del infractor, pudiendo solicitar: a) la suspensión de la explotación infractora; b) la prohibición de reanudarla; c) la retirada del comercio de todo ejemplar ilícito; d) la inutilización o destrucción de planchas, matrices o cualquier otro instrumento destinado a la inutilización de dispositivos técnicos protectores de programas de ordenador; d) la remoción o precinto de aparatos utilizados en la comunicación pública; e) la intervención y depósito de taquillas,

⁴⁹⁷ Artículo 730. Momentos para solicitar las medidas cautelares.

1. Las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal.

2. Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad.

En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

3. El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral.

etc; f) en general, cualquier medida conducente a hacer efectiva la posibilidad de tutela (art.726 y 727 LEC).

La competencia la tendrá el tribunal del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (art.724 LEC).

11. La impugnación del laudo arbitral

El laudo es el resultado de toda la actividad arbitral y, como reflejo de ésta, será válido y eficaz en la medida en que se hayan respetado todos los mínimos imprescindibles que señala la LA. Sólo si no se cumplen éstos, puede pretenderse la destrucción de la eficacia de cosa juzgada que le otorga la Ley a la actividad arbitral.

El planteamiento del legislador a la hora de poder revisar un laudo ha sido taxativo, fijando los motivos estrictamente formales por los que puede anularse un laudo arbitral. La actividad arbitral, sea de derecho o de equidad, resulta irrevisable en cuanto al fondo, salvo la remisión que, con carácter general, se hace a la LEC en materia de revisión de sentencias.

Todo este sistema resulta coherente con la naturaleza heterocompositiva de que ha sido dotado al arbitraje, donde los Jueces pasan a ser unos colaboradores necesarios en determinadas actuaciones, sin que puedan revisar la justicia o injusticia de la decisión adoptada. Sin embargo, *de lege ferenda* sería cuestionable –una vez conseguida la raigambre de esta institución en nuestra sociedad- la viabilidad de un posible recurso de apelación, con el fin de que ambas vías de tutela procesal civil garantizaran de una forma igualitaria, de este tipo de derechos. Si el legislador ha creado esta opción arbitral y si fruto del principio de libertad puede acudir a ella y obtener una resolución firme y ejecutiva, debiera entonces ofrecerse la posibilidad de revisar dicha decisión y, sólo, si existiera una segunda instancia arbitral, conforme acontece en derecho

internacional⁴⁹⁸. Con ello, no se pretende una nueva institucionalización del sistema, sino que tan sólo nos restringimos a ese posible derecho (hoy todavía inexistente) a una doble instancia.

A. *El recurso de anulación*

El laudo arbitral es el espejo de toda la actuación precedente, no sólo del procedimiento en sí mismo, sino del propio convenio arbitral o de la configuración de la relación procesal formada entre los árbitros y las partes.

a. Su naturaleza jurídica

No se trata de una segunda instancia en la que se permite a la Audiencia Provincial revisar la actividad arbitral. Con anterioridad se aludió a la idea de que, el principio de exclusividad de la Jurisdicción, no queda irrumpido por la atribución que las partes puedan hacer al árbitro de autoridad para solventar litigios modo irrevocable, restringiendo la anulación de los Tribunales a los supuestos de quebrantamiento de forma de ese arbitraje ritual, los excesos de jurisdicción o la contrariedad con el orden público. Unánimemente, doctrina y jurisprudencia admiten que no se trata de un verdadero recurso, ni de una nueva instancia, ni tampoco los Jueces pueden suplir las deficiencias de su actividad⁴⁹⁹, simplemente, se trata de una acción para anular el laudo con carácter extraordinario, por el quebrantamiento de las formas allí señaladas. «...El recurso de anulación del laudo persigue la garantía jurisdiccional de que el inicio, el desarrollo y el término del procedimiento arbitral se han producido conforme a lo regulado en la Ley y de que el laudo no es contrario al orden público. No

⁴⁹⁸ STALEV, Z., «La "competencia- competencia" de los tribunales arbitrales», *op.ct.*, págs. 540 y ss.; SERRA CALLEJO, J., «El control por el Tribunal Constitucional de la irrazonabilidad de las resoluciones judiciales», *La Ley*, 1990.1, pág. 22. En contra, MUÑOZ SABATÉ, LL., «Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de derecho», *op.cit.*, págs. 983 y ss.

⁴⁹⁹ BARONA VILAR, S. «El laudo en el...», *op.cit.*, pág. 27; CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en Derecho Español...*, *op.cit.*, pág. 124; HINOJOSA SEGOVIA, R., *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales*, EDERSA 1991, págs. 59-74; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *La anulación del laudo arbitral*, Comares, 1996, págs. 1-16.

corresponde a este Tribunal, por tanto, entrar al examen de la legalidad de la decisión de fondo. Debe únicamente examinar los motivos taxativos de anulación previstos en el citado art.45 de la Ley»⁵⁰⁰.

b. Motivos de anulación

Al dar tratamiento al convenio arbitral, la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral, se adelantaron, en definitiva, cuáles son los requisitos mínimos para que el laudo resultante llegue a ser válido. El laudo no es más que un reflejo de lo actuado⁵⁰¹. En concreto, los vicios por los que puede anularse el laudo son los siguientes:

a) Que el convenio arbitral sea nulo

Para la creación del convenio se hacía necesaria una manifestación de voluntad de sometimiento, inequívocamente prestada y plasmada por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental (art.6.2 LA). Debe tenerse en cuenta el mandato legal del art. 9.3 LA por el que se prohíbe que, durante su elaboración, se coloque a alguna de las partes en situación de privilegio (art.9.3 LA) o, de ser firmado dentro del marco de un contrato de adhesión (art.5.2 LA), se exige que se respeten las condiciones generales de contratación establecidas en la Ley reguladora de éstas y la Ley General de Consumidores y Usuarios. Es precisamente en torno a este punto donde la propiedad intelectual puede sufrir los mayores abusos que vicien la validez del convenio.

⁵⁰⁰ SAP Asturias de 28 abril 1994 (AC1994, pág. 565).

⁵⁰¹ Para un análisis exhaustivo de los diferentes motivos de anulación, véase HINOJOSA SEGOVIA, R., *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales*, EDERSA 1991, págs. 109 y ss.; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *La anulación del laudo arbitral*, *op.cit.*, págs. 136 y ss.; BARONA VILAR, S., «El recurso de anulación...», *op.cit.*, págs. 30 y ss.; REGLERO CAMPOS, F., *El arbitraje (el convenio arbitral y causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*. Madrid, 1991.

Los contratos generales entre los grandes usuarios y las entidades de gestión, encontrarán cierto equilibrio pues se habrán realizado por sus departamentos legales, pero cuando en la negociación toma partido un autor, el panorama cambia. Por ello, deberá tenerse en cuenta la disponibilidad sobre el derecho o supuestos en los que el contrato principal se obligaba a un autor a la renuncia a sus derechos morales, por tratarse de materias inarbitrables, así como las que aparezcan inseparablemente unidas a cualquiera de ellas a pesar de su naturaleza dispositiva, pues, sobre éstas, no podía admitirse disposición convencional alguna.

Ninguna de estas causas son subsanables por silencio de parte, es decir, por no alegarlas como causa de oposición, pues condicionan la fuente de poder de decisión del arbitraje, sin perjuicio de la virtualidad que en el arbitraje tiene la consolidada doctrina de los actos propios en relación con la de conservación de los negocios jurídicos⁵⁰². En todo caso, sólo la falta de pronunciamiento en torno a la caducidad del convenio o el silencio sobre materia arbitrable, pueden dar lugar a un genuino convenio arbitral.

b) 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 por la Ley.

Son dos las quejas posibles que pueden formular las partes como causa de oposición durante el procedimiento arbitral, alegables *a posteriori* mediante el recurso de anulación. Por un lado, las que se refieren al modo de designación del órgano decisor y, por otro, aquellas irregularidades procedimentales establecidas como mínimos indispensables por la Ley de Arbitraje, con especial hincapié en la igualdad, contradicción y audiencia.

⁵⁰² SANTOS VIJANDE, J., «Consideraciones en torno a una nueva Ley de Arbitraje: la alternativa arbitraje de derecho o de equidad ...», *op.cit.*, pág. 1055.

Ya aludimos en la sede correspondiente a las diferentes formas de designación de un árbitro y a los diferentes requisitos que para ello exige la Ley y que, por tanto, se presentan como límites a la propia autonomía de la voluntad de las partes. El incumplimiento puede deberse, entre otras causas, a la capacidad de los árbitros, al carácter impar del tribunal, a los requisitos exigidos en el órgano decisor, al hecho de que el nombramiento del árbitro recaiga en persona distinta de la consentida por haberse formulado recusación y no haberse admitido tal causa de imparcialidad, etc.

El segundo motivo del art.45.2, afecta a su estructura heterocompositiva, a esos mínimos de carácter procesal que actúan como garantías, sin las cuales no hay proceso, ni el laudo resultante puede producir la eficacia de cosa juzgada. Los principios comunes a todo proceso son contradicción y audiencia e igualdad, así como, los específicos del proceso civil que se configuran, igualmente, como mínimos imprescindibles⁵⁰³.

Al tratar el inicio y desarrollo del procedimiento arbitral quedaron establecidos los requisitos que considerábamos obligatorios, frente a los facultativos, sobre los que la autonomía de la voluntad tenía eficacia y, por tanto, eran prescindibles. Coherentemente con el tratamiento allí recibido, deberá admitirse o no como causa de impugnación en esta sede.

c) Cuando el laudo hubiere sido dictado fuera de plazo.

«Si las partes no disponen otra cosa, los árbitros deben dictar el laudo en el plazo de 6 meses. (...) Este plazo sólo podrá ser prorrogado por acuerdo de partes, notificado a los árbitros antes de la expiración del plazo inicial» (art.30.1 LA). El precepto resulta al respecto bastante preciso, aunque deja lugar a dudas

⁵⁰³ En nuestra opinión, se tiene que observar caso por caso para poder afirmar si existe indefensión pues, por ejemplo, no siempre alegar o admitir una prueba fuera de plazo puede producir la violación de tal principio; si faltara la notificación en la práctica de esta última podría darse tal supuesto.

en lo referido a la forma de computar dicho plazo⁵⁰⁴. Ya aludimos a que el fundamento de dicha causa de anulación se encontraba en el hecho de ser el convenio la fuente de poder arbitral. Por esta razón, si el laudo se dicta una vez transcurrido el tiempo acordado por las partes será nulo; incluso, si se hubiera realizado una prórroga, y se hubiera hecho de forma defectuosa, por realizarse fuera de plazo, de forma tácita, etc.⁵⁰⁵, la nulidad será igualmente posible.

d) Que los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje.

Íntimamente relacionado con las causas que vician el convenio arbitral se encuentra este motivo de anulación. Son dos las diferentes causas que aquí se establecen. Por un lado, es posible que la decisión de un árbitro se haya extendido a una materia sometida por las partes, pero que, en definitiva, resulta inarbitrable por ser cuestión reservada al orden público⁵⁰⁶ o por lindar de modo inescindible con una de este tipo. En este caso, el pronunciamiento del órgano jurisdiccional deberá recaer sobre aquellos aspectos indisponibles, sin perjuicio

⁵⁰⁴ Recordemos aquí la problemática existente en torno al *dies a quo* en el cómputo de dicho plazo. Éste comenzaba a correr a partir del día en el que se comunicó la aceptación del cargo arbitral o, tras la última de las sustituciones en caso de recusación, o imposibilidad de ejercer el cargo. Precisamente en torno a este punto surgía el problema, concluyendo que quedaba al criterio del nuevo árbitro la decisión de suspender el plazo para dictar el laudo a la vista de las actuaciones, se hubiera o no practicado prueba.

⁵⁰⁵ BARONA VILAR, S. «El laudo en el...», *op.cit.*, pág. 33 y 34; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 718.

En contra, SAMANES ARA, C., (Coor. BONET/QUINTANA), *El sistema arbitral...*, *op.cit.* pág. 229-230, que manteniendo una postura jurisdiccionalista, entendiendo la jurisdicción del árbitro como «potestad jurisdiccional otorgada por el Estado», afirma que la actuación de un árbitro sin potestad, por encontrarse fuera de plazo, supondría que el laudo es inexistente e inimpugnable en cualquier momento. Tal autora, siguiendo la Doctrina del TC en su Sentencia 4 octubre de 1993, concluye que «La razón del tratamiento especial que la Ley de Arbitraje da al laudo dictado fuera de plazo no puede, por tanto, encontrarse en la falta de jurisdicción de los árbitros, pues ésta no se ha perdido: el Estado otorga la función jurisdiccional a los árbitros para resolver una controversia concreta cuyos límites son fijados por las partes. Si estas de forma tácita, es decir, dejando pasar los plazos y no pidiendo la anulación, amplían el límite temporal, los árbitros siguen teniendo jurisdicción. Ahora bien, partiendo de la libertad de las partes en orden a tal extremo, y de la exclusión de la jurisdicción oficial en tanto en cuanto las partes se someten a la arbitral, la ley trata de evitar que la controversia quede de modo indefinido pendiente de resolución».

⁵⁰⁶ Dentro de ésta encontraríamos aquellas cuestiones sobre las que ya ha recaído sentencia judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución, aquellas cuestiones en las que deba intervenir un Ministerio Fiscal en representación y defensa de los que no pueden actuar por sí mismos.

de mantenerse parcialmente el laudo, en aquellos otros sobre los que sí tiene alcance la autonomía de la voluntad, salvo los casos de unidad indisoluble entre la cuestión principal y los puntos no susceptibles de arbitraje (art.45.4). Esto tendrá que ser probado por el recurrente que solicita la nulidad total del laudo⁵⁰⁷.

Por otro lado, encontramos que, fruto del principio dispositivo y de oportunidad, los árbitros deben de ser congruentes con las pretensiones interpuestas por las partes, de forma que, existirá *incongruencia extra petitum* cuando los árbitros decidan sobre un punto no sometido por las partes, *ultra petitum* cuando se pronuncien u otorguen más allá de lo solicitado y, por último, *infra petitum*, cuando dejen de pronunciarse sobre alguna de las peticiones interpuestas⁵⁰⁸. De *lege ferenda* debiera utilizarse el recurso de aclaración en estos supuesto de omisión, siempre que se esté dentro del plazo legal, por supuesto⁵⁰⁹.

La Audiencia Provincial debe, en estos casos, anular los defectos pero, excede de sus facultades, el suplir la potestad de decir el derecho que las partes decidieron otorgar a un árbitro⁵¹⁰ a través de la formulación de un nuevo pronunciamiento.

d) Cuando el laudo arbitral fuera contrario al orden público

⁵⁰⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (Coor.BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 724.

⁵⁰⁸ La mayoría de la doctrina afirma que a pesar del silencio legal del precepto debe admitirse tal incongruencia omisiva aunque vía orden público, conforme al motivo 5º. En esta línea encontramos pronunciamientos como el mantenido por HERRERO PERZAGUA, F., (Coor.BONET/QUINTANA), al afirmar que «el laudo que adolezca de este defecto (la omisión de pronunciamiento) es contrario al orden público y, en concreto, al procesal, integrado por los principios y derechos reconocidos en el art.24 de la CE. Como se infiere de la STC 26/1989, de 3 de febrero, lo que se da en los casos de incongruencia por omisión de pronunciamiento no es tanto la indefensión, cuando denegación del derecho a la tutela judicial efectiva».

⁵⁰⁹ ÁLVAREZ SÁNCHEZ de MOVELLÁN, P., *La anulación del laudo arbitral*, *op.cit.*, pág. 340; REGLERO CAMPOS, F., págs. 258-259 y BARONA VILAR, S., *Comentario breve a la Ley de arbitraje*, *op.cit.*, pág. 187.

⁵¹⁰ STC de 16 de marzo 1988 y STS de 20 marzo 1990.

Ya hemos aludido a este impreciso elemento. El orden público hace referencia a ese conjunto de valores jurídicos y sociales, públicos y privados, morales y económicos, que conforman una sociedad y que se derivan de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, en este caso, conforme al sistema legal establecido por la Ley de Propiedad Intelectual (derechos morales, derechos de gestión colectiva obligatoria, etc.). Ésta nos fijará el marco de referencia para saber cuál es el orden público material⁵¹¹. Pero siguiendo, entre otros, a BARONA VILAR⁵¹², a través de este concepto se pueden controlar los principios y formalidades que nuestro ordenamiento jurídico procesal puede esperar de una laudo arbitral, sea de derecho o de equidad. Nos referimos al concepto de orden público procesal, manifestado, por ejemplo, a través de la obtención de pruebas ilícitas⁵¹³.

d. Procedimiento

A tenor del art.46.2 el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los diez días siguientes al de la notificación del laudo o al de la aclaración del mismo, en su caso. Transcurrido este plazo procesal, el laudo se convertirá en firme e irrevisable. Para evitar este efecto o, como mínimo, dilatarlo en el tiempo, debe interponerse el recurso de anulación una vez recibida la notificación

⁵¹¹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, Civitas, 1990, pág. 394; ALBALADEJO, M., «La omniosa tentativa...», *op.cit.*, pág. 1021; ÁLVAREZ SÁNCHEZ de MOVELLÁN, P., *La anulación del laudo arbitral*, *op.cit.*, págs. 339-369.

⁵¹² BARONA VILAR, S., «La anulación...», *op.cit.*, págs. 128-129.

⁵¹³ No resulta oportuna la crítica formulada por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (Coor.BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 724 contra la presente distinción, al referirse a la incardinación que el orden público tiene en otra causa de anulación, a saber, la del art.45.2, a referirse a aquellas causas que pueden afectar al procedimiento arbitral. Al respecto, recordar que no todas las causas allí incluidas podían afectar a ese orden público procesal pues existían elementos dentro del proceso sobre los que se admite acuerdo de parte, pudiendo ser requisitos facultativos y, sin embargo, que afectaran al procedimiento. En contra, también ÁLVAREZ SÁNCHEZ de MOVELLÁN, P., *La anulación del laudo arbitral*, *op.cit.*, pág. 352 y 353.

Nos parece más acertada BARONA VILAR, S., al referirse a los principios del art.24.1 CE como marco donde incorporar ese art.45.5, *Comentario breve...*, *op.cit.*, pág. 240, HINOJOSA SEGOVIA, R., pág. 507 y LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje...*, *op.cit.*, págs.102 y 500 y ss., así como la SAP Zaragoza de 6 de septiembre de 1991 (RVDPA 1993, núm.2, pág. 222). En definitiva, hablar de orden público procesal en esta causa no se trata de una simple reiteración.

del laudo y, durante este tiempo, podrán adoptarse medidas cautelares con el fin de asegurar una futura ejecución.

El órgano jurisdiccional encargado de conocer del recurso es la Audiencia Provincial en la que se haya dictado el laudo. Le corresponde a ésta simplemente confirmar o anular el laudo arbitral, sin posibilidad de entrar sobre el fondo del asunto y limitándose a observar las aludidas irregularidades formales⁵¹⁴. Llegado este punto y si todavía no ha caducado el convenio, se podrá volver a someter la controversia a arbitraje.

Por lo que respecta al procedimiento a seguir ante este Tribunal, se iniciará mediante la *interposición del recurso* por escrito, en el que se expondrá al Tribunal los «motivos» por los que se recurre el laudo arbitral, proponiendo las «pruebas» que se estimen oportunas para convencer al tribunal. Al recurso de anulación le acompañarán los «documentos» justificativos del convenio y laudo arbitral (art.47 LA), así como, los poderes del abogado y procurador (art.51)⁵¹⁵, pudiendo solicitar del Tribunal el apremio de los árbitros para la entrega de algún tipo de documentación. Transcurrido el plazo legal de 10 días sin haber interpuesto el recurso de anulación, el laudo arbitral deviene firme.

La admisión a trámite o no del recurso o acción de anulación dependerá de su competencia, de la observancia del plazo, así como, de otras cuestiones formales; ante su inadmisión, cabrá recurso de súplica (art.186 LEC), que se tramitará conforme al de reposición (art.451 LEC).

⁵¹⁴ STC 43/1988, de 16 de marzo confirma que «la posibilidad de recurso no transfiere al Tribunal revisor, ni le atribuye, la jurisdicción de equidad, no solo la originaria, exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora de un juicio de equidad en sí mismo. No es Juez del juicio de equidad porque iría 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. El (Tribunal Supremo) es solo juez de la forma del juicio o de sus mínimas garantías formales; (...) no se pronuncia sobre el fondo».

También SAP Madrid de 10 diciembre 1991 (*RVDPA*, núm.2, 1993, pág. 248) confirma que «no es posible ahora examinar, al amparo del art.45 de la Ley arbitral, si el tan repetido perjuicio se produjo realmente o no y, en caso positivo, su extensión, para concluir estimando el motivo del recurso porque ello equivaldría al examen del fondo (...) desnaturalizando tal recurso hasta convertirlo en apelación».

Si el recurso se interpuso en forma y plazo, el Tribunal deberá *admitir* mediante auto y dispondrá de los apremios necesarios para compeler a los árbitros para la entrega de las actuaciones arbitrales o de alguna documentación, dependiendo del motivo que se alegue. Se emplazará, entonces, a las partes para que se personen y formulen su oposición.

Admitido por el tribunal el recurso de anulación deberá darse traslado del escrito a la otra parte para que se oponga y, en su caso, proponga las pruebas que estime oportunas «dentro de los veinte días desde el traslado de la copia del mismo» (art.48.1). A continuación, se practicarán las pruebas que hayan sido admitidas en el plazo máximo de 20 días y en los seis siguientes a éstos cualquiera de las partes podrá pedir a la Sala que celebre una vista pública para que dicte sentencia⁵¹⁶. Ésta dispondrá de un plazo de 10 días para hacerlo y contra su sentencia no cabrá ulterior recurso (art.49) y si las partes no lo piden, no lo podrá hacer de oficio el Tribunal⁵¹⁷. Antes de dictar su fallo podrá el Tribunal acordar diligencias para mejor proveer, en cuyo caso se suspende el plazo para dictar sentencia⁵¹⁸.

La decisión del Audiencia Provincial puede anular todas las actuaciones llevadas a cabo por el tribunal arbitral o, por el contrario, anular parcialmente –si así lo permite el motivo en cuestión- y retrotraer las actuaciones al momento en el que se produjo tal vicio. Contra tal decisión no cabe ulterior recurso, convirtiéndose en sentencia ejecutiva; si en ella se reconoce la causa de nulidad, el laudo será definitivamente inejecutable ante el Juez de Primera Instancia (art.55 LA). En el caso de que la Audiencia Provincial confirmara las actuaciones

⁵¹⁵ Puede que las partes hayan solicitado el derecho de justicia gratuita en cuanto a tales abogado y procurador.

⁵¹⁶ Se trata ésta de una audiencia que viene a plasmar la obligación del art.120 CE sobre el principio de publicidad de las actuaciones. *Vid.* respecto a esta afirmación, ÁLVAREZ SÁNCHEZ de MOVELLÁN, P., *La anulación del laudo arbitral*, *op.cit.*, pág. 413 y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 754.

⁵¹⁷ BARONA VILAR, S., *Comentario breve....*, *op.cit.* pág. 251.

llevadas a cabo en la obtención de ese laudo arbitral, a la parte que se siente violada en esos mínimos procedimentales, no le queda ulterior recurso⁵¹⁹.

e. La adopción de medidas cautelares

Ya hemos aludido a que la nueva situación introducida tras la Ley no deja lugar a dudas⁵²⁰. Hasta el momento la LA tan sólo admitía tal posibilidad una vez interpuesto recurso de anulación del laudo, solicitando «del Juez de Primera Instancia que fuere competente para la ejecución medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquel una vez que alcanzare firmeza. (...)». Precisamente el legislador optó por tal momento procesal a la hora de conceder las medidas cautelares, por razón de la no posibilidad legal de ejecutar provisionalmente el laudo arbitral⁵²¹ y ello, en la práctica, tan solo ha contribuido

⁵¹⁸ MARTÍN OSTOS, J., «El recurso de anulación contra el laudo arbitral», *Lecciones de Derecho Procesal en honor a Victor Fairén Guillén*, Tirant Lo Blanch, 1990, Valencia, pág. 333.

⁵¹⁹ En contra, ÁLVAREZ SÁNCHEZ de MOVELLÁN, P., *La anulación del laudo arbitral*, *op.cit.*, pág. 366.

⁵²⁰ Art. 722 «Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento.

Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles».

Durante la pendencia de un proceso arbitral, el 724.1 señala que «Cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, 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». Si por el contrario la solicitud se hace antes de haberse iniciado el proceso arbitral, la LEC confirma tal posibilidad al señalar en el art.730.3 que «El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior (presentación de la demanda principal en los veinte días siguientes a la solicitud de las cautelas) no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral».

⁵²¹ Este razonamiento ha sido unánimemente admitido por la doctrina. Entre otros, *vid.* ORTELLS RAMOS, (Coor. MONTERO), *Comentario breve...*, *op.cit.*, pág. 255; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, J., *La ejecución de los laudos arbitrales*, Bosch, 1996; MARTÍN OSTOS, J., «El recurso de anulación...», *op.cit.*, pág. 332; MORENO CATENA, V., «Análisis crítico del proyecto de Ley de Arbitraje», *Estudios de Derecho de Arbitraje*, *op.cit.*, pág. 212; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 756.

a crear una forma de dilatar el arbitraje. De esta forma, tras la interposición del recurso, se suspende la ejecución del laudo.

Si durante el procedimiento arbitral hubieran mediado medidas cautelares, se podrá pedir su mantenimiento en fase de anulación, si se acredita la persistencia de ese *periculum* y continúan las razones para su mantenimiento. A tal fin el tribunal dispone del plazo de tres días para oír a las partes⁵²² y decidir sobre su adopción, con el posible señalamiento de fianza⁵²³. Tal comparecencia debiera permitir la práctica de prueba si se considera necesario.

Al encontrarnos ante los órganos de la Jurisdicción, no ha lugar a plantearse posibles limitaciones a la hora de determinar el contenido de la medida cautelar. El precepto en cuestión es una norma procesal en blanco, de modo que, «la falta de una tipificación legal de las medidas cautelares admisibles, motiva que el Juez atenderá al caso concreto para determinar la que ha de adoptarse, así como las reglas de funcionamiento. Naturalmente, la parte interesada podrá solicitar la que estime más conveniente, sin que tal petición vincule al Juez»⁵²⁴. La medida podrá reiterar la adoptada durante el procedimiento arbitral. En el caso de adoptarlas, se mantendrán hasta que la Audiencia Provincial resuelva sobre la anulación del laudo que, de ser confirmatorio, las convertirá en medidas ejecutivas. Si, por el contrario se procediera a la anulación del mismo, el solicitante deberá responder por los daños y perjuicios provocados a través del pago de la caución que, en su caso, se llegó a estipular.

⁵²² No parece ésta la opción más oportuna por perderse el factor sorpresa que, normalmente, es el que garantiza la efectividad de esa futura ejecución. Además, el hecho de distanciarse del sistema general provoca otra desventaja frente al proceso civil, ya no sólo durante la celebración del arbitraje sino una vez finalizado el mismo.

⁵²³ Plantea acertadamente ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «Procedimiento de arbitraje», *op.cit.*, pág. 61, la posibilidad de que el Juez de Primera Instancia se encuentre que tiene que adoptar una medida cautelar ante un laudo a todas luces contrario a la Ley. En este caso, deberá el Juez hacer uso de la fianza con el fin de asegurar la situación contra la casi segura anulación del laudo por el Tribunal.

⁵²⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 762.

El problema que se suscita en la práctica, sobre todo, en relación con las medidas cautelares consistentes en un hacer o dejar de hacer, es el de cómo se llevan a su ejecución forzosa. El riesgo temporal en propiedad intelectual es especialmente elevado y una falta de colaboración del sujeto pasivo puede imposibilitar esa tutela preventiva; se hace muy aconsejable entonces acudir a medidas coercitivas de índole económico, apercibimientos por desobediencia, etc⁵²⁵.

C. El juicio de revisión

El art.37 LA confirma la eficacia de cosa juzgada de la que gozan los laudos arbitrales, salvo el posible recurso de revisión que establece la LEC/2000 para las sentencias judiciales. Se trata de un juicio extraordinario donde se revisa un proceso, en este caso, arbitral frente a las posibles irregularidades del art.509 de dicho cuerpo legal. Se trata de un juicio rescindente donde se anula total o parcialmente el laudo arbitral y contra el que no cabe recurso alguno.

Solo será aplicable respecto del laudo arbitral dictado en España, quedando excluidos, por tanto, los laudos extranjeros. El laudo debe ser firme, es decir, debe haberse producido la eficacia de cosa juzgada y el recurso debe interponerse en los tres meses siguientes al día en el que se encontraron esos documentos decisivos, se declare su falsedad o falso testimonio de los testigos, la violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta, etc.

12. La ejecución del laudo arbitral

La actividad declarativa arbitral carece de sentido y de verdadera eficacia si, tras la misma, no existe la posibilidad de ejecutarla. Ante un incumplimiento voluntario del laudo resultante de un arbitraje de propiedad intelectual, corresponde a la parte solicitar su ejecución conforme al Título VII de la LA que,

⁵²⁵ BARONA VILAR, S., *La tutela civil y penal...*, op.cit., pág.599; MUERZA ESPARZA, J., *Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños en el ámbito del derecho*

a su vez, debemos entenderlo completado con las normas dedicadas a la ejecución en la LEC, incluidas las relativas a la liquidación de cantidad. Tal régimen es predicable respecto de aquellos laudos que sean nacionales⁵²⁶.

La Ley ha reconocido al laudo arbitral como título ejecutivo «asimilado a las sentencias judiciales» acorde con su naturaleza de heterocomposición ritual. Si bien la acción de juzgar podía ser atribuida por virtud de la autonomía de la voluntad de las partes a un tercero, la ejecución, en cuanto supone una intromisión en el señorío jurídico del ejecutado, sólo es reconocible en los órganos jurisdiccionales.

A. *Noción*

La ejecución del laudo arbitral es un tipo de actividad ejecutiva que viene precedida de una declaración, en este caso, arbitral. Supone que se ha estimado la pretensión y se ha condenado al demandado, pues ni las pretensiones declarativas puras ni las constitutivas requieren de la colaboración de órganos jurisdiccionales en su fase ejecutiva, sino que la mera declaración es suficiente para dar satisfacción al actor, al ser directamente inscribible el laudo resultante en el registro por el notario⁵²⁷. Esto es, el reconocimiento del derecho a seguir explotando una obra o a autorizar una determinada emisión, constituyen declaración suficiente y, tras la producción de su eficacia de cosa juzgada, resulta oponible *erga omnes*, sin necesidad de una ulterior actuación; sin embargo, para que la tutela sea «efectiva», la condena a un resarcimiento por la autorización de la explotación de una obra sin consentimiento de su autor requiere de una ejecución forzosa, si no medió voluntad de cumplir lo estipulado en el laudo.

industrial y de la competencia, CEDECS, 1997, pág.139-140.

⁵²⁶ Es laudo extranjero el dictado fuera de España que, conforme al art.57 LA deberán recibir el *exequatur* del tribunal Supremo (Sala de lo Civil) (arts.956 y 957 LEC) y, para su ejecución, se seguirán las normas establecidas en el ordenamiento procesal civil para las sentencias extranjeras y conforme al régimen convencional y el principio de reciprocidad. El Convenio de Nueva York actúa, en materia arbitral, como garantía de la ejecución del laudo.

⁵²⁷ MONTERO AROCA, J., *Comentario breve...*, *op.cit.*, pág. 267.

Para ejecutar un laudo, éste debe ser firme y su ejecución se realiza, con carácter exclusivo, de forma definitiva. No ha lugar a ejecuciones provisionales sino que, para asegurar la eficacia de la misma, se deberá acudir a la solicitud de medidas cautelares en tanto se interponga recurso de anulación.

B. Competencia

La ejecución del laudo le corresponde, objetivamente, al Juez de Primera Instancia, con independencia de la especialidad de esta materia (arts. 45 y 545.3 LEC); territorialmente, se la atribuye la competencia al partido judicial donde se haya dictado el laudo (art.53 LA). Son éstas normas de derecho imperativo, lo que les hace controlables de oficio. Nada obsta a que las partes hubieran reservado la liquidación del título, siempre de naturaleza declarativa, a los árbitros en el mismo convenio arbitral (art.2.1.a) LA)⁵²⁸.

Ante el incumplimiento voluntario del laudo arbitral y desde su notificación, sin haber mediado recurso de anulación (art.46.2 LA) o, habiendo sido interpuesto, si el laudo hubiera sido confirmado, se podrá interponer demanda ejecutiva ante el Juez. Para el cómputo de este plazo, se ha de tener en cuenta un tercer plazo, como es el de aclaración, pues afecta tanto a los términos de la anulación como de la ejecución, sobre todo, si se atiende a la posibilidad de que los árbitros denieguen tal aclaración mediante la figura del silencio⁵²⁹.

C. Legitimación

La parte a cuyo favor se haya dictado el laudo se convertirá en ejecutante frente al ejecutado, reconocido en el título como deudor. Si bien durante el

⁵²⁸ Así lo entiende también CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el derecho español...*, op.cit, pág. 145; MONTERO AROCA, J., *Comentario breve...*, op.cit., pág. 28. Pero tal posibilidad tan sólo se ofrece en relación a la liquidación de la cantidad, pues lo que queda estrictamente prohibido es someter otros términos de la misma a un procedimiento arbitral (STS 4 julio 1989 (RJ 1989, 5296).

⁵²⁹ SENES MOTILLA, C., «La ejecución forzosa de los laudos arbitrales», *Revista de Jurisprudencia Española y Legislación*, 1990, núm.2589, pág. 927.

arbitraje y la fase de creación del convenio debía existir una identidad entre las capacidades y disponibilidades materiales y procesales de las partes en ambas fases, no tiene por qué ocurrir lo mismo en el proceso de ejecución, es más, es posible encontrar legitimaciones extraordinarias, acumulaciones de procesos y supuestos de litisconsorcio.

a. La legitimación ordinaria

La parte que obtenga el título ejecutivo a su favor afirma ser titular de un derecho y, la condenada en el mismo, se presenta como la titular pasiva de una obligación. Pero no siempre va a ser así. Establecida una nueva relación jurídica material tras la emisión del laudo, nada obsta a que exista un acreedor que se subrogue en el derecho de crédito de un *debitor debitoris*, que se encuentra el legitimado activamente como ejecutante (art.1111 Cc.), o por tratarse de un supuesto de legitimación derivada a favor del sucesor de este ejecutante o en contra de los herederos del mismo.

Dicho esto, la *legitimación activa* la tiene el que aparezca en el título como acreedor y, la *pasiva*, no sólo el que figura en el título como deudor sino que es posible encontrar que deba responder otro sujeto vinculado legalmente. En materia de derechos de autor pudiera traducirse en un obligación legal para una entidad de gestión por haberse producido durante ese lapso de tiempo una colectivización en la gestión de un derecho de ejercicio individual.

b. Legitimación extraordinaria

La acción subrogatoria del art.1111 Cc. es predicable de las acciones ejecutivas. «Si el deudor, que ha obtenido a su favor una sentencia contra un deudor suyo, no insta la ejecución, el acreedor, después de haber perseguido los

bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se le debe, puede ejercitar todas las «acciones» de éste y, por tanto, también las ejecutivas»⁵³⁰.

¿Podría iniciar la ejecución una entidad de gestión que no fue parte en el arbitraje entre una asociación de usuarios y unos autores o entidad de radiodifusión, respecto de una condena que pueda interesar a la gestión colectiva de dicha entidad? No se trata, en este caso, de un supuesto de interés difuso de los del art.7.3 LOPJ, en cuyo caso, no nos cabe duda de que la legitimación sería clara⁵³¹, sino que se trata de un interés colectivo, reconocido a tales entidades para que actúen por legitimación extraordinaria y, en tal sentido, si la condena pudiera afectar en algún modo a tales derechos colectivos, debiéramos admitirlo.

c. La acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes

La Ley de Enjuiciamiento Civil permite, en fase de ejecución (art.555), que se acumulen los procesos de tal tipo que coexistan simultáneamente entre los mismos ejecutante y ejecutado, incluso si uno de ellos fuere arbitral y el otro judicial o con cualquier otro título ejecutivo. Junto a esto, no carece de sentido pensar en la posibilidad de que se de un litisconsorcio, necesario o cuasi-necesario, entre los deudores o acreedores solidarios que actuaron como parte en el proceso declarativo.

D. Los terceros en la ejecución.

El tercero puede, frente al acreedor ejecutante, intervenir en el proceso afirmando tener un crédito preferente frente a éste o, si se tratara éste de uno de tipo genérico, la Ley le permite hacer uso de la tercería de mejor derecho. Igualmente, los bienes de un tercero pueden verse afectados por una ejecución derivada de un proceso del cual no forma parte, debiendo utilizar, en su caso, la

⁵³⁰ MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional. Proceso civil*. 2000, págs. 544 y ss.

⁵³¹ MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional. Proceso civil. op.cit.*, págs. 554 y ss.

tercería de dominio. No son éstas figuras que puedan quedar afectadas por la especial propiedad que aquí tratamos.

E. El objeto de la ejecución

La pretensión ejecutiva, objeto del proceso de ejecución de un laudo arbitral, se compone de una petición y de una *causa petendi*. Comenzando por esta última, el laudo se constituye como el título que fundamenta su pretensión. La pretensión en sí misma será, de modo inmediato, la actividad jurisdiccional tendente a modificar la realidad conforme se plasma en el título y, de modo mediato, la obligación de hacer, de dar o de abstenerse de hacer a la que se encuentra sometido el deudor ejecutado. Si la condena consiste en otorgar o denegar una autorización para continuar legalmente explotando una obra, el Juez debe utilizar los medios legales oportunos para que se pueda materializar ese «hacer» o «no hacer» del deudor; si, por el contrario se trata de una condena a «dar alguna cosa», los ejemplares indebidamente reproducidos por la editorial deberán ser entregados a su autor y si, por último, se condenara al pago de una cantidad dineraria, le corresponde al Juez, el embargo de los bienes necesarios para el saldo de esa deuda. Las diferentes pretensiones ejecutivas deben, pues, versar sobre estos objetos y actividades jurisdiccionales.

F. La ejecución provisional

Ya hemos dicho que fue una opción de política legislativa la inadmisión de la ejecución provisional de laudos arbitrales no firmes, habilitando a la parte para que, durante su eficacia definitiva, se soliciten medidas cautelares aseguradoras, que se alzarán tras la sentencia confirmatoria o revocatoria del laudo.

En nuestra opinión la decisión del legislador es criticable pues, baste señalar las diferencias existentes entre los presupuestos necesarios para adoptar una y otra solución, es decir, la ejecutiva y la cautelar. La competencia, por tanto, para

la tutela provisional de los derechos establecido en el título ejecutivo la poseerá la Audiencia Provincial de la que pende el recurso.

G. La ejecución definitiva

El proceso de ejecución civil, como tal, se basa en el principio dispositivo y, por tanto, debe ser iniciado a instancia de parte. Para ello se hace necesaria la presentación de una demanda ejecutiva que ponga en marcha el procedimiento, con las especiales características que la fase de oposición tiene en la Ley de arbitraje.

La parte ejecutante dispondrá de un plazo de 5 años para ejercitar la acción ejecutiva, teniendo en cuenta las posibilidades de suspensión que ofrece la Ley (arts.565 y ss.).

a. La demanda ejecutiva

Conforme al art.549 LEC, para que la demanda se encuentre bien constituida, debe señalarse, con carácter principal, la competencia del órgano jurisdiccional, la identificación de las partes y la legitimación con la que intervienen, el laudo como título en el que fundan su pretensión, los bienes de que dispone el ejecutado susceptibles de embargo, posibles medidas de localización de éstos, postulación con la que se actúa, a través de la firma de abogado y procurador, así como el acreditamiento de la firmeza del laudo, hubiere mediado o no recurso y el no transcurso de los tres años desde que se dictó el mismo (art.518 LEC).

En segundo término, señala la LA que «al escrito solicitando la ejecución se acompañarán necesariamente copia autorizada del laudo y los documentos acreditativos de la notificación a las partes y del convenio arbitral. Se acompañará igualmente, en su caso, testimonio de la resolución judicial a que se refiere el art.49.2 de esta Ley».

Respecto al requisito de presentación de copia autorizada del laudo, basta con que sea el mismo notario que protocolizó, el que autorice ahora una segunda copia. La notificación a las partes es otro elemento importante a la hora de presentar la demanda ejecutiva, pues el Juez debe tener constancia del conocimiento que el ejecutado tiene del laudo, a efectos de posible recurso. El problema surge cuando medió recurso de aclaración, pues, erróneamente, el legislador admitió el silencio negativo de los árbitros, sin notificación de ningún tipo. Sin ella se hace difícil calcular el plazo de 10 días al que se refiere el artículo 46.2 en torno a la anulación y, por tanto, el del artículo 53, en materia de ejecución⁵³².

b. El despacho de la ejecución

En la Ley de Arbitraje ocurre un fenómeno sin parangón en el proceso de ejecución. Al haberse regulado una ejecución sujeta a contradicción el factor sorpresa decaerá en favor del conocimiento por parte del Juez de una posible interposición del recurso de anulación. De esta forma, el control del laudo por el Juez y la notificación al ejecutado se presentan, prácticamente, como simultáneas en el tiempo.

Controlada la regularidad del laudo y delimitados los términos de la ejecución, corresponde al ejecutado formular sus causas de oposición tanto al conjunto del proceso, como a cada uno de los actos ejecutivos en los que éste se desarrolla.

c. El control del laudo

El Juez de Primera Instancia, tras haber dado traslado a la otra parte de la petición de ejecución y de toda la documentación, y antes de proceder a despachar la ejecución, deberá observar el título ejecutivo. En el arbitraje no existe homologación judicial del laudo, aunque eso no conlleva una ejecución

⁵³² SENES MOTILLA, C., «La ejecución forzosa de los laudos arbitrales», *Revista de Jurisprudencia Española y Legislación*, 1990, núm.2589, pág. 927.

automática por parte del juez. Una vez ante éste, existe cierta posibilidad de que el laudo se controle y, no solo en cuanto a su regularidad formal⁵³³, sino también respecto del fondo, cuando sea contrario al orden público.

Al dar tratamiento al convenio y al procedimiento, observamos unos mínimos indisponibles sobre los que carecía de eficacia la autonomía de la voluntad. Por esta razón, no cabe hablar de subsanación por falta de impugnación⁵³⁴ con carácter general. No se trata ahora de reincidir sobre lo dicho, pero aquellos requisitos no facultativos del convenio, exigidos por la LA en los árbitros, aquellos que afecten a los principios del proceso o al plazo para dictar el laudo arbitral o, en general, aquellos que configuran el orden público procesal (art.45.2 y 5 LA, respectivamente), son insubsanables y, en principio, solo deberían ser revisados por el órgano jurisdiccional en sede de ejecución, si así lo opone la parte interesada. Frente a esto, existen vicios que pueden afectar al fondo, pero, en nuestra opinión, debe estar cubiertos por la cosa juzgada material; si medió recurso de anulación y éste fue confirmado, no debiera permitirse el control de la regularidad formal y material del laudo pues a tal finalidad responde el recurso de anulación.

En todo caso, debiera ser un control respecto a esos elementos subsanables o la presentación de cualquier documento. Si no medió anulación, tiene mayor sentido tal control. Sin embargo, distanciándose del régimen general establecido para los títulos judiciales, se afirma que, en cuanto laudo contrario al orden público, el JPI debería controlarlo de oficio y denegar la ejecución conforme al artículos 11.2 LOPJ y 6.3 Cc.⁵³⁵. No se nos pasa inadvertido, que aceptar tal

⁵³³ Recordemos que se trata de un arbitraje ritual (art.3) y el laudo resultante solo será ejecutable conforma a la Ley de Arbitraje (art.52) si se respetaron esos mínimos procesales.

⁵³⁴ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La ejecución de los laudos arbitrales*, *op.cit.*, pág. 119.

⁵³⁵ MONTERO AROÇA, J., *Comentario breve...*, *op.cit.*, pág. 267; SAMANES ARA, C., (Coor. BONET/QUINTANA), *El sistema arbitral...*, *op.cit.* pág. 241; BARONA VILAR, S., *Comentario breve...*, *op.cit.*, pág. 244; CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el derecho español...*, *op.cit.*, pág. 146; GONZÁLEZ MONTES, J.L., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 791; ÁLVAREZ ALARCÓN, A., (Coor. LORCA), *Comentario breve a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre*, *op.cit.*, pág. 65; ORMAZÁBAL

conclusión conlleva, en cierta forma, reconocer en el Juez una función que, en puridad, no le corresponde, como es la de revisar todos esos términos, pero nos parece una interpretación más acorde con ese mínimo rigorismo formal que debe reconocerse en la presente heterocomposición reglada que establece la LA.

El Juez de Primera Instancia, una vez observada la irregularidad del laudo, no le corresponde anular, sino que simplemente suspenderá su ejecución con el fin de que el oponente interponga tal recurso, bajo la condición de que así lo pida la parte y si todavía está en plazo (art.55 LA). La falta de ciertos documentos o requisitos que sean subsanables, no debe conllevar la denegación *a limine* de la ejecución, sino que debe darse la posibilidad de subsanación de aquellos términos que fueren subsanables (art.11.3 LOPJ).

d. La oposición a la ejecución

Controlados los presupuestos del laudo, se dará traslado de la documentación a la otra parte para que formule oposición. El ejecutado dispone de un plazo de cuatro días para alegar la pendencia de un recurso o para presentar testimonio de la resolución judicial que haya anulado el laudo en cuestión o, incluso, oponer hechos excluyentes o extintivos ocurridos durante ese lapso de tiempo que estriba, entre dictar el laudo y solicitar su ejecución, que impiden total o parcialmente la misma.

Este es el único supuesto en el proceso de ejecución donde la petición de ejecución resulta contradictoria (art.55 LA), por darse traslado de la misma al ejecutado antes de dictarse el laudo despachándola. Acertadamente, se ha criticado con carácter unánime por la doctrina, la pérdida del factor sorpresa en la

SÁNCHEZ, G., *La ejecución de los laudos arbitrales*, *op.cit.*, pág. 127; SENES MOTILLA, C., «La ejecución forzosa de los laudos arbitrales», *op.cit.*, pág. 927.

presente ejecución⁵³⁶; así como la proliferación de los recursos de anulación con ánimo simplemente dilatorio en la ejecución.

Las causas de oposición se diferencian entre aquellas que niegan el conjunto de la oposición, bien por defectos procesales o por razones de fondo, de aquellas otras que tienden a poner de manifiesto que ciertos actos ejecutivos no se están llevando a cabo con la regularidad formal debida, infringiendo los términos del título ejecutivo. Las causas que establece la Ley en el art.559 LEC son las siguientes:

a) Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda. Sería éste un supuesto en el que la Sociedad General de Autores y Editores aparece como demandada ejecutada por haber actuado como representante voluntario de un interés individual de un autor, sin que le corresponda ahora ser ejecutada por tal título.

b) Supuesto similar pero en sentido contrario sería, la oposición por falta de capacidad o representación del ejecutante o por no acreditar el carácter o representación con la que se demanda.

c) Por existir deficiencias en la forma de proponer la demanda ejecutiva o inadecuación de los actos realizados al título ejecutivo. Los supuestos pueden ser muy variados, pues, por ejemplo puede tomarse la recaudación de una taquilla por explotación de una obra, que no es la que dio lugar al conflicto, aunque se tratara del mismo autor.

d) Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener el laudo arbitral pronunciamiento de condena, como sería el caso de un laudo declarativo del derecho a seguir explotando una obra.

⁵³⁶ El principio *inaudita parte* que rige la ejecución de sentencias civiles, no puede entenderse como una violación del principio de audiencia, sino que, como afirma FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., *Derecho Procesal Civil*, III, Barcelona, 1988, págs. 282, tal audiencia tiene sentido precisamente tras la interdicción de los bienes que deberá ser ejecutados.

e) No constituir título ejecutivo el laudo presentado en la demanda por ser, por ejemplo, falso o no celebrado conforme a la Ley de Arbitraje.

f) Por mediar infracción al despacharse la ejecución.

Si los defectos son subsanables, deberá el Juez dar la oportunidad de sanearlos en el plazo de 10 días y, de no hacerlo o de entender el Juez que es insubsanable, se dictará auto de sobreseimiento. Por el contrario, si entiende que no existe causa de oposición, dictará auto decretando la ejecución inmediata.

Por el contrario, la causa de oposición alegada puede que afecte al fondo de la ejecución, por existir un acuerdo extintivo *inter partes* por el que se llega a una solución diferente de la controversia, por caducidad de la acción, pago o cumplimiento, transacción, etc., siempre que fueran posteriores al último momento preclusivo en que pudieron alegarse en el proceso arbitral de declaración.

El procedimiento se tramita como cualquier otro incidente declarativo y, en principio, no debiera suspender, pues se trata ésta de una regla general en la ejecución (art.556 y 560 LEC)⁵³⁷ y porque la única mención especial que hace la Ley de Arbitraje relativa a una suspensión en la presente fase, se restringe a los supuestos donde se alegara la pendencia del recurso de anulación (art.55.1). A continuación, cualquiera de las partes debe pedir la celebración de una vista en el plazo de cinco días para que ésta se celebre como máximo en los diez siguientes, proponiendo las pruebas que se estimen oportunas. La incomparecencia del demandante incidental (ejecutado) se entiende por desistimiento, con la consiguiente imposición de costas y, en su caso, la indemnización para la otra parte. Si por el contrario no comparece el demandado incidental o ejecutante, el tribunal resolverá igualmente sin oírle sobre la base de los argumentos aportados por la otra parte.

⁵³⁷ La LEC solo prevé suspensión cuando se trata de un título no judicial ni cualquier otro que se le asimile (art.558.2 y 560).

Resta aludir al supuesto de oposición del ejecutado contra los actos de ejecución que son contrarios a norma procedimental o procesal o por infringir, en sí mismo, el contenido del título ejecutivo.

El incidente se resuelve mediante auto. El contenido del mismo debe optar por declarar procedente la ejecución y procediendo a su despacho o por denegar tal ejecución al estimar acorde a derecho tal causa. En relación con la posibilidad de recurrir tales autos la Ley se ha mostrado tajante al respecto cuando afirma que «no son susceptibles de recurso». Sin embargo, opinamos con SENES MOTILLA, que en el supuesto denegatorio del despacho de la ejecución debe admitirse la posibilidad de interposición de recurso, «salvo en aquel supuesto en el que dicho auto traiga causa de la anulación del laudo por la Audiencia Provincial»⁵³⁸. Solo en el caso de que el auto denegara la ejecución por causas distintas a las que le puede producir la anulación, por excederse en la ejecución, por no respetar las normas reguladoras de ésta, cabrá recurso contra éste⁵³⁹, siempre que tras, el control de oficio, no hubiera estimado su falta de jurisdicción o competencia, por formularse contra persona no legitimada, por tratarse por ejemplo de la modificación de la inscripción de un título de propiedad intelectual en registro extranjero o consista en la condena a no ejecutar una determinada obra en otro país, etc⁵⁴⁰.

⁵³⁸ SENES MOTILLA, C., «La ejecución forzosa de los laudos arbitrales», *op.cit.*, pág. 930.

⁵³⁹ CORDÓN MORENO, F., *op.cit.*, se refiere a la posibilidad de formular reposición y apelación a un solo efecto o a dos según los casos (art.376 y 949.1 y 2 LEC) e, incluso, casación cuando se resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito (art.1687.2 LEC), pág. 147.

⁵⁴⁰ MONTERO AROCA, J., *Comentario breve...*, *op.cit.*, pág. 284; SAMANES ARA, C., (Coor. BONET/QUINTANA), *El sistema arbitral...*, *op.cit.* pág. 243; SENES MOTILLA, C., *op.cit.*, pág. 929; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La ejecución de los laudos arbitrales*, *op.cit.*, pág. 194.

Capítulo cuarto

**EL ARBITRAJE ESPECIAL DE LA COMISIÓN MEDIADORA Y
ARBITRAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

La novedad del tema objeto de estudio, hace prácticamente inexistente una práctica que sirva de punto de apoyo en este trabajo. Por tal motivo, para su realización hemos considerado conveniente acudir a otros ordenamientos de Derecho comparado. Las diferencias que vamos a encontrar son notables así como su transcendencia práctica. Frente a una gran mayoría de procedimientos administrativos, como los establecidos para el caso suizo o alemán, nuestro legislador ha colocado el sistema de protección de la propiedad intelectual a la altura de aquellos ordenamientos más avanzados en materia de arbitraje, como el de Inglaterra, Suecia o Estados Unidos.

Que no exista hoy por hoy una gran repercusión práctica en este ámbito del Derecho no supone un fracaso de la tutela arbitral privilegiada regulada por la Ley⁶³⁴ sino, antes bien, la falta de confianza de los operadores jurídicos de esta propiedad tan especial en el arbitraje o la juventud de la materia. El incipiente incremento que en estos últimos años ha experimentado las estadísticas ante la CMAPI, la creación de arbitrajes específicos en esta materia en el ámbito internacional -como son el impartido por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París y el de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual -, nos ponen de manifiesto la acertada tendencia apuntada por el legislador español. Adelantamos que, el legislador, bajo la denominación de «arbitrajes» ha incluido una panoplia de sistemas: junto a un verdadero arbitraje, ha regulado varios procedimientos administrativos y, con el tiempo, tal como el sistema se vaya afianzando, pueden devenir en nuevos arbitrajes especiales e, incluso, que la propia CMAPI se convierta en una jurisdicción arbitral institucionalizada en materia de propiedad intelectual, conforme ocurre con el *Copyright Tribunal*.

⁶³⁴ Recuérdese la ineficacia que, en sus inicios, sufrió el arbitraje de consumo y, sin embargo, en la actualidad es indubitada su transcendencia práctica, como verdadera alternativa a la jurisdicción.

I. ARBITRAJE Y PROPIEDAD INTELECTUAL EN DERECHO ESPAÑOL Y EXTRANJERO

Nuestra Ley de Propiedad Intelectual introdujo sin precedente la figura de la *Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual*. Para comprender su existencia, tanto en nuestro ordenamiento como aquellas otras comisiones similares en los sistemas vecinos, debemos atender a varios factores.

Por un lado, a la evolución que sufren los derechos de autor con la llegada del denominado «estado del bienestar», a través del logro de ese equilibrio entre la intervención del Estado en los asuntos en los que participa el individuo y el «laissez faire» propio de un sistema liberal. Desde este momento no sólo toma la consideración de «derecho», sino que el Estado lo asume como un nuevo mínimo, sobre el que procura una colectivización y, con ella, una necesaria intervención de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. Consecuentemente, se hizo necesario algún tipo de control sobre su actividad: un abuso de posición dominante podía acarrear una paralización del tráfico de estos derechos, en perjuicio de los autores y titulares de otros derechos de explotación.

1. La vigilancia de las entidades de gestión

En relación con las diferentes formas de control de las entidades de gestión y a la protección que los legisladores han dado a estos derechos de gestión colectiva, son muy variadas las propuestas que hemos encontrado, caracterizadas por diferentes grados de intervencionismo de la Administración. Para nuestro estudio hemos considerado conveniente aproximarnos a los modelos de derecho continental y anglosajón, aun a sabiendas de sus diferencias materiales; en el derecho inglés el control estatal sobre las entidades de gestión es menor, con una clara supremacía del denominado *Copyright Tribunal*, como órgano arbitral jurisdiccionalizado. Dentro del derecho continental, son numerosas las

diferencias existentes entre los diferentes ordenamientos estatales: Suiza, Francia, Italia o Alemania son ejemplo de ello⁶³⁵.

A. *El caso español*

Con carácter previo a la LPI de 1987, no encontramos en nuestro derecho referencia alguna a la Comisión objeto de estudio. Ello se entiende si con anterioridad no existe protagonismo alguno de las entidades de gestión, ni de la gestión colectiva. Cuando la Disposición Adicional Primera de la LA recoge este arbitraje especial, se hace eco de una situación preexistente en una norma de derecho material.

Nuestro punto de referencia a la hora de diseñar nuestra CMAPI fue, precisamente, el Derecho alemán (*Urheberrechtswarhnehmungsgesetz*), sobre el que se basó su posterior desarrollo reglamentario en el RD 479/1989, 5 mayo, destinado a desarrollar la composición y procedimiento a seguir ante dicha institución.

La incorporación de España a la Unión Europea introdujo cambios en la presente Comisión, fruto de la acogida que tuvo el movimiento de la ADR; de hecho se generó una ampliación de sus funciones y competencias, de forma que la *Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual* (CAPI) pasó a constituirse en

⁶³⁵ de 9 de septiembre 1965, *Bundesgesetzblatt* 1965, parte I, págs. 1296 y ss. Modificada en sucesivas ocasiones pero, a los efectos que interesan a este trabajo (arts.14 a 16), por la Ley de 19 de diciembre 1985 y por la de 8 de mayo 1998, *Bundesgesetzblatt* 1998, págs. 902, 903.

Para Francia *vid. Code de la propriété intellectuelle*, Ley 597/1992, de 1 julio y su *Partie Reglementaire*, Decreto 385/1995, de 19 abril, en *Juris-Classeur*, 5, 1995 (sin modificación posterior).

Para Austria *vid. Urheberrechtsgesetznovelle*, de 2 julio de 1980, *Bundesgesetzblatt für die Österreich* 1980 Tomo III, núm.321(sin modificación posterior).

Para Suiza *vid. Loi Fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, de 9 octubre de 1992, *Recueil systématique du Droit Federal Suisse*, 2/3, 231.1.

Para Reino Unido, *Copyright, Designs and Patents Act* 1988, *Halsbury's Statutes* Reissue 1991, núm.11, pág. 451 y ss. y *Halsbury's Statutes Cumulative Supplement* 1998, pág. (4) 11/61. En relación con el procedimiento a seguir por *Copyright Tribunal*, *Halsbury's Statutes* Reissue 1995, núm.10.

Para Italia, *vid. Ley 633/1941*, de 22 abril, *de Protezione del diritto d'autore e di altre diritti connessi al suo esercizio* y su Reglamento de ejecución RD 1369/1942, de 18 mayo.

57

Comisión Mediadora y Arbitral de la propiedad Intelectual (CMAPI). Acertadamente, se le dotó a esta Comisión, por un lado, de poder para intervenir en ciertas negociaciones entre los grandes usuarios de los derechos en cuestión y, de otra, funciones de mediación que garantizaran la no paralización del tráfico de estos derechos. Se trata ésta de la única función realizada con éxito por tal Comisión en la actualidad, a pesar de no haber tenido un desarrollo reglamentario.

En nuestra legislación el control ejercido por el Ministerio de Cultura se realiza *ab initio*, es decir, tras la aprobación de los estatutos de la entidad de gestión por parte de la Administración (arts.158-159 LPI). Junto a ello, *vía legislativa* se ha delimitado las obligaciones a las que quedan sometidas dichas entidades (art.157 LPI); se crea un marco contractual muy reglado y basado en un sistema de licencias obligatorias; se establece con carácter voluntario esta vía de contratación y resolución de los conflictos en los que puedan aparecer inmiscuidos los propios órganos de control, protección y fomento de la propiedad intelectual, a saber, las entidades de gestión.

Contrariamente a lo que ocurre en Derecho comparado, la CMAPI no es un verdadero foro especializado, donde las asociaciones de usuarios, entidades de radiodifusión y estos órganos de gestión discuten necesariamente bajo su control. Nuestra Comisión Mediadora y de Arbitraje no tiene encomendada la vigilancia y control de las entidades de gestión, sino que se corresponde con un órgano de vocación negociadora y resolutoria, capaz de equilibrar esa suerte de monopolio que tienen encomendado las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual; en cuanto no es obligatorio acudir a ella, no puede reconocérsele como órgano de control. De otro modo, para obtener una declaración de tal tipo, corresponde a las partes acudir, bien ante los órganos jurisdiccionales o bien ante el Tribunal de Defensa de la competencia, para que resuelvan sobre estos términos.

B. En el derecho extranjero

En el ámbito de la *Unión Europea* se aboga en general por un sistema de mediación y prevención de abusos en la negociación que, si bien en principio parece enfocado hacia aquellos derechos explotados por retransmisiones por cable, parece aconsejable hacerlo extensivo a cualquier tipo de derecho cuya gestión y uso lo ejerzan esos grandes operadores de derechos⁶³⁶.

Por lo que al tema del monopolio de las entidades de gestión se refiere, desde esta misma sede se han formulado varios pronunciamientos decisivos, llegando a considerarse como justificado y no atentatorio contra los arts.85 y 86 del Tratado Constitutivo de la CEE⁶³⁷. Dicho monopolio puede ser beneficioso y necesario⁶³⁸. Conscientes de éste y, para evitar abusos, cada Estado ha creado un sistema de protección de estos derechos de interés social de modo diferente⁶³⁹.

⁶³⁶ Este mandato se dirige a evitar abusos en esta fase previa de creación contractual tendente a que ésta se lleve a cabo en condiciones de equidad, evitando el abuso de posición dominante que este monopolio legal podría generar. Así lo reconoce DIETZ, A., cuando afirma que «Any reorganization on an European scale would have to decide –with the exception of Italy, where there is already a legal monopoly- whether the (...) monopoly position should be converted into an indisputable legal monopoly. Abuse of such a legal monopoly would be punishable not through the agency of cartel supervision but by the special law by reference to statutes and tariff arrangements associated with a legal contractual obligation under suitable conditions», *Copyright Law in the European Community*, Sijthoff and Noordhoff, 1978, pág. 20.

No olvidemos la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre ciertas medidas tendentes a reducir y prevenir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales (Ex.Mot. de la Ley de Arbitraje).

⁶³⁷ Véase, STJCE 9 abril 1987 (C-402/1985), 13 julio de 1989 (C-110/1988, C-241/1988, C-242/1988, C-395/1987) STPI 9 enero 1996 (T-575/1993) y en relación con el comentario de éstas, MARÍN LÓPEZ, J., (Coor. Bercovitz), *op.cit.*, págs. 2161-2169; DELGADO PORRAS, A., *op.cit.*, págs. 497-499; con carácter general, DIETZ, A., *Copyright Law in the European Community*, *op.cit.*, págs. 16-20 y *idem*, *Das Urheberrecht in Spanien und Portugal*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, págs. 189-191.

⁶³⁸ «Est nécessaire dans l'intérêt général que les activités de ces organisations soient contrôlées par les pouvoirs publics dans une certaine mesure pour éviter tout abus de monopole (...); «cette supervision peut être exercée pour une administration publique, comme par exemple en Autriche, au Canada et au Danemark, ou par les tribunaux ordinaires comme c'est le cas de France (o) comme par exemple au Royaume-Uni, pour le recours à une certaine forme d'arbitrage obligatoire ou à un tribunal particulier habilité à examiner les activités des organisations de gestion collective», DAVIES, G., «La gestion collective des droits et l'intérêt général», *Le droit d'auteur*, marzo, 1989, pág. 92.

⁶³⁹ FREEGARD, M., «Quis Custodiet? The Role of Copyrights Tribunals», EIPR, núm.4, pág. 286 y ss. y HILTY, R., *La gestion collective du droit d'auteur en Europe*, Helbing and Lichtenhahn, 1995, pág. 29-30.

En *Alemania* el sistema de vigilancia de dichas entidades lo ha asumido la Administración a través del *Patentamt* u Oficina de Patentes, encargada de revisar si contratan todas las entidades de gestión, si realizan el correspondiente reparto de derechos, si media abuso de posición dominante e incluso ésta llega a revisar su contabilidad. Con el fin de evitar ese posible monopolio, el legislador también ha creado una comisión especial denominada *Schiedsstelle*, cuya intervención, según se verá, es obligatoria⁶⁴⁰.

En la Ley de propiedad intelectual de *Suiza* se establece una fuerte supervisión de estas entidades de gestión por parte del *Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle* que forma parte del Departamento de Justicia y Policía, encargada de revisar las cuentas anuales de éstas, autorizar y revisar tarifas, la gestión y reparto de derechos de remuneración y que, a su vez, delega la aprobación de las tarifas y del cumplimiento del resto de obligaciones en la denominada *Comisión Fédérale Arbitrale de la Propriété intellectuelle*, cuya participación y decisión también es obligatoria⁶⁴¹.

En el caso *francés*, de forma similar a la española, corresponde al Ministerio de Cultura aprobar los estatutos de las entidades de gestión y controlar sus cuentas y balances, como únicos medios de control de su actividad; sin embargo existe la supervisión de ciertas comisiones tendentes a asegurar el equilibrio entre los usuarios, como el *Centre National de la cinématographie, Mediateur du Cinéma*⁶⁴², y las Comisiones de los arts.214-4, 212-9, 132-1, 311-5 de la Ley de

⁶⁴⁰ FROMM, F./NORDERMANN, W., *Urheberrecht*, Auflage núm.7, Kohlhammer, 1994, págs. 700-708; SCHACK H., *Urheber- und Urhebervertragsrech*, Mohr Syebeck, 1997, págs. , 493-496; REHBINDER, M., *Urheberrecht*, Auflage 10, C.h.Beck 1998, págs. 347-352; DESSEMONTET, F., *Le Droit d'auteur*, Cedidac, núm.39, 1999.

⁶⁴¹ BARRELET, D/EGLOFF, W., *Le nouveau droit d'auteur*, Stampfli, 1994 (arts.55-60); DESSEMONTET, F./GROVES, P., *Copyright and Design Law*, Graham and Trotman, 1991, págs. 161 y ss.; *Idem*, *On Intellectual*, *op.cit.*, pfs.692 y ss.; CHERILLOD, I., «Chronique suisse», *Revue Internationale du droit d'auteur*, 1994, núm.159-160, págs. 182 y ss.; y con carácter general, GELLER, B., *La protection de l'artista, musicien, interprète ou executant en droit Suisse*, Lausanne 1980, pág. 140; TROLLER, K., *Mannuel du droit Suisse de biens matériels*, T.II, Hebing and Lichtenhahn, 1996, pág. 1144 y 1145.

⁶⁴² Ley 652/1982, 29 de julio y D.86/1983, de 9 de febrero que lo desarrolla (Journal Officielle 11 febrero 1983).

Propiedad Intelectual y sus respectivos artículos que los desarrollan reglamentariamente⁶⁴³. En este caso, lejos de existir verdaderos tribunales arbitrales, corresponde a la Comisión para la Competencia y Precios –dentro del Ministerio- emitir decisiones consultivas a los órganos jurisdiccionales en materia de monopolio.

Legislaciones en materia de propiedad intelectual de los países nórdicos – como la *Noruega* (arts.13, 15, 20, 23 y 51 de la Ley 12 mayo 1961) o la *Sueca* (Ley de 1 enero 1981)-, más próximas, paradójicamente, a la establecida por el legislador español, establecen comisiones arbitrales y mediadoras dirigidas a establecer los niveles de remuneración compensatoria, discusiones de licencias y autorizaciones, cuya solución resulta vinculante para las partes y no revisable por los órganos jurisdiccionales⁶⁴⁴.

Finalmente, en el *Reino Unido* e *Irlanda*, siguiendo el sistema de la *common law*, encontramos un sistema arbitral de control de dichas entidades muy desarrollado. El *Copyright Tribunal*, no solo resuelve conflictos sino que extiende su competencia a numerosos ámbitos, por tener encomendado un absoluto control de las entidades de gestión, por la razón de que también el poder de éstas es muy amplio; el control no es directo por el Estado, sino que se le ha otorgado a este tribunal arbitral especial⁶⁴⁵.

⁶⁴³ Ley 597/1992, de 1 julio, Code de la Propriété Intellectuelle y su desarrollo reglamentario por D.385/1995, de 10 abril, Editions du Juris-Classeur, 1995. Véase también arts.34, 24, 20 y 14 de la Ley 660/1985, de 3 de julio *relative aux droits d'auteur et droits des artistes-intèrpretes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle* (Journal Officielle 18 enero 1986).

⁶⁴⁴ FREEGARD, M., «Quis Custodiet? The Role of Copyrights Tribunals», EIPR, *op.cit.*, pág. 286 y *idem*, «Gestion collective: relations entre les sociétés d'auteur et les utilisateurs d'oeuvres», *Le droit d'auteur*, diciembre 1985, pág. 395.

⁶⁴⁵ *Property Law*, Cavendish Publishing LMTD, 1997, págs. 426-429; FLINT, M./THORNE, C./WILLIAMS, A., *Intellectual property: The new Law*, Butterworths, 1989; CORNISH, C., *Intellectual Property*, Sweet and Maxwell, 1996, págs. 424-426 y CORNISH, W., «Recent changes in English copyright law», *Revue Internationale du Droit d'auteur*, 1997, núm.172, págs. 164..

2. La naturaleza de estas Comisiones.

Las diferentes comisiones que estudiamos distan de la naturaleza y funcionamiento de la CMAPI, pero las diferencias no son tanto en cuanto a la esencia de este órgano, sino por las diferentes funciones que desempeña. Bajo nuestro parecer, el legislador español, tomando como base el modelo alemán, creó una comisión de arbitraje y de mediación más ambiciosa y objetivamente más amplia que la del prototipo de creación⁶⁴⁶. Parece haber pretendido superar este patrón creando un órgano de solución de conflictos con funciones arbitrales, mediadoras y de tipo administrativo.

En primer lugar, centrándonos en el supuesto *suizo*, la Ley de Propiedad Intelectual de este país creó con sede en Berna una *Commission Arbitrale Fédérale pour la gestion de droits d'auteur et droits voisins* (art.55-57) y por norma reglamentaria se ha desarrollado pormenorizadamente su composición, funcionamiento y procedimiento⁶⁴⁷.

Se trata de una Comisión atípica, en cuanto que no forma parte de la Administración pero se encuentra sita en ella –Départament fédéral de justice et police (art.1.3 ODAu)- y queda integrada, en cierto grado, por alguno de los miembros designados por ella. Estos sólo se encuentran sometidos a la Ley y no reciben instrucciones jerárquicas (art.55.3 LDA); pero tampoco se trata de un órgano independiente⁶⁴⁸, que realice la función de decir el derecho por lo que la Comisión se aproximaría a uno de esos «órganos administrativos

⁶⁴⁶ La razón se debe a que nuestra CMAPI se creó sobre la base de la regulación anterior de la *Schiedsstelle*, conforme a la Ley de Propiedad Intelectual de 9 de septiembre de 1965. Esta comisión no tuvo la repercusión esperada debido a la composición heterogénea del tribunal. En realidad, el problema que se presentaba era exactamente el mismo que hoy encontramos en el caso español. Al tratarse de grandes usuarios, las posibilidades de nombrar un árbitro se reducen pues, los abogados y especialistas en propiedad intelectual trabajan en la práctica para alguna de estas, reduciendo en gran medida las posibilidades de elección de un representante.

⁶⁴⁷ Ordennance sur le droit d'auteur et droits voisins (ODAu) de 26 de abril 1993, *Recueil Systématique du droit Suisse*, 231.11.

⁶⁴⁸ DESSEMONTET, F., *Le Droit d'auteur*, *op.cit.*, pfos.701 y ss. y BARRELET, D/EGLOFF, W., *le nouveau droit d'auteur*, *op.cit.*, (arts.55-60 y 74).

independientes» que está generando la Administración cada vez con mayor frecuencia⁶⁴⁹. Según el Tribunal Federal suizo se trataría de un determinado tipo de «autoridad judicial» en el sentido que establece la Ley Federal de Organización Judicial⁶⁵⁰, es decir, es un tribunal especial «indépendent dans l'exercice de leur activité» que no comparte ni la naturaleza jurisdiccional ni administrativa. En palabras de DESSEMONTET, nos encontramos ante un tribunal «cuasi administrativo» o un «tribunal spécial de tarifs, selon la terminologie danoise ou anglaise»⁶⁵¹. Este dato confirma, una vez más, esa proximidad hacia el sistema anglosajón que, en materia de protección de estos derechos, se está generando.

En relación con su competencia objetiva, se confirma su naturaleza de órgano de control de las entidades de gestión de derechos de autor, pues queda restringida a los conflictos tarifarios y al control y aprobación de las mismas, en cuanto su aprobación es competencia exclusiva de ésta (arts.55 y 59 LDA). Además, en materia de impugnación, los laudos resultantes de la actividad arbitral podrán ser impugnados ante el Tribunal Federal mediante un recurso administrativo, aunque, salvo los casos de exceso de poder, éste no puede examinar la oportunidad de la decisión de la Comisión⁶⁵². De no recurrirse la decisión, dichas tarifas serán vinculantes incluso para los órganos

⁶⁴⁹ «Études sur les autorités administratives indépendentes», *Études et Documents Conseil d'Etat*, 1983-85, núm.35, págs. 13-37. Aunque dicho estudio sólo se refiere al caso francés, encontramos que este tipo de órganos están siendo cada vez más frecuentes en todos los ordenamientos a través de figuras tales como el *Ombudsman* de Suecia e Italia o determinadas *agencias federales*, según se observa en Estados Unidos.

Se trata de órganos administrativos «dotés d'un pouvoir autonome de décision» pero no son una jurisdicción y «en s'insèrent jamais dans les hiérarchies internes d'un ministère» y sus decisiones son revisables «directement devant le Conseil d'État». Véase también SABOURIN, P., «Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle», *AJDA*, 1983.

⁶⁵⁰ Los artículos 71.c) y 105.2 de la *Loi fédérale d'Organisation Judiciaire* de 16 de diciembre 1943 (*Recueil Systematique* 173.110) confirman la función de decir el derecho «de forma independiente» que cumple la presente comisión arbitral pero sin los caracteres propios de la Jurisdicción.

⁶⁵¹ DESSEMONTET, F., *Le Droit d'auteur, op.cit.*, pfos.701 y ss.

⁶⁵² Sus resoluciones deben estar siempre motivadas y se publican en el *Recueil de la Commission Arbitrale fédérale en matière de perception de droit d'auteur*, 1941-1966, 1967-1980, 1981-1990 y también en la *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération*.

jurisdiccionales civiles (art.59.3 LDA). La Ley supletoria a aplicar en el funcionamiento y procedimiento ante este tribunal es la administrativa⁶⁵³.

En segundo lugar, el sistema *alemán* se caracteriza por algunas notas completamente distintas al paradigma suizo o al español. La denominada *Schiedsstelle*⁶⁵⁴ es un órgano de conciliación o mediación obligatoria que impide, según los casos, a las partes presentar su demanda ante los órganos jurisdiccionales civiles sin haber sometido previamente el litigio a la comisión de arbitraje, es decir, que nos encontramos ante un óbice de procedibilidad⁶⁵⁵, salvo en los casos en que no se ponga en duda la aplicabilidad o proporcionalidad de las tarifas, que se podrá acudir directamente ante la jurisdicción ordinaria.

El tribunal se ha creado dentro de la Administración superior o *Patentamt* de Munich. La *Schiedsstelle* no dice el derecho⁶⁵⁶ y sus propuestas de acuerdo sólo vinculan a las partes si, en el plazo de 1 mes –o tres si se trata de un supuesto de cable o de la solicitud de una medida cautelar (art.14.a.IV)- no se formuló oposición ante el *Oberlandesgericht* de esta ciudad⁶⁵⁷. En todo caso, sus resoluciones podrán recurrirse ante la jurisdicción civil, contrariamente a lo que acontecía en el caso suizo. Bajo nuestro parecer, nos encontramos ante una

⁶⁵³ Loi fédérale sur la procédure administrative de 20 diciembre de 1968 (actualizada el 24 diciembre de 1998), *Recueil Systématique du droit suisse*, 172.021.

⁶⁵⁴ Arts.14-17 *Urheberrechtswarnnehmungsgesetz* (UrhWahrnG) de 9 septiembre 1965 (BGB1.I S.1137) y *Urheberrechtsschiedsstellevorordnung* (UrhSchiedsVO) de 20 diciembre 1985 (BGB1.I S.2543).

⁶⁵⁵ Art.16 «Bei Streitfällen nach 14 Abs. 1 können Ansprüche im Wege der Klage erst geltend gemacht werden, nachdem ein Verfahren vor der Schiedsstelle vorausgegangen ist. Dies gilt nicht, wenn bei Streitfällen nach 14 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a die Anwendbarkeit des Tarifs nicht bestritten sind».

Vid. DIETZ, A., «Chronique d'Allemagne», RIDA 1998, núm.176, pág. 248. También FROMM, F./NORDERMANN, W., *Urheberrecht*, Kohlhammer Verlag, 1994, págs. 707.

⁶⁵⁶ DESSEMONTET, F., *Le Droit d'auteur*, *op.cit.*, pfo.703.

⁶⁵⁷ Art.14 a) pfo.3 «Der Einigungsvorschlag gilt als angenommen und eine dem Inhalt des Vorschlags entsprechende Vereinbarung als zustande gekommen, wenn nicht innerhalb eines Monats nach Zustellung des Vorschlags ein schriftlicher Widerspruch bei der Schiedsstelle eingeht. Betrifft der Streitfall die Einräumung oder Übertragung von Nutzungsrechten der Kabelweitersendung, beträgt die Frist drei Monate».

Este sistema recuerda al establecido por el legislador español en materia de mediación cuando afirma que la decisión de la Comisión será vinculante para las partes si en el plazo de tres meses no se recurrió (art.158.1 LPI).

comisión de naturaleza administrativa, a la que las partes deben acudir como si de un primer foro de discusión se tratara, sin perjuicio de quedar siempre expedita la vía judicial. La Ley supletoria es la procesal civil⁶⁵⁸.

En tercer lugar, y con mayor similitud a sistema de protección ofrecido por la CMAPI, encontramos el *Copyright Tribunal* de Inglaterra e Irlanda⁶⁵⁹. Creado en la *Copyright Act* de 1965 (denominado como *Performing Right Tribunal*), con el fin de que ejerciera el control económico sobre diversos ámbitos de la propiedad intelectual; hoy se constituye tras la *Copyright, Patent and Designs Act* de 1988 como un indiscutible órgano de protección y control de esta materia con jurisdicción incluso para actuar de oficio⁶⁶⁰.

Las competencias del tribunal han sido ampliadas tras esta última reforma, debido al éxito que ha vivido esta institución; al igual que acontecía en el caso español, tampoco se confiaba mucho al inicio de su existencia, alegando en su contra, la falta de miembros especializados en este tipo de propiedad y a los que confiaran las partes su decisión⁶⁶¹. Tal como la administración colectiva ha ido incrementando su ámbito competencial, ha resultado inevitable potenciar esta institución⁶⁶². De esta forma, salvo por aquellos derechos que sean de gestión individual, se podrá acudir ante este tribunal⁶⁶³ a través de tres procedimientos desarrollados pormenorizadamente por la *Copyright, Patent and Designs Act* y

⁶⁵⁸ SCHACK H., *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Mohr Sybeck Verlag, 1997, págs. , 496.

⁶⁵⁹ Sobre el *Copyright Tribunal*, véase el Capítulo VIII, *Copyright, Patent and Designs Act* de 1988, *Halsbury's Statutes*, 11, 1991, págs. 451 y ss. y sobre sus diferentes funciones, Capítulo VII de dicha Ley, en *Cumulative Supplement* 1998 vol 11 (1991 Reissue). En torno al procedimiento arbitral a través del que actúa véase *Copyright Tribunal Rules* 1989 (SI 1989 Núm.1129), modificada con posterioridad por el *Copyright Tribunal Rules* 1991 (SI 1991, Núm.201).

⁶⁶⁰ Así se confirmó en el *Monopolies and Mergers Commission Report*, vid. GROVES, P., *Copyright and Design Law*, op.cit, pág. 163; *Idem*, *On Intellectual Property Law*, op.cit., pág. 428.

⁶⁶¹ Vid. FREEGARD, M., «Quis Custodiet, ...», op.cit., pág. 288.

⁶⁶² GROVES, P., *On Intellectual Property Law*, op.cit., pág. 428.

⁶⁶³ De otra forma se quebraría el tenor de la Convención de Berna por colocar bajo el control público aquellas licencias que recaen sobre obras literarias, artísticas y dramáticas de ejercicio individual, vid. CORNISH, C., *Intellectual Property*, Sweet and Maxwell, 1996, pág. 424.

por el Reglamento que desarrolla el procedimiento a seguir ante el *Copyright Tribunal*.

Respecto a la naturaleza de la institución parece tratarse de una suerte de jurisdicción especial en materia de propiedad intelectual. Es, efectivamente, un Tribunal arbitral, pero sus poderes le asemejan a los de los órganos jurisdiccionales. Actúa como ley supletoria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 46 *Copyright Tribunal Act*, sus respectivas leyes de arbitraje y, sus resoluciones serán recurribles ante la *High Court*, en caso del derecho inglés, y si se trata del supuesto irlandés ante la *Court of session*, conforme a lo dispuesto en sus leyes de arbitraje.

II. LA NATURALEZA DE LA CMAPI

Las funciones a realizar por la Comisión pueden tener un diferente fundamento que, si bien no transforma la naturaleza de la institución, sí produce ciertos matices en cuanto a la actividad que ésta realiza⁶⁶⁴. Nos referimos, por un lado, a una función *arbitral* donde la peculiar naturaleza de la institución, en ocasiones, parece ponerla en entredicho y, por otro, existe también una función similar a la *administrativa* cuando fija, por ejemplo, provisionalmente la remuneración sustitutoria de las tarifas generales o cuando fija una remuneración equitativa por alquiler de fonogramas y grabaciones audiovisuales contratados

⁶⁶⁴ Art.158 LPI «1.La Comisión actuará en *función de mediación* (...); 2. La Comisión actuará en función de arbitraje: a) *Dando solución*, previo sometimiento de las partes, a los conflictos que, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo anterior, puedan producirse entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios de su repertorio o entre aquellas y las entidades de radiodifusión. El sometimiento a las partes será voluntario y deberá constar por escrito.. b) *Fijando una cantidad sustitutoria de las tarifas generales*, a los efectos señalados en el apartado 2 del artículo anterior, a solicitud de una asociación de usuarios o de una entidad de radiodifusión, siempre que éstas se sometan, por su parte, a la competencia de la Comisión con el objeto previsto en el párrafo a) de este apartado. (...)

Art. 1 RD 479/1989 «2. La Comisión Arbitral tiene la función de resolver los conflictos que puedan producirse entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión relacionados con la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos, con el establecimiento de tarifas generales y, con la celebración de los contratos generales, conforme disponen los arts.142, aptdo.1 y 2 de la Ley de Propiedad Intelectual. Dichas funciones comprenden la resolución de los conflictos que puedan surgir como consecuencia de la interpretación o aplicación general de los contratos generales entre las referidas entidades de gestión y las asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión».

antes del 1 julio 1994. Junto a estas pretendidas funciones arbitrales encontramos que, de modo afortunado, el legislador, siguiendo las directrices Comunitarias, creó una actividad *mediadora* e integradora de contratos de cable para cuando los grandes usuarios de la propiedad intelectual no llegan a un acuerdo sobre la explotación de estos derechos⁶⁶⁵.

Con el fin de averiguar la naturaleza de la actividad de la Comisión, especialmente, cuando ejerce funciones de índole administrativa, debemos de atender a dos aspectos determinantes, como son, su estructura y el sentido que el legislador le ha dado al resultado de su actividad, pues son precisamente estos dos caracteres los que califican la heterocomposición. Para ello será necesario remontarnos de modo somero a las diferencias clásicas existentes entre Administración y Jurisdicción⁶⁶⁶.

1. Su pretendida naturaleza administrativa

La naturaleza jurídica de la presente institución no parece claramente definida por el legislador. *A priori* encontramos un órgano arbitral permanente o institucionalizado dentro del Ministerio de Cultura. Ello nos hace plantearnos si, efectivamente, se trata de un organismo de Derecho Público que debe de regirse por las normas de Derecho Administrativo y que, «atendidas sus funciones, la materia en la que actúa sea un caso de gestión pública de Derecho privado»⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ La presente función debía haberse fomentado todavía más desde estas instancias. De hecho, tan sólo se encuentra legalmente establecida en materia de cable y todavía no ha sido desarrollada reglamentariamente. Consideramos que dicha mediación debe aplicarse extensivamente a todos los conflictos que puedan surgir entre una entidad de gestión y una de radiodifusión o asociación de usuarios, cualquiera que sea la materia en cuestión, pues la finalidad de dicha incorporación comunitaria es fomentar la contratación y el tráfico jurídico de los derechos, y evitar abusos de posición dominante por quienes ostentan *cierta* forma de monopolio.

⁶⁶⁶ Véase al respecto, SOSA WAGNER, F., *Jurisdicciones arbitrales especiales*, Instituto García Oviedo, 1977, págs. 19-49; PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo, op.cit.*, págs. 534 y ss.

⁶⁶⁷ DELGADO PORRAS, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Coor.ALABLADEJO), Tomo V, 4-B, pág. 1006.

Una diferencia que debe precisarse a efectos de nuestro estudio es la que versa sobre lo que la doctrina denomina «Arbitraje de Derecho Administrativo» y lo que se conoce como «la actividad arbitral de la Administración». El primer concepto hace referencia al arbitraje impartido por tercero en el que una

Las características que diferencian ambos poderes suelen reducirse por la doctrina a dos esencialmente.

1) La autocomposición o estructura vertical que reconocemos en la actividad administrativa, consiste en la aplicación de la norma en el caso concreto que se le presenta, con desinterés subjetivo (103 CE), aunque interesada objetivamente a la hora de aplicar la norma y, por supuesto, siempre sometida dicha actividad al control posterior de la Jurisdicción⁶⁶⁸. Frente a esto, la heterocomposición (bien de arbitraje bien de la Jurisdicción) supone igualmente la aplicación del Derecho en el caso concreto pero, en este caso, de manera irrevocable o irrevisable, con desinterés no sólo subjetivo (art.103) sino también objetivo a la hora de aplicar la norma. Por tanto, es esa especial posición que ocupa el tercero *supra partes* la que le hace ser verdaderamente independiente, desvinculado de cualquier influencia a la hora de aplicar la norma pues, en puridad, constituye ésta un fin en sí misma, alejado de ningún otro propósito, finalidad o interés. Esta independencia es precisamente la cualidad que le garantiza su irrevocabilidad o *eficacia de cosa juzgada*.

de las partes es, necesariamente, la Administración; son muchos los óbices a los que se encuentra sometidos dicha posibilidad aunque es aceptada unánimemente por la doctrina y jurisprudencia y la última reforma integral de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y de Procedimiento Administrativo Común, ha sido muy significativa al respecto.

Por su lado, la Administración puede desarrollar actividad arbitral como si de la actuación de cualquier tercero se tratara, pues en esta ocasión no está ejerciendo potestad administrativa o discrecional alguna sino que de una simple heterocomposición de intereses entre sujetos privados se trata. Respecto a ambas figuras véase PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, Parte general, 1994, Civitas, págs. 533 y ss; TORNOS MÁS, J., «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», *Revista de la Administración Pública*, enero-abril, 1995, págs. 149 y ss.; TRAYTER, J.M., «El arbitraje en Derecho administrativo», *Revista de las Administraciones Públicas*, mayo-agosto, 1997, págs. 75 ss.

⁶⁶⁸ Debemos poner de manifiesto la tendencia actual introducida en la última exhaustiva reforma de la Ley 30/1992 de la Jurisdicción Contencioso-administrativo y de Procedimiento administrativo, donde se admite la posibilidad de recurrir el acto administrativo, una vez agotada tal vía, ante órganos arbitrales colegiados, cuando la Ley así lo reconozca (art.107.2).

Art.107.2 «Las Leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respecto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá

2) La Administración, si actúa como tal, está plenamente interesada en la forma de aplicar el Derecho, en proteger el bienestar social para el que se creó. Debido a tal interés debe ser revisable su actividad, sin perjuicio de que goce de la presunción *iuris tantum* de legalidad. La gran diferencia entre ambas estructuras se puede centrar primordialmente en las diferentes vías de ejecución y posibilidades de recurso. Si bien la Administración ya no autoejecuta sus decisiones (Ley 30/1992) sigue teniendo una suerte de discrecionalidad o privilegio a la hora de actuar y siempre entendiendo su actividad bajo el control de los Jueces, conforme declara el art.106 CE. En caso de disconformidad de alguna de las partes podrá recurrirla -con exclusividad- ante los órganos de lo Contencioso-administrativo, y sin perjuicio de recordar la última tendencia introducida por el legislador en materia de recursos⁶⁶⁹. Frente a esto, la actividad heterocompositiva es indudablemente irrevisable y, en caso de serlo, se limitará a los supuestos tasados por la Ley con carácter extraordinario y ante los órganos de la Jurisdicción ordinaria; por lo que se refiere a la ejecución del laudo arbitral corresponde con exclusividad al Juez de Primera Instancia del lugar donde éste se emitió.

No obstante esta diversa forma de operar de la CMAPI⁶⁷⁰, su naturaleza debe ser siempre la misma y es aquí donde reside la clave de nuestro estudio. Cuando la Administración ejerce actividad arbitral no goza de las características típicamente administrativas, sino que actúa como un *tertius supra partes* y se rige por los principios propios de la heterocomposición por la razón de que no ejercita potestad administrativa alguna⁶⁷¹.

suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley».

⁶⁶⁹ Así se observa tras la última reforma de esta Ley en su art.107.2 cuando afirma que el recurso contra el acto administrativo en cuestión se podrá interponer ante órganos arbitrales.

⁶⁷⁰ Arbitraje (art.158.2 LPI), mediación (art.158.1.a) o, incluso, de una suerte de actividad administrativa (art.158.2.b).

⁶⁷¹ *Vid.* PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo, op.cit.*, págs. 534 y 535, cuando afirma que «el contenido del acto arbitral se aproxima, pues, a las sentencias o decisiones judiciales en cuanto a aplicación objetiva de normas jurídicas. En todo caso, el órgano decisor no puede resolver en vista de un

De acuerdo con la postura mantenida en el Capítulo I en torno al arbitraje, no nos encontramos ante una injerencia de la Administración en la función de la Jurisdicción, según han querido ver algunos autores⁶⁷², sino que se trata de *vías complementarias* en las que el tercero ubicado dentro de la Administración⁶⁷³ es un árbitro, que ejerce su función dentro de una concepción dispositiva de los derechos subjetivos. Observemos esta situación aplicada a la CMAPI.

A tenor del art.158 LPI, la Comisión Arbitral y Mediadora «se crea en el Ministerio de Cultura». Tal afirmación hace pensar que debiera de estar dentro del organigrama del Ministerio y, en concreto, recogida en el RD 1887/1996, de 2 de agosto, sobre la estructura básica del Ministerio de Educación y Cultura⁶⁷⁴, dentro de los organismos dependientes de la Subsecretaría para la protección de la Propiedad Intelectual. Desafortunadamente, el legislador no hace mención expresa a la misma, pero nada obsta para que se incluya en la Administración siguiendo, como ya adelantó MARÍN LÓPEZ, la posibilidad recogida por el art.22.2, pfo.1º, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común⁶⁷⁵. De este modo, encontramos organismos representativos de intereses sociales que se integran dentro de la Administración pero que no participan de su estructura jerárquica, no es un órgano de ésta, la Ley no los integra en su estructura organizativa con el fin de asegurar su independencia funcional⁶⁷⁶, se trataría de

fin específico, ni siquiera de interés público, sino solamente con arreglo a un fin de justicia, análogo a aquel que persiguen los órganos jurisdiccionales».

⁶⁷² LÓPEZ SANCHEZ, J., «Las pretendidas funciones arbitrales de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual», *Revista de Derecho Procesal*, 1996.2, págs. 343 y ss.

⁶⁷³ En este sentido, TORNOS MÁZ, J., «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», *op.cit.*, págs. 152 y 159 donde correctamente se afirma que «las vías complementarias no tratan de solucionar los problemas de la incapacidad del Juez para resolver determinados conflictos. Tratan de evitar que todo conflicto deba ser resuelto por el Juez».

⁶⁷⁴ BOE núm.189, de 6 agosto de 1996.

⁶⁷⁵ Art. 22.2 *fine*: «Los órganos colegiados a que se refiere este apartado quedarán integrados en la Administración Pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así se establezca en sus normas de creación, se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado».

⁶⁷⁶ LLISSET BORELL, F., ROMERO HERNÁNDEZ, F., LÓPEZ PELLICER, J.A., *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento administrativo común*, Abella, 1994, pág. 102.

«órganos de decisión que cuentan con la necesaria imparcialidad, (...) porque no se encuentran sometidos a instrucciones jerárquicas»⁶⁷⁷.

No se trata de un verdadero órgano administrativo, porque no lo dispone ni el RD 479/1989, ni se desprende de sus funciones ni de la propia razón de ser del órgano. Para que se tratara de un órgano administrativo *strictu sensu* ejerciente de potestad administrativa, su actuación debería reunir los atributos mínimos que se predicán del acto administrativo y esto no ocurre ni tan siquiera en el caso de que la CMAPI actúe mediante el procedimiento especial sustitutorio de las tarifas⁶⁷⁸.

En segundo término, la Administración realiza dos tipos de actos; unos revestidos de tal poder, *imperium* o autoridad y otros de mera gestión donde la Administración aparece como un mero particular⁶⁷⁹. Sólo cuando se ejerce potestad administrativa puede declararse que un acto es administrativo. Pero la CMAPI tan solo actúa como órgano decisor y gestor de derechos privados, sin hacer uso de tal tipo de potestad. Su vinculación se limita a su ubicación dentro del Ministerio, como órgano colegiado que resuelve disputas en materia de propiedad intelectual, entre sujetos privados y sin ningún ánimo de hacer uso de su potestad administrativa⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo II*, Aranzadi, 1996, pág. 424.

⁶⁷⁸ Véase BOQUERA OLIVER, J.M., *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, 1985, págs. 28 y ss.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, 1987, págs. 44 y ss.; RICHER, L., «Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif», *Revue Droit Administratif*, núm.1, 1997, págs.3 y ss.; *Régler autrement les conflits*, Les Études du Conseil d'État, La documentation française, 1993.

⁶⁷⁹ TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, 1987, pág. 44. Es más, el citado primer autor argumenta que al igual que «la Administración contrata con poder y el contrato es administrativo, (...lo puede hacer) como simple persona jurídica privada y el contrato es civil o mercantil sometido, por tanto, a estos derechos (y a los tribunales ordinarios), *op.cit.*, pág. 45.

Nos referimos a los supuestos en los que la CMAPI realiza una simple sustitución provisional de las tarifas por uso de repertorio (art.158.2.b) LPI) y los supuestos de remuneración equitativa (RD 1248/1995, 14 julio).

⁶⁸⁰ Sino de tutelar intereses colectivos que se deriven de tal tipo de propiedad.

Por último, consideramos que avala definitivamente dicha postura la propia eficacia que el RD 479 /1989 y la LA 36/1988 mantienen en torno a los efectos que debe producir la actividad de la administración en estos casos, a saber, los de eficacia de cosa juzgada y ejecutabilidad por los órganos jurisdiccionales. No olvidemos que, si se tratara de actividad administrativa sería revisable el resultado ante los órganos de lo contencioso-administrativo y ejecutable por éstos pero, en todo caso, siempre con las garantía y privilegios que caracterizan a la Administración.

Incluso en el supuesto en el que la CMAPI desempeña actúa mediante un procedimiento administrativo tarifario, tampoco debemos concluir en el sentido de que actúe potestad administrativa. En este caso el laudo resultante será revisable ante los órganos jurisdiccionales civiles y no ante los de la Jurisdicción contencioso-administrativo con el correspondiente agotamiento de los recursos en vía administrativa.

2. Su pretendida naturaleza de jurisdicción especial

Se ha pretendido catalogar a la CMAPI como una suerte de jurisdicción especial⁶⁸¹. En nuestra opinión, no nos parece posible por las siguientes razones:

1) Porque el sometimiento de controversias a tal Comisión es voluntario. En nuestro ordenamiento los arbitrajes forzosos se encuentran prohibidos (STC

⁶⁸¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Las funciones arbitrales de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual», *op.cit.*, pág. 349 cuando afirma que «La actividad de la Comisión se funda en una específica potestad otorgada por la Ley de Propiedad Intelectual y condicionada en su ejercicio al previo sometimiento de las partes. No es investida de jurisdicción por las partes, ni los árbitros son designados por ellas ni por una Institución pública administradora de arbitraje sino que puede decidir porque son miembros de la Comisión, porque fueron nombrados para el cargo aun con anterioridad al planteamiento del conflicto. La Comisión preexiste al mismo acuerdo de las partes, y preexiste ya con potestad decisora. El acuerdo de las partes no es causa originaria de la función decisora del árbitro, sino presupuesto y condición para que la potestad preexistente del órgano se extienda a resolver el conflicto que se le somete. (...) La creación y mantenimiento de una estructura jurídica pública con potestad de decisión de conflictos entre particulares –aunque cuente con su consentimiento- entraña una incipiente jurisdicción especial de dudosa constitucionalidad. Es una peculiar forma de vestir de arbitraje una potestad de decisión de la Administración».

174/1995, de 23 de noviembre)⁶⁸², pues resulta contrario a la autonomía de la voluntad, a la propia esencia del arbitraje e incluso al derecho fundamental a ser tutelado judicialmente en cuanto supone una renuncia al ejercicio del mismo.

2) Los árbitros de la CMAPI no ejercen función jurisdiccional en cuanto que no ostentan autoridad o potestad del Estado, su único título reside en la atribución de autoridad que le confieren las partes *ad casum*. No puede justificarse que exista una sustracción por parte de la Administración de la función jurisdiccional atribuida al poder judicial⁶⁸³.

3) Tampoco constituye un óbice a la pretendida función arbitral el hecho de que los árbitros tengan un carácter permanente, ni por ello puede deducirse que tengan la autoridad (y potestad) pre-atribuida. El legislador ha respetado la naturaleza de la institución cuando la creó; lo que ocurre es que la presente «actividad administrativa arbitral» se halla institucionalizada, con un peculiar régimen jurídico acorde con los fines que se le encomendó.

4) Si se trata de un arbitraje, supletoriamente, deberá regir la Ley 36/1988, de arbitraje para aquello que no especifique el RD y siempre y cuando no contradiga el tenor del mismo⁶⁸⁴. Las breves referencias que en este RD podemos encontrar a la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico Común y Procedimiento Administrativo se restringen al trámite de comunicación del laudo, durante la fase de mediación y en los procedimientos administrativos que ante la Comisión se celebran⁶⁸⁵. Sólo

⁶⁸² En el ámbito administrativo, en concreto, encontramos la STC 56/1990, de 29 de marzo, (BOE 4 mayo), donde se declaraba la inconstitucionalidad de los Tribunales Arbitrales de Censos por ser de naturaleza forzosa para las partes y constituirse, entonces, en una suerte de Jurisdicción especial.

⁶⁸³ En este sentido encontramos a LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Las funciones arbitrales de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual», *op.cit.*, pág. 347.

⁶⁸⁴ *Vid.* art.2 RD 479/1989 y, en especial, el art.3 cuando afirma que «La Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual se regirá por la Ley de Propiedad Intelectual y por el presente Real Decreto y, en lo no previsto en estas disposiciones por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje».

⁶⁸⁵ Art.158.1 LPI «La propuesta y cualquier oposición a la misma se notificará a las partes, de conformidad con lo dispuesto en los arts.58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

si se tratara de un acto administrativo podría acudir supletoriamente a dicha Ley.

5) Una intervención administrativa directa sólo la encontramos a la hora de designar los árbitros permanentes o sus sustitutos y a la figura del secretario, único funcionario de la Administración.

6) Ya hemos avanzado las diferentes funciones que puede cumplir la CMAPI. Junto al arbitraje, encontramos procedimientos de mediación y otros de tipo administrativo donde se aplica el derecho Privado, revisables y sujetos a la LA. Su carácter no heterocompositivo hace inviable entender en estos casos que nos encontremos ante una jurisdicción especial.

3. Características

Nos encontramos ante un arbitraje *colegiado e institucional* que, en virtud de la DA Primera de la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, *no requiere de protocolización y es gratuito*. Estas notas en nada difieren de las que se predicán del arbitraje de consumo o de transportes⁶⁸⁶.

Cuando afirmamos que la CMAPI imparte un arbitraje *institucional*, no nos referimos a que ésta pueda actuar como centro de gestión o administración de procedimientos mediadores y arbitrales, sino que se trata de un órgano preestablecido o institucionalizado en sentido estricto, creado para impartir arbitrajes y mediaciones en materia de propiedad intelectual. No quiebra esta idea el hecho de que su actuación y atribución de poder sea *ad casum*.

Art.31.f) RD «La solicitud deberá reunir (...): f) Los demás previstos en el art.70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre...» y Art.33 RD «...En caso de observarse defectos subsanables, se estará a lo dispuesto en el art.71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre...».

⁶⁸⁶ Entre otros, véase QUINTANA CARLO, I/ BONET NAVARRO, A., *El sistema arbitral de consumo, op.cit*; SÁNCHEZ-GAMBORINO, F., «Las juntas arbitrales de transporte: su instauración y problemas que plantea», *Revista General del Derecho*, oct-nov.1991, págs. 1003 y ss.

En segundo término, es un órgano de voluntad colegiada (arts.10 y 19 RD). Se trata de órganos representativos de intereses sociales, de voluntad colegiada, es decir, que en sus decisiones debe existir el *quorum* de todos sus miembros, «cuya conjunción ha de aparecer como la voluntad o la opinión única del órgano»⁶⁸⁷. Hay que advertir que el propio art.22.2 LRJAPyPAC admite que la normativa creadora de estos órganos colegiados determine su propio procedimiento de actuación -conforme acontece con el citado RD 479/1989-, quedando entonces inaplicables los arts. 23 a 27 de la citada Ley sobre el régimen jurídico de funcionamiento de dichos órganos representativos de intereses sociales. En conclusión, si no tiene naturaleza administrativa, la norma supletoria a aplicar en los casos de vacío legal, es la Ley de Arbitraje, según se desprende del RD 479/1989⁶⁸⁸ y, en defecto de ésta, la LEC.

Como a todo arbitraje especial, la Disposición Adicional le reconoce la *no protocolización notarial* del laudo arbitral⁶⁸⁹ emitido por la CMAPI. Goza de sentido tal garantía si observamos que a la actuación de esta Comisión se le presume fehaciencia pública al ser su secretario un funcionario de la Administración, el cual actúa «sin voz ni voto, y levantará actas de las reuniones que se celebren, de los acuerdos y decisiones que se adopten, así como de las demás actuaciones que determinen los miembros de la comisión» (art.8 RD). Igualmente este tipo de procedimientos especiales son *gratuitos*.

Mediante este mandato se ha plasmado una garantía propia de un sistema competitivo frente al sistema jurisdiccional estatal⁶⁹⁰. De tal forma, las partes no

⁶⁸⁷ LLISSET BORELL,F., ROMERO HERNÁNDEZ, F., LÓPEZ PELLICER, J.A., *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento administrativo común*, op.cit., pág. 102.

⁶⁸⁸ ROJO AJURIA, L., (Coor. BERCOVITZ), op.cit., pág. 921 donde dice expresamente que el legislador adolece en este sentido de una «dosis excesiva de redundancia normativa» al expresar en numerosas ocasiones que la LA es la Ley supletoria.

⁶⁸⁹ En este sentido véase LORCA NAVARRETE, J.M., *El arbitraje en Derecho Español*, op.cit., pág. 428.

⁶⁹⁰ LORCA NAVARRETE, J.M., *El arbitraje en Derecho Español*, op.cit., pág. 373-377.

tendrán que pagar los gastos de designación, notificación, honorarios y las costas del arbitraje, salvo lo que se refiere a las pruebas (art.14.2 RD).

4. Sus funciones

La Comisión Mediadora y Arbitral se encuentra cualificada por sus funciones y, en ocasiones, próximas a la función que cumple la Administración y, otras veces, a la ejercida por la Jurisdicción, aunque la institución en ambos casos sigue siendo la misma. Las funciones que la Comisión puede realizar a tenor de la LPI y RD que desarrolla el art.158 de la misma son de tres tipos.

1) Por un lado, existen funciones de *mediación* con el fin de integrar los contratos de retransmisión por cable para los casos en los que las partes no lleguen a un acuerdo. El aludido mediador puede proceder a hacer propuestas a las partes convirtiéndose, por tanto, en conciliador⁶⁹¹. Incluso del tenor del RD se desprende una función mediadora *intraprocesal*, es decir, durante la celebración del proceso arbitral del Capítulo IV, cuando conmina al presidente a que intente una avenencia entre las partes que ponga fin al procedimiento arbitral⁶⁹².

2) Por otro lado, la Ley habla de *arbitraje* para resolver aquellos conflictos en los que aparezcan las entidades de gestión y demás usuarios de derechos (art.158.2.a) y para ello se ha desarrollado reglamentariamente un procedimiento arbitral (arts.1-20, Cap.IV).

3) En tercer lugar, paradójicamente, encontramos dos procedimientos de dudoso carácter arbitral. Nos referimos al «procedimiento para la sustitución de tarifas generales y al citado con anterioridad destinado a fijar el nivel de remuneración de los contratos de alquiler de fonogramas y videogramas celebrado con anterioridad al 1 julio 1994».

⁶⁹¹ Cuestión a analizar será la de los efectos que esta simple mediación o conciliación ha pretendido el legislador otorgarle y el posible quiebro legislativo que en este aspecto se ha producido.

⁶⁹² Art.13 RD

A. Como centro de administración de arbitrajes

En primer lugar, cabe plantearse si la Comisión podría llegar a actuar como centro de gestión de arbitrajes conforme establece el art.10.a) LA.

El art.10 LA permite a las partes que encomienden la gestión de un arbitraje y la designación de los árbitros a una Corporación de Derecho Público, asociación o entidad sin ánimo de lucro que pueda desempeñar funciones arbitrales según sus normas reguladoras. Sabido es que la corporación tan sólo administra el arbitraje y no decide de ningún modo; para plantearnos, por tanto, la posibilidad de que la CMAPI actuara como tal, tendríamos que averiguar cuál fue la finalidad para la que nació dicha Comisión y si tiene sentido encomendarle funciones de gestión. Junto a esto, debemos ser conscientes de la falta de reconocimiento legal expreso de tal función gestora –sobre todo por ser éste un requisito exigido por el art.10 LA-.

En realidad, atendiendo a lo dicho en torno al arbitraje institucional, la CMAPI no ha sido creada para tal fin, no se ha dado una verdadera oferta pública de sus servicios ni tiene unos estatutos que aseguren su función arbitral. Además, parece aparentemente poco útil encomendarle un arbitraje: las ventajas de tratarse de un órgano especializado en propiedad intelectual se advierten a través de sus funciones decisorias, careciendo de interés cualquier otro tipo de actividad de índole administrativa o gestora. Sin embargo la última tendencia en el ámbito internacional es crear centros de arbitraje especializados en la protección de la propiedad intelectual⁶⁹³, donde normalmente existen unos listados o *panel* de árbitros especializados en la materia y preparados por el mismo con el fin de asegurar el éxito del arbitraje y la eficacia de la decisión arbitral.

⁶⁹³ Nos referimos al consolidado arbitraje en materia de propiedad intelectual, celebrado por la *Cámara de Comercio Internacional de París* y al arbitraje de la OMPI.

B. Como órgano decisor

Es en este campo donde la CMAPI ejerce su genuina función, entendida como comisión especializada en controversias de propiedad intelectual. De hecho sus miembros permanentes son juristas de reconocido prestigio en la materia, designados por el Ministro de Cultura que, junto a los representantes que designen las partes, deben decidir el litigio en derecho o equidad. Sus funciones pueden ser mediadoras y/o conciliadoras, arbitrales y supuestos de administración pública de Derecho privado.

a. Funciones arbitrales

Comenzando por su función heterocompositiva, la CMAPI debe dar solución, «previo sometimiento de las partes, a los conflictos que puedan producirse entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión, relacionados con la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos, con el establecimiento de tarifas generales y con la celebración de los contratos generales. (...) Dichas funciones comprenden la resolución de los conflictos que puedan surgir como consecuencia de la interpretación o aplicación general de los contratos generales entre las referidas entidades de gestión y las asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión» (arts.158.2.a) LPI y art.1.2 RD).

Frente a esta primera posibilidad, surge la duda de si esta Comisión puede, además de conocer de aquellos litigios expresamente determinados en el RD, de cualquier otro tipo de controversias en materia de propiedad intelectual y bajo la Ley de Arbitraje, como si de cualquier otro tercero especializado se tratara.

1. Conforme al RD 479/1989, 5 mayo

El RD regulador de la Comisión arbitral recoge un Capítulo III destinado a regular el denominado «procedimiento general de arbitraje», en el cual ejerce

verdaderas funciones arbitrales, cuyo resultado será «vinculante y ejecutivo para las partes e impugnabile y ejecutable conforme a lo establecido en la Ley de Arbitraje» (art.19.2 RD).

Se trataría indudablemente de una actividad heterocompositiva si no fuera por la deficiente redacción del art.158.3 *in fine* LPI⁶⁹⁴ pues, a tenor de la expresión señalada en cursiva, parece que este futuro laudo arbitral pudiera ser revisado por los tribunales con posterioridad y con carácter general. Por esta razón, debemos ser cuidadosos a la hora de fijar la extensión y límites de dicho precepto. Sin embargo, el efecto negativo del arbitraje impide igualmente en este caso acceder a los tribunales con la misma identidad objetivo-subjetiva; según se derivaba del art.11.1 LA nos encontrábamos ante lo que se denomina la *litispendencia arbitral*. A pesar de esta mala redacción, el reglamento que desarrolla este precepto de la LPI no deja lugar a dudas: se trata de un verdadero arbitraje «impugnabile y ejecutable conforme a lo establecido en la Ley de Arbitraje» por lo que, contra el laudo parece que sólo cabe el recurso de anulación ante la Audiencia Provincial (art.46)⁶⁹⁵.

2. Conforme a la Ley de Arbitraje 36/1988, 5 diciembre

En segundo término y vistas las funciones específicamente asignadas a la CMAPI en el RD, debemos plantearnos la posibilidad de que ésta celebre arbitrajes en materia de propiedad intelectual yendo más allá de aquellas competencias expresamente atribuidas en dicha normativa. La base legal de dicha afirmación se encuentra en el art.2 RD y, con carácter general, en el Capítulo Primero del mismo⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ «No obstante, el planteamiento de la controversia sometida a decisión arbitral ante la Comisión impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la misma, *hasta tanto haya sido dictada la resolución y siempre que la parte interesada lo invoque mediante excepción*».

⁶⁹⁵ En este sentido encontramos a MARÍN LÓPEZ, J., (Coor.BERCOVITZ), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op.cit.*, pág. 2204.

⁶⁹⁶ Art.2 «Lo establecido en el presente Real Decreto se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo que las partes puedan pactar con el correspondiente convenio arbitral establecido conforme a la Ley 36/1988,

Por un lado, se observa una voluntad legislativa tendente a regular el régimen jurídico de dicha Comisión, sus funciones y procedimientos, pero no parece que pretenda agotar su ámbito objetivo de conocimiento. Parece, antes bien, permitirse disponer convencionalmente de cualquier tipo de aspecto arbitrable en materia de propiedad intelectual, siempre y cuando no se contravenga el tenor del RD en cuestión. La opción se encuentra, a nuestro parecer, bien en restringir su conocimiento a los supuestos de gestión colectiva expresamente tasados en los arts.157 y 158 LPI, bien en ampliar la competencia de ésta para conocer directamente de otras controversias, siempre que se respeten la *legitimación*, la *colectividad*, y la *voluntariedad* de tales procedimientos; otra posibilidad acertadamente planteada por DELGADO PORRAS sería admitir una primera función primordial asignada con base en dichos preceptos y limitada a esos conflictos, y una segunda función destinada a conocer otros aspectos arbitrables de la propiedad intelectual «a modo de complemento» y siempre condicionado a que las partes incoen ese procedimiento principal⁶⁹⁷.

Ante la pregunta de si podría conocer la CMAPI de la protección de un derecho de propiedad intelectual de gestión individual y, por tanto, de titularidad no colectiva –no perteneciente a entidad de gestión- la respuesta no es fácil.

Si intentamos buscar la *ratio legis* del precepto en cuestión, no encontramos dato decisivo alguno. Ni en los trabajos parlamentarios de la LA⁶⁹⁸, ni en las

5 diciembre, de Arbitraje, si bien no podrán incluirse en dicho convenio cláusulas que se opongan a lo establecido en esta disposición o impidan someter a la Comisión Arbitral los conflictos que puedan plantearse al amparo de lo dispuesto en el art.143.b) (hoy 158.2), de la Ley de propiedad Intelectual».

⁶⁹⁷ En este sentido encontramos a DELGADO PORRAS, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, op.cit.*, pág. 1016, «Por esta razón, entiendo que el convenio arbitral se tendrá en cuenta «en todo caso» pero sólo para complementar el ámbito de la tarea de la Comisión definido en la solicitud y siempre que lo estipulado al respecto en el convenio no sea contrario a las disposiciones de la LPI ni del RD 479, ni impida someter a la CAPI los conflictos que puedan plantearse al amparo de lo dispuesto en la letra b) del párrafo segundo del artículo 143 LPI».

⁶⁹⁸ BOCG, Congreso de Diputados, II Legislatura, Serie A, 1 febrero 1986, núm184.1 y BOCG, Congreso de Diputados, III Legislatura, Serie A, 24 noviembre 1986, núm.14.

sucesivas reformas realizadas a dicha Comisión⁶⁹⁹; ni en el propio RD 479/1989. Tan sólo parece viable tras interpelar a los operadores jurídicos de estos derechos y a la luz de la génesis de las entidades de gestión⁷⁰⁰, tendente a proteger (ciertos) derechos de propiedad intelectual -precisamente- aquellos de gestión colectiva. La duda surge cuando nos planteamos la hipótesis de que dos titulares de derechos de propiedad intelectual de ejercicio individual deciden, convencionalmente, acudir a la CMAPI.

A pesar de lo loable que sería tal posibilidad -pues quién mejor que este organismo especializado para proteger este tipo de derechos-, nos inclinamos por una respuesta negativa. Remitir una controversia a la Comisión supone aplicar, como mínimo, los Capítulos I y II del RD, en cuanto a que se regula su parte orgánica y, los preceptos allí dispuestos, impiden acudir ante ella por controversias de índole no colectiva y basadas en legitimaciones diferentes a las allí establecidas, a no ser que quedara modificada su naturaleza y composición. Si no se modificara la naturaleza, ya no se trataría de la CMAPI, la Comisión con sede ministerial. Para que fuera así, debería hacerse una ampliación de las competencias de ésta por RD, pues se trata de un arbitraje especial. Pero *de lege data*, lo consideramos improbable, aunque existiera convenio arbitral en tal sentido.

De lege ferenda, puede que las próximas reformas apunten en tal dirección. Somos conscientes de la tendencia que actualmente ha introducido el legislador

⁶⁹⁹ Ley 28/1995, de 11 de octubre, (BOE núm.245, de 13 de octubre de 1995) por la que se incorpora al Derecho Español la Directiva 93/83/CEE, del Consejo, de 27 de septiembre de 1993 y RD 1248/1995, de 14 julio (BOE núm.185, de 4 agosto 1995).

⁷⁰⁰ El nacimiento de las entidades de gestión se relaciona con el reconocimiento real de la importancia de los derechos de autor y de la imposibilidad de otorgar una tutela individualizada de forma eficaz. Así surgieron estas personas jurídicas sujetas a ciertas limitaciones de derecho público y de ésta misma forma acabaron asumiendo una suerte de monopolio (discusión hoy ya solucionada por el TJCE, *vid.* DELGADO PORRAS, A., *op.cit.*, págs. 997 y ss.); pues bien, fruto de esta contratación forzosa a la que están sometidas dichas entidades de gestión y la obligación de los usuarios de acudir a ellas, resulta conveniente una figura como la Comisión. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *op.cit.*, págs. 357, 359 y 362 se hace eco de esta situación y explica la función de la misma como mecanismo garantista que tiende a evitar un bloqueo en el mercado de este tipo de derechos por abusos de una posición dominante.

con el RD 1248/1995, donde se establece una excepción a la legitimación hasta ahora establecida admitiendo un supuesto de legitimación individual (art.30.1.b).

b. Funciones de mediación

El art.158.1 LPI recoge un procedimiento de mediación, dirigido a conseguir que las entidades de gestión y empresas distribuidoras por cable negocien y contraten los derechos de distribución por este medio. En la letra a) del citado precepto encontramos una función que pudiera calificarse de *mediadora* pues de una simple integración de un negocio o contrato se trata. Sólo en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo puede intervenir la Comisión con funciones *conciliadoras* proponiendo a las mismas una solución al conflicto⁷⁰¹.

La incertidumbre surge cuando se observa que la Ley ha otorgado efectos típicamente procesales y heterocompositivos a unas fórmulas esencialmente autocompositivas. Nos referimos a la asimilación legal de la resolución resultante de una simple mediación «a los efectos previstos en la Ley 36/1989, de 5 diciembre, de Arbitraje»⁷⁰². En nuestra opinión, se produce un *quiebro legal*, una atribución *ex lege* de este tipo de efectos jurídicos pero no deja de tratarse por ello de una autocomposición. Especialmente delicada se presenta la solución de esta cuestión si observamos que dicha propuesta de la Comisión se entiende aceptada a partir de un silencio de las partes positivamente valorado por la Ley.

c. Otros procedimientos de índole administrativo

Tanto en la LPI como en el RD se hace mención de dos tipos de controversias, cuya resolución se encuentra encomendada a la CMAPI, pero que no parece tener la misma naturaleza que el arbitraje estudiado. Nos referimos al procedimiento

⁷⁰¹ MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, Tecnos 1979, pág. 90 y ss. y ALCALÁ-ZAMORA, N., *Proceso, Autocomposición y autodefensa*, México 1947, núms.27 y 28.

⁷⁰² «Se considerará que todas las partes aceptan la propuesta a que se refiere el párrafo anterior, si ninguna de ellas expresa su oposición en un plazo de tres meses. En este supuesto, la resolución de la Comisión surtirá los efectos previstos en la Ley 36/1989, de 5 diciembre, de Arbitraje...».

creado con el fin de que se puedan establecer *tarifas sustitutorias* de las fijadas por las entidades de gestión (arts.21 a 28 RD) y al destinado a *fijar un nivel de remuneración equitativo para aquellos contratos de cesión o transferencia del derecho de alquiler de fonogramas o videogramas celebrados con anterioridad a 1994.*

Se trata de dos obligaciones a las que se encuentran sometidas las entidades de gestión con la finalidad de que se hagan efectivos unos derechos indispensables en el marco de la propiedad intelectual, sin los cuales se paralizaría su tráfico; nos referimos al derecho de los autores a percibir una remuneración por el uso de sus obras, bien sea a través de comunicación pública o mediante la cesión, o transferencia del derecho de alquiler de las mismas a través del formato vídeo doméstico, disco, *compact disc* o cinta magnetofónica.

Ambos procedimientos resultan ajenos a la voluntad que movió al legislador al crear la Comisión. Aunque en los dos encontramos una remisión al «procedimiento general de arbitraje» que plasma el Capítulo III del RD, no se trata de un arbitraje sino, antes bien, se aproxima a un procedimiento administrativo. En ambos casos encontramos un enunciado como el siguiente: «La inadmisión de la solicitud o la decisión arbitral resolutoria dejará expedita la vía judicial ordinaria para conocer del asunto sometido a la Comisión» (arts.28 y 36 RD). El enunciado no deja lugar a dudas, la actividad de la CMAPI es recurrible *a posteriori*. Si falta la nota de la irrevocabilidad de la solución aportada por ésta parece, entonces, asemejarse más a una simple actuación administrativa destinada a aplicar el Derecho privado a sujetos privados y, en cuanto tal, siempre debe ser revisable por los órganos jurisdiccionales.

Respecto al procedimiento sustitutorio de las tarifas generales, debemos puntualizar que nos referimos al procedimiento *provisional* al que aludíamos con anterioridad. El pago de la cantidad fijada por la Comisión no resuelve el problema de fondo y tampoco evita una posterior discusión sobre los parámetros

que las partes consideran inadecuados y que dieron lugar a esas tarifas que ahora se impugnan. Por lo que al procedimiento sobre la fijación de una remuneración equitativa, debemos decir que surge con una vocación limitada en el tiempo, pues se restringe a aquellos contratos sobre alquiler que se celebraron antes de una fecha determinada, primero de julio de 1994, fecha a partir de la cual ya existe método para la fijación de este tipo de remuneración, a tenor de la Ley 43/1994 de 19 de noviembre, que incorpora la Directiva 92/100/CEE, de 19 noviembre. No obstante, encontramos alguna opinión doctrinal que aboga por entender que en dicho procedimiento prima la remisión al procedimiento general y, por tanto, se trata de un verdadero arbitraje⁷⁰³.

III. TIPOS DE CONTROVERSIAS SOMETIBLES

Una vez convenido que dependiendo del tipo de derecho del que se trate se podrá acudir a la CMAPI a través de sus procedimientos especiales regulados en el RD 479/1989 o bien a través del procedimiento general de la LA de 1988, debemos intentar aproximarnos a los diferentes tipos de conflictos en los que la Comisión podrá actuar.

1. Los procedimientos especiales de la LPI y del RD

El art.157 LPI establece las obligaciones a las que se encuentra sometida una entidad de gestión⁷⁰⁴ y el art.158 del mismo cuerpo toma como base éstas para

⁷⁰³ MARÍN LÓPEZ, J., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 2208. En la misma obra pero en sentido contrario, ROJAS AJURIA, L.

⁷⁰⁴ Art.157 «1. Las entidades de gestión están obligadas:

a) A contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración.

b) A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.

c) A celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquellas los soliciten y sean representativas del sector correspondiente.

2. En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales.

fijar la competencia arbitral de la CMAPI. Éste es el denominado arbitraje especial al que se refiere la Disposición Adicional Primera de la Ley de Arbitraje de 1988 y su desarrollo ha sido plasmado en el RD 479/1989, de 5 de mayo y posteriores modificaciones⁷⁰⁵. Se hará uso de esta modalidad de *arbitraje* a tenor del artículo 157.1 LPI, cuando la controversia verse sobre la autorización o remuneración de un derecho que sea de gestión colectiva, una tarifa general, o sobre un contrato general de uso de repertorio.

Aparentemente, no parece que se pueda extender dicha afirmación al número cuarto de dicho precepto cuando se refiere a la competencia de la CMAPI para resolver cuestiones en materia de remuneración equitativa por autorizaciones por cable. La fórmula arbitral no resulta extensible a este supuesto por la razón de que, para tal tipo de conflicto queda establecida la función mediadora destinada a favorecer este tipo de contratación, interviniendo la CMAPI con el fin de evitar que, por la falta de acuerdo, no se llegue a contratar. En esta ocasión, la función de la Comisión es asegurar el tráfico jurídico y económico de estos derechos⁷⁰⁶.

Más detalladamente, consideramos que son materias sometibles ante la CMAPI:

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular.

4. Asimismo, las entidades de gestión están obligadas a hacer efectivos los derechos de una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta Ley y a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable».

⁷⁰⁵ Ley 43/1994, de 30 de diciembre que incorpora la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre; Ley 28/1995, de 11 de octubre que incorpora la Directiva 93/98/CEE, de 29 de octubre.

⁷⁰⁶ Tanto en la LPI española como en los ordenamientos vecinos encontramos este fomento de soluciones mediadoras en materia de cable. Por la razón de que se trata ésta de una tendencia impulsada desde la sede de la Comisión Europea. En este sentido, *vid.* DESURMONT, T., «Chronique de la Communauté Européenne», *Revue Internationale de Droit d'auteur, op.cit.*, págs. 127-129 y también los arts.14.a.3 UHRWG y 158.1 LPI con el fin de comprobar que si, efectuada la mediación «ninguna de (las partes) expresa su oposición en un plazo de uno/tres meses» se entenderá «que todas (ellas) aceptan la propuesta» que esta realizó.

Las relativas a los derechos de remuneración por *uso de repertorio* de derechos de cualquier clase que sean, bien perceptibles por el autor o bien por los artistas intérpretes o ejecutantes (arts.25, 90, 116, 122, 108, 155.2), tanto respecto a los conflictos derivados de una concesión de autorización o sobre la recaudación derivada de los mismos. En estos casos se acudiría al *procedimiento general de arbitraje* que establecen los arts.158.2.a) LPI y 9-20 RD.

Ejemplos de esto podrían ser los siguientes. Es posible someter a la Comisión la conducta de la entidad de gestión que se niegue injustificadamente a contratar con el usuario que pide autorización para el uso del repertorio, conforme a la obligación del artículo 152 LPI; por un incumplimiento contractual relativo a una falta de sincronización en la transmisión de una obra por una entidad de radiodifusión; por solicitar a una entidad de gestión una indemnización por denegar injustificadamente una autorización; la fijación con carácter definitivo de una tarifa general impugnada; solicitar la reducción de una de éstas por tratarse de una entidad de carácter cultural carente de finalidad lucrativa, etc.

También podrá ser objeto de este arbitraje especial, los conflictos derivado de la *aplicación de las tarifas generales* en las que se determina la remuneración por el uso de ese repertorio. Dichas controversias se resuelven a través del «*procedimiento especial*» -según su antigua denominación- o «para la determinación de tarifas sustitutorias de las generales» establecidas por la entidad de gestión. Es necesario adelantar que este procedimiento no es heterocompositivo y se refiere, con exclusividad, a dicha sustitución económica y *provisional* pues, de tratarse de la fijación de tarifas con carácter definitivo, se necesitaría discutir los términos del propio convenio donde se estipulen las mismas, y esto se hace por medio de un verdadero procedimiento arbitral⁷⁰⁷.

⁷⁰⁷ En estos casos, lo que encontraremos son dos procedimientos simultáneos. Es decir, junto a la solicitud arbitral de sustitución de dichas cantidades se interpondrá una segunda, en caso de aceptar la entidad de gestión en cuestión tal sometimiento a la CMAPI, y dirigida a que se inicie un «procedimiento general» a fin de que se modifique el convenio, o se condene a la entidad de radiodifusión que hizo un uso indebido de un repertorio, etc.

Los asuntos que se deriven de la *interpretación, aplicación o establecimiento de los convenio-marco o contratos generales* celebrados entre las asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión y la entidad de gestión. El silencio del legislador en cuanto a la creación de un procedimiento específico para esta materia y la ubicación de la misma (art.157.1), hace pensar que debemos aplicar el *arbitraje del procedimiento general*.

Al respecto surge una cuestión no carente de problemática. Existe una incoherencia entre el RD y la LPI, con el consecuente desfase jerárquico que ello conlleva. Mientras que las competencias que la LPI fija para la entidad de gestión se ciernen en torno a los contratos generales celebrados «(...) con asociaciones de usuarios (...) siempre que sean representativas del sector», la norma reglamentaria parece pretender ampliar su ámbito de actuación incluyendo, dentro de esta facultad de la CMAPI, la de «resolución de los conflictos que puedan surgir como consecuencia de la *interpretación o aplicación general de los contratos generales* entre las referidas entidades de gestión y las asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión» (art.1.2 pfo.2 RD)⁷⁰⁸. Efectivamente, consideramos que por razones de jerarquía normativa y por la limitada extensión de la LPI, existiría un óbice para aceptar, a pesar de la *voluntas legislatoris*, un arbitraje especial en dicha materia y, de pretender someterse dicha controversia a la CMAPI, debiera acudirse haciendo uso de la Ley General de Arbitraje.

⁷⁰⁸ Este problema ya fue apuntado por MARÍN LÓPEZ, J., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 2205. El presente autor estima que no es posible realizar una ampliación de competencias a través de este RD y que, por tanto, si se le quiere someter a la CMAPI dicha competencia tendrá que hacerse por el procedimiento general de la Ley de Arbitraje de 1988, sin poder quedar sujeto a las ventajas del arbitraje especial de la Comisión, a saber, gratuidad y no protocolización.

Esta postura confirma, una vez más, la posibilidad de que la CMAPI actúe como un tercero cualquiera, celebrando arbitrajes generales siempre que se cumplan los requisitos de legitimación y colectividad.

No parece opinar en este sentido DELGADO PORRAS, A., *op.cit.*, pág. 1014 cuando estima que la competencia de ese art.158.2 pfo.1 en relación al art.157.1.c) «comprende (entre otros)» estos conflictos derivados de la aplicación o interpretación de los aludidos contratos. Le reconoce, por tanto, una competencia más general y se resolvería mediante el procedimiento general del RD.

De *lege ferenda* debemos cuestionarnos la posibilidad de someter al arbitraje de la CMAPI las *cuestiones de cable*, aunque no lo recoja de modo expreso la LPI. Hoy por hoy, al no existir norma expresa, *no pueden aplicarse* los procedimientos del RD, pero esta afirmación no se encuentra carente de discusión. Existe una razón para integrar dicho vacío legal y entender que la CMAPI sí podría ser competente. Bajo nuestro parecer, y basándonos en el tenor del artículo 158.1 LPI, si a la mediación de la Comisión seguida de silencio de ambas partes por el plazo de tres meses se le otorgan los efectos propios de un laudo arbitral emitido conforme a la LA 1988, con mayor razón, de haber mediado un sometimiento expreso al arbitraje de la CMAPI para este tipo de conflictos, debiera reconocérsele los efectos de la heterocomposición. De ser esto así, la sumisión a un arbitraje se llevaría a cabo mediante el arbitraje general de la Ley de 1988, no por el procedimiento general del RD pues para seguir este último debiera darse una ampliación competencial expresa. Se confirma, una vez más, la posibilidad de que la CMAPI actúe bajo los auspicios de la LA.

2. La situación en Derecho extranjero

La regulación de esta institución en los ordenamientos vecinos es muy diferente. Salvo en el Derecho anglosajón, las presentes comisiones arbitrales no gozan de numerosas competencias al igual que encontramos al estudiar la CMAPI, sino que, contrariamente, su función suele limitarse al *control de las tarifas fijadas por las entidades de gestión*. No obstante lo dicho, del estudio de las leyes generales de arbitraje de estos países, del alcance de sus cláusulas de arbitrabilidad y del orden público, así como de sus normas reguladoras de la propiedad intelectual, cabe concluirse que el arbitraje en materia de derechos de explotación es admisible en nuestro entorno internacional.

En el *caso alemán* la nueva Ley de Arbitraje (SchVG) de 30 diciembre de 1997⁷⁰⁹ reemplaza el Título Décimo de la *Zivilprozessordnung* alemana⁷¹⁰. Allí se

⁷⁰⁹ *Bundesgesetzblatt* 1997 I pág.3224.

reconoce un ámbito muy amplio para celebrar arbitrajes, en concreto, su artículo 1030 reconoce como arbitrable cualquier petición de contenido económico («vermögensrechtlicher Anspruch»), salvo que legalmente se estableciera algo distinto.

Si acudimos a la Ley de propiedad intelectual de este país, comprobamos que existen ciertos matices a este enunciado general. Legalmente puede admitirse el arbitraje en materia de derechos de explotación cuando se respeten estos límites impuestos por la Ley de propiedad intelectual en torno a estas tarifas y parecen establecerse dos claras excepciones.

Por un lado, en el artículo 14.6 UrhWG, en relación von los convenios marco o convenios colectivos firmados con las asociaciones de usuarios, se reconoce como posible el acuerdo de arbitraje que verse sobre cuestiones futuras, siempre que no se le obligue a la parte a renunciar a su derecho de acudir a un arbitraje general o a la conciliación obligatoria que imparte la *Schiedsstelle*⁷¹¹, pues la competencia de ésta es improrrogable.

En segundo lugar, con carácter general, el artículo 16 UrhWG en relación con el 1030 SchVG permite a las partes que, dictada por la *Schiedsstelle* la resolución, acudan ante los órganos de la jurisdicción ordinaria —o también arbitrales—, con el fin de revisar tal resolución arbitral, teniendo en cuenta que sólo cuando se pongan en entredicho la «aplicabilidad o razonabilidad de las tarifas», la parte deberá acudir, con carácter previo, ante la *Schiedsstelle*⁷¹². En los demás casos podrá acudir ante el arbitraje general de la SchVG.

⁷¹⁰ LÖRCHER, G., «The new German Arbitration Act», *Journal of International Arbitration*, núm.15, 1998, págs.85 y ss.; PERRET, F., «L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle. Suisse/Allemagne/Italie», *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Libraires techniques, 1994, pags.78 y 79.

⁷¹¹ Art.14.6 «Ein Schiedsvertrag über künftige Streitfälle nach Absatz 1 Nr.1 Buchstabe b ist nichtig, wenn er nicht jedem Beteiligten das Recht einräumt, im Einzelfall statt des Schiedsgerichts die Schiedsstelle anzurufen und eine Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte zu verlangen.

⁷¹² Art.16 «1. Bei Streitfällen nach 14 Abs.1 können Ansprüche im Wege der Klage erst geltend gemacht werden, nachdem ein Verfahren vor der Shiedsstelle vorausgegangen ist. 2. Dies gilt nicht, wenn

En segundo lugar, *Suiza* se caracteriza por tener un sistema bastante claro en torno a los derechos de explotación que pueden ser objeto de arbitraje. Dentro del alcance de la libre disponibilidad de las partes se encuentran aquellas materias sobre las que no exista reserva a favor de los órganos jurisdiccionales del Estado y esto es, precisamente, lo que ocurre en materia de establecimiento de tarifas (art.46.3 y 55.1 LDA)⁷¹³. Según se observa, se trata de un fenómeno similar al supuesto alemán: es posible convenir arbitrariamente sobre ciertos derechos de explotación de obras siempre y cuando no quede afectada la competencia que el legislador otorgó a los tribunales estáticos⁷¹⁴.

Por lo que al *Reino Unido* se refiere las competencias establecidas por la *Copyright, Patent and Design Act* y la *Copyright Tribunal Act* son muy amplias. Con carácter primordial se establecen tres tipos de procedimientos destinados a proteger las *statutory licences, licensing schemes* y *non-scheme licences*.

El primer procedimiento se regula en los arts.27-30 de la Ley que desarrolla la actuación ante el *Copyright Tribunal* y está destinado a resolver las controversias que surjan de la obligación de licenciar y autorizar el uso de repertorio al que se encuentran sometidas las entidades de gestión. En segundo lugar, existe un procedimiento destinado a impugnar y resolver cualquier cuestión que se derive de los acuerdo marco o contratos generales, conforme establece los arts.3-19 del mismo cuerpo legal, respecto de cualquier derecho de autor o derecho conexo que sea de gestión colectiva así como de aquellos derechos de remuneración equitativa por alquiler de videograma o fonograma⁷¹⁵. Finalmente, existe un tercer procedimiento dirigido a otorgar y resolver disputas en aquellos casos en

bei Streitfällen nach 14 Abs.1 Nr.1 Buchstabe a (es decir, las tarifas) die Anwendbarkeit und die Angemessenheit des Tarifs nicht bestritten sind».

⁷¹³ Art.46.3 «Elles (las sociedades de gestión) soumettent les tarifs l'approbation de la Commission arbitrale fédérale et publient ceux qui sont approuvés.» Art.55.1 «La Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins est compétente pour approuver les tarifs des sociétés de gestion».

⁷¹⁴ PERRET, F., «L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle. Suisse/Allemagne/Italie», *Arbitrage et*, op.cit, pág.75 y 76.

⁷¹⁵ GROVES, P., *Copyright and Design Law*, op.cit, pág. 107.

los que, por circunstancias especiales y a limitados grupos de usuarios, se les ha otorgado licencias y tarifas *ad hoc*; es el supuesto al que se refieren los arts.20-23 de dicha Ley para las *non-scheme licences*.

En conclusión, el *Copyright Tribunal* conoce de un amplio número de controversias en materia de propiedad intelectual, por vía arbitral e incluso actuando de oficio.

Al igual que acontece en los ordenamientos citados, el arbitraje es posible, siempre que no sea materia reservada al orden público.

En el caso *francés* encontramos una situación muy similar a la apuntada con anterioridad. Las diferentes comisiones aludidas celebran pseudo-arbitrajes sin perjuicio de poder ser objeto de convenio arbitral aquellos aspectos patrimoniales de los derechos de autor y conexos que no contradigan «l'ordre public ou l'indisponibilité des prérogatives morales de l'auteur conduisant à reconnaître la compétence exclusive des tribunaux ordinaires»⁷¹⁶.

Por último y por lo que se refiere a *Italia* también resulta plenamente aceptable el arbitraje en materia de propiedad intelectual. En este caso no existe una Comisión nacional del tipo que ahora estudiamos; tal vez un mecanismo de cierta similitud, pero de naturaleza y finalidad diferentes, es la mediación que se le ha encargado a la *Società italiana autori ed editori* (SIAE) en defensa «dei diritti di rappresentazione, di esecuzione, di recitazione, di radiodiffusione ivi compresa la comunicazione al pubblico via satellite e di riproduzione meccanica e cinematografica» reservada con exclusividad a la SIAE⁷¹⁷, pero se trata de funciones intermediarias encomendadas a la propia entidad de gestión a la hora

⁷¹⁶ DESSEMONTET, F., *Le Droit d'auteur*, op.cit., pfo.719.

⁷¹⁷ Art.180 Ley 633/1941, de 22 abril de *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

de contratar. Existe ya alguna doctrina⁷¹⁸ admite que las partes sometan a arbitraje las disputas que versen sobre las cuestiones económicas y derechos de explotación de obras disponibles, según el artículo 806 y siguientes del *Codice di Procedure civile*, recientemente modificado⁷¹⁹.

IV. LOS SUJETOS

Los sujetos protagonistas de este tipo de arbitraje especial ante la CMAPI se encuentran claramente delimitados, estableciéndose una legitimación *ex lege* que no deja lugar a dudas. Con independencia de que se trate de un procedimiento especial o de un arbitraje general conforme a la LA, consideramos que los sujetos intervinientes tan sólo pueden ser las entidades de gestión de derechos de autor, las asociaciones de usuarios de este tipo de derechos y las entidades de radiodifusión, entendidas dentro de éstas, las entidades de transmisión por cable. Por otro, debemos estudiar el *órgano arbitral* en cuestión y su dualidad de miembros como son, los árbitros permanentes y los árbitros-representantes de las partes.

1. Partes legitimadas

Por lo que a las «entidades de gestión» se refiere, el art.147 LPI les reconoce la capacidad de gestionar derechos de propiedad intelectual, siempre sin ánimo

⁷¹⁸ CECCON, R., «Arbitration and Intellectual Property in the Italian Legal System», *Journal of International Arbitration*, núm.13, 1996, págs. 65-79.

«In the intellectual property field, pursuant the italian Law, there is no specific arbitration institution to which all the relevant disputes on intellectual property may be submitted. There are two different reasons for this. The first reason is the limited recourse to arbitration for this types of disputes, considering the fact taht an express reserve is made by the legislator in favour of the ordinaty jurisdiction. The second is a consequence of the first, because the only disputes which may be sumitted to arbitration in the intellectual property field are thouse regarding the economic or commercial content of the agreements. This content involves intellectual property explotation, either for copyright or for rights arising from licence agreements relative to patents.(...) Consequently, it is proper and justifiable not to have a specific arbitration body or institution expressly devolved to solving these kinds of disputes –the recourse to arbitration as generally governed by law is sufficient».

⁷¹⁹ Ley 25/1994, de 5 enero.

de lucro y cuando reciban autorización del Ministerio de Cultura⁷²⁰. Éste es precisamente el modo de garantizar su finalidad social, es decir, asegurar que los autores van a ser retribuidos por el uso de sus derechos y coadyuvar a que los usuarios puedan utilizar lícitamente los mismos con sólo acudir a una entidad de gestión. Junto a esto, ejercen funciones de reparto de los derechos obtenidos tras la recaudación, debe contratar obligatoriamente con quien lo solicite y debe, por último, gestionar obligatoriamente ciertos derechos, cuyos titulares han sido despojados para su ejercicio. Se trata de conseguir que se refuerce al autor frente a sus no desdeñables usuarios (entidades de radiodifusión o de cable, asociaciones hoteleras, de discotequeros, etc.). Para evitar estas situaciones nace precisamente la CMAPI.

Las entidades de gestión son verdaderos titulares de estos derechos pues ha habido un desplazamiento *ex lege* y una privación de la legitimación procesal de sus verdaderos titulares. En estos casos, las entidades de gestión actúan, por legitimación ordinaria pues ejercen un derecho *propio* en nombre propio unas veces por privación de legitimación a su verdadero titular y, otras, por ampliación legal de la legitimación de dichas entidades.

En segundo lugar, encontramos a las «asociaciones de usuarios» del repertorio. Para que éstas actúen dentro de la legalidad, se exige que se dirijan a las entidades de gestión, no de forma individual, sino colectivamente o en representación de todos los usuarios que gocen de las mismas características a la hora de utilizar estos derechos. Señala acertadamente LÓPEZ SÁNCHEZ que no nos encontramos ante las asociaciones de usuarios dispuestas en la Ley General de Consumidores y Usuarios (art.20), pues «quienes contratan con las entidades

⁷²⁰ Art.147 LPI «Las entidades legalmente constituidas que pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, que habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado. Estas entidades no podrán tener ánimo de lucro y, en virtud de la autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión y tendrán los derechos y obligaciones que en este título se establecen».

de gestión no son destinatarios finales, sino que explotan tales derechos para obtener un beneficio económico, directo o no (...)»⁷²¹. Tal afirmación tiene su importancia a efectos de posibles pretensiones colectivas individualizables, conforme a las establecidas en la LCGC y la LEC (arts.11.2 y 11, respectivamente).

Uno de los grandes usuarios del repertorio de una entidad de gestión son las entidades de radiodifusión que, si bien no dejan de ser un simple usuario, por razón de su envergadura económica son explícitamente citadas por la Ley de Propiedad Intelectual. Debemos entender incluidas en este grupo de especiales usuarios las entidades de transmisión por cable.

Se trata en ambos supuestos de personas jurídicas individuales pero siempre de gran magnitud, pues lo que no tiene cabida ni en la LPI ni en el RD son legitimaciones individuales de un simple empresario, sea persona física o jurídica. Tan sólo se observa tal legitimación en el aludido procedimiento para la determinación de una remuneración equitativa por cesión alquiler de fonogramas y grabaciones audiovisuales⁷²², cuando legitima para acceder ante la Comisión junto a las entidades de gestión a «quienes lleven a efecto las operaciones de alquiler al público de» este tipo de obras. Se trata éste del único supuesto de legitimación de una persona física⁷²³, lo cual choca frontalmente con la estructura y vocación *colectiva* de dicha institución.

⁷²¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *op.cit.*, pág. 357.

⁷²² RD 1248/1995, 14 julio, (BOE núm.185 de 4 agosto 1995) que modifica parcialmente el RD 479/1989, de 5 mayo sobre la CMAPI y que es fruto de la incorporación a nuestro Derecho de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre sobre el alquiler y préstamos y otros derechos afines, a través de la Ley 43/1994, de 30 diciembre.

⁷²³ Estamos parcialmente de acuerdo con LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *op.cit.*, pág. 366 en la crítica formulada en torno a este RD. En cuanto materia dispositiva no dudamos de que se trate de un arbitraje aunque sí nos parece cuestionable que sea posible una remisión sin más al procedimiento general ante la CMAPI (art.29 RD), salvo en lo que a su composición se refiere. Nos encontraríamos ante un supuesto de legitimación individual ante la CMAPI, bajo ciertas condiciones. Por un lado, el hecho de tratarse de derechos que son de gestión colectiva (aunque se trate en esta ocasión de un empresario individual), por otro, su vocación temporal y limitada –tan sólo para aquellos contratos de alquiler celebrados con anterioridad al 1 de julio de 1994-. En cuanto que de una mera liquidación se trata hubiera sido loable que se estableciera una simple mediación, conforme a la establecida en el art.158.1 LPI, a la cual le otorga la

Alguna doctrina ha considerado inviable tal posibilidad⁷²⁴ por el desfase jerárquico ocasionado. Sin embargo, en nuestra opinión, se trata de un avance más de la tendencia aperturista que el legislador marca en relación a esta Comisión, como si de un tercero cualquiera se tratara, sin que su actuación gozara de los beneficios especiales de que goza el arbitraje especial de la LPI y el RD; actuaría a través de un arbitraje general de la LA de 1988 y se desnaturalizaría la institución. Para que no fuera así, se requeriría de una ampliación legal de sus competencias.

No olvidemos la legitimación del *empresario individual*, introducida por el RD 1248/1995 en el Capítulo V del RD que ahora estudiamos⁷²⁵.

En conclusión, entendemos que cabe arbitrajes ante ésta más allá de lo estrictamente estipulado en la LPI y RD pero siempre bajo las reservas aquí señaladas sobre la legitimación y el tipo de derechos; si no se interpreta el RD de esta manera, nos planteamos qué sentido puede tener ese artículo 2 del mismo cuando habilita la interpretación del RD de modo integral con la Ley de arbitraje.

eficacia propia de las sentencias judiciales o, tal vez que se hubiera remitido al procedimiento especial establecido para la fijación de tarifas sustitutorias, procedimiento que no es considerado heterocompositivo o arbitral a pesar de la expresa *voluntas legislatoris*.

⁷²⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *op.cit.*, pág. 354 cuando afirma que «en ningún caso puede entenderse que la misma haga referencia a la interpretación o aplicación que deba hacerse de una concreta autorización, pues supondría una extensión de las competencias que la Ley de Propiedad Intelectual había atribuido a la CMAPI. La resolución que dictase la CMAPI resolvería auténticos litigios, consecuencias de las diferencias existentes entre las partes en conflicto en cuanto a la interpretación o aplicación de la normativa contenida en un convenio general regulador de la concreta relación jurídica. Es evidente que por Real Decreto no puede extenderse el ámbito de las competencias de un órgano administrativo cuando ya han sido establecidas por Ley.

Además, un particular carecería de legitimación. Aunque fuese posible en aplicación del artículo 1 del Real Decreto que la Comisión extendiese su competencia a la interpretación de una concreta relación jurídica, el peculiar sistema de legitimación establecido por la LPI sólo permitiría plantear tal cuestión a una asociación de usuarios. Por último, no es adecuado –al margen ya de su dudosa legalidad– que se confíe a la CMAPI la decisión de los derechos de los empresarios y autores, porque el sistema creado por la LPI está concebido como un instrumento para facilitar la contratación, pero no como instrumento para *decir el derecho*».

⁷²⁵ Art.30.1.b) del RD 479/1989, afirma «quienes lleven a efecto las operaciones de alquiler al público de los fonogramas o grabaciones audiovisuales...».

2. El órgano arbitral

La CMAPI se constituye como un órgano heterocompositivo con una peculiar composición. Se encuentra compuesto de un máximo de siete miembros y por un secretario que no tiene ni voz ni voto (art.8 RD). De estos siete miembros, tres serán árbitros permanentes nombrados por el Ministerio de Cultura y los otros cuatro serán designados por las partes como representantes de cada uno de los intereses en conflicto⁷²⁶.

Las normas relativas a la composición de la Comisión del RD serán de derecho imperativo; sólo en lo que allí no se diga se podrá recurrir a la Ley de Arbitraje de 1988.

A. Composición

La CMAPI es una comisión mixta, compuesta por órganos permanentes y electos para el caso concreto. Es un órgano de voluntad colegiada y compleja que requiere de la voluntad de ambos grupos de miembros, así como de la representación de los intereses de las partes en conflicto para poder emitir el laudo arbitral. Se trata de un *foro* donde los representantes de las partes en conflicto tienen voz y voto.

a. Miembros permanentes

Corresponde al Ministro de Cultura designar tres «árbitros» de entre juristas de reconocido prestigio en materia de propiedad intelectual. Estos son técnicamente denominados «árbitros», por contraposición a los «representantes», designados para cada caso por las partes, aunque en ambos casos se trata de miembros independientes y sujetos a la obligación de imparcialidad y neutralidad (arts.6.1 RD, 12.3 y 16 LA).

Acorde con la naturaleza de este órgano colegiado, ubicado en la Administración del Estado, existen unos miembros de carácter permanente cuyo nombramiento se hace por tres años siempre renovables. Estos no son en ningún caso funcionarios, sino que son designados por el Ministro con base en una relación de confianza y siempre partiendo de una situación de independencia funcional para que pueda atender en mayor medida a unos fines sociales y para que realicen sus funciones determinadas por la LPI.

El presidente es nombrado como tal directamente por el Ministro de Cultura y le corresponde velar por el buen funcionamiento de la Comisión (art.5 RD). Como se observa, la designación de estos tres miembros es directa y, por tanto, también lo será su sustitución sin que quepa lugar por ningún otro medio⁷²⁷.

b. Miembros representantes

Igualmente sujetos a esta obligación de ser imparciales, independientes y neutrales se encuentran los denominados «representantes de las partes», no tanto por el propio RD, sino por el mandato general de la LA (arts.12.3 y 16). Esta figura del *árbitro ex parte* ha sido duramente criticada por la doctrina⁷²⁸ por argüirse que quiebra las normas básicas de la imparcialidad⁷²⁹ pero, para ello

⁷²⁶ Estos no tienen por qué ser necesariamente cuatro. Lo que exige la Ley es igualdad entre las partes de modo que, si una parte tan sólo nombra a uno deberá la otra hacer lo mismo para que no se quiebre el equilibrio en la votación. Por ésta razón el RD habla de un *máximo* de siete miembros.

⁷²⁷ Recordemos que la Ley de arbitraje permitía realizar una designación por convenio o por tercero, incluyéndose en este último caso la formalización judicial del arbitraje por el Juez de Primera Instancia. Pero como el modo de designación fue la libre discreción del Ministro, su forma de sustitución debe seguir siendo la misma (art.6.2).

Sería cuestionable la posibilidad de que fuera un tercero o incluso un Juez a través de dicha formalización el encargado de nombrar como árbitro a la CMAPI. Para ello, se sobrentiende que debería haber un convenio arbitral firmado conforme a la Ley 36/1988 y que el procedimiento de arbitraje a aplicar sería el de dicha Ley. No obstante, consideramos que cualquier sometimiento a la CMAPI –debido a su especialidad- debe ser siempre realizado por las partes de modo voluntario sin que sea posible la designación por tercero pues el artículo 9 RD así lo exige cuando exige que «las partes se sometan expresa y voluntariamente a la Comisión para que se adopte una decisión».

⁷²⁸ MIRABELLI, G., «Scelta dell'arbitrato e rapporto parti-arbitri», *Giustizia Civile*, 1998, págs. 324-330.

⁷²⁹ En contra de dicha afirmación, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *op.cit.*, pág. 350 - 351.

quedan igualmente sujetos a las normas sobre abstención y recusación y, por tanto, garantizada.

Esos sujetos son designados para el caso concreto y carecen, por tanto, de esa vocación de permanencia. Es más, su designación queda sujeta a la previa aceptación del encargo arbitral por los árbitros permanentes y al inicio del desarrollo del procedimiento arbitral. Esto no quiere decir que su participación pudiera ser prescindible (arts.17 y 18 RD); simplemente, adoptan un protagonismo menor que el de los miembros permanentes a la hora de exigirse las mayorías (donde el *quorum* requiere de la participación de los árbitros).

La designación de estos miembros representativos de intereses y de ciertos colectivos sociales la realizan las partes en conflicto, hasta un máximo de dos por cada una de ellas y sin que se les pueda colocar en situación de privilegio a la hora de nombrarlos (art.9.3 LA). Si tuviera lugar un litisconsorcio en el que litigaran en una misma posición, por ejemplo, una entidad de cable y una de radiodifusión, debieran ponerse de acuerdo a la hora de formular la designación de su representante, porque no es posible que exista un tercer árbitro de parte.

B. Condiciones para el ejercicio de la función arbitral

a. Miembros permanentes

Según el art.6 RD los «árbitros» deben ser imparciales, independientes, neutrales quedan sometidos a las normas sobre abstención y recusación contenidas en la Ley de Arbitraje. Por tanto, debemos de entender que dichos árbitros deben encontrarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, sin que sea necesaria su condición de abogados en ejercicio pues, sólo cuando se haga mención expresa de ambas partes para que se resuelva en base a derecho (art.10.2

RD)⁷³⁰, se requerirá de tal condición (art.5.1 LA); el hecho de que su designación la realice el Ministro presupone su capacidad y valía profesional.

Toda persona, española o extranjera⁷³¹, capaz de celebrar un contrato, se encuentra en el pleno ejercicio de estos derechos y, por tanto, puede ser designada y aceptar el cargo de árbitro⁷³².

Al respecto se ha discutido sobre su vocación permanente y si existe una verdadera aceptación del cargo o no; cuestión distinta es que se encuentren predeterminados (no sólo dichos árbitros sino también las materias que son de su competencia), pero ello no nos debe hacer pensar que su autoridad también lo está, sino que ésta queda sujeta a la condición de que se admita la solicitud de

⁷³⁰ Nos parece más conveniente la utilización del arbitraje de equidad debido a la naturaleza de las controversias que le son sometibles a la Comisión.

⁷³¹ Conforme al mandato de los artículos 13 CE, 27 y 28 Cc. y 7 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea y RD 607/1986, de 21 de marzo, por el que se desarrolla la Directiva Europea sobre libertad de prestación de servicios jurídicos dentro de la Unión, pudiera admitirse tal posibilidad. Si realmente no resulta necesaria la colegiación y ejercicio de la profesión para el arbitraje de Derecho, en mayor medida podría admitirse que esa designación discrecional recayera sobre un jurista extranjero. El problema realmente para centrarse en la naturaleza colegiada de la Comisión *en* la Administración del Estado. La solución no es sencilla pero la premisa más importante es que no nos encontramos ante relación funcional alguna. En este caso, debería de estarse a la capacidad que se le exige a la persona conforme a su Ley nacional para el ejercicio de sus derechos civiles. No obstante, el supuesto que planteamos no deja de ser un rara hipótesis.

⁷³² Un hecho ciertamente controvertido en este arbitraje es el de la aceptación del cargo por los árbitros permanentes. Al parecer de LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *op.cit.*, pág. 349 dichos árbitros no aceptan sino que deciden directamente, «La actividad de la Comisión se funda en una específica potestad otorgada por la Ley de Propiedad Intelectual y condicionada en su ejercicio al previo sometimiento de las partes. No es investida de jurisdicción por las partes, ni los árbitros son designados por ellas ni por una Institución pública administradora del arbitraje, sino que pueden decidir porque son miembros de la Comisión, porque fueron nombrados para el cargo aun con anterioridad al planteamiento del conflicto. La Comisión preexiste al mismo acuerdo de las partes, y preexiste ya con potestad decisora del árbitro. El acuerdo de las partes no es causa originaria de la función decisora del árbitro, sino presupuesto y condición para que la potestad preexistente del órgano se extienda a resolver el conflicto que se le somete».

Consideramos que su carácter permanente, en principio, puede parecer que modifica el conocido contrato de dación y aceptación del arbitraje, momento en el que se configuraba la relación procesal arbitral, pero no es así. Su condición de órgano colegiado dentro de la Administración le otorga una especial posición pero no le impide a sus miembros que acepten un asunto y por tanto que se erijan, desde ese preciso momento, en árbitros de ese asunto.

arbitraje y por tanto, que se acepte el cargo arbitral⁷³³. Las razones que justifican tal afirmación son las siguientes:

- porque deben cumplir fielmente su encargo y están igualmente sujetos a responsabilidad desde su aceptación;

- porque se encuentran sujetos a la obligación de abstenerse si existiera causa cuando se les presenta la solicitud de arbitraje;

- porque la Comisión no queda realmente constituida hasta que sean designados los representantes de las partes⁷³⁴.

A nuestro parecer, en este caso resultan igualmente aplicables todas las incapacidades estudiadas sobre los sujetos con capacidad restringida y con imposibilidad de erigirse *supra partes* y de *ejercer fielmente su encargo*, pues la confianza en el árbitro es decisiva.

Así pues, podrán ser árbitro los mayores de edad (arts.315 y 322 Cc), incluido el concursado y quebrado pues no tiene la capacidad restringida, sino la administración de sus bienes. Queda excluido el analfabeto, por tratarse éste de un arbitraje ritual y aquellas personas que hubieran incumplido su encargo con anterioridad o hubieran incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el cumplimiento de sus funciones arbitrales. En este caso, al tratarse de una designación a instancia del ministro, será de fácil control tal requisito.

⁷³³ Si recordamos lo que acontecía en el arbitraje general, observamos que con la oferta del arbitraje se otorgaba autoridad para resolver esa concreta cuestión y tras la aceptación del mismo daba comienzo inmediato el procedimiento arbitral. Como veremos, en nada dista de la oferta e inicio del arbitraje de la CMAPI.

⁷³⁴ En este sentido encontramos a DELGADO PORRAS, A., *op.cit.*, pág. 1011, cuando afirma que «...los representantes de las partes en la Comisión tienen la consideración de árbitros y su nombramiento es necesario para que pueda abrirse el procedimiento y se entre en el fondo de la controversia. Excepcionalmente, en el procedimiento especial, que no se trata de un verdadero arbitraje, puede constituirse la Comisión y entrar a fijar la remuneración sustitutoria si la entidad de gestión no designa tales representantes. (...) Únicamente concebidos los representantes como árbitros, puede tener justificación el que formen parte de la Comisión. En ellas representan el elemento de experiencia necesario para que sus decisiones se ajusten lo más posible a su especificidad económica y jurídica del ejercicio de los derechos de autor y afines y a la real dimensión de los intereses en juego en el tipo de explotación de que se trate –lo que no puede entenderse asegurado, al menos, en principio, con los árbitros permanentes, a los que sólo se les exigen que sean juristas de reconocido prestigio».

Dicho esto, resulta inevitable aludir a la clásica cuestión de si es posible que nos encontremos ante un arbitraje impartido por una persona jurídica. Efectivamente, debido al carácter permanente de la CMAPI pudiera pensarse que nos encontramos ante tal supuesto, pero no es así. Sólo las personas físicas pueden realizar una declaración de voluntad de tal tipo⁷³⁵, sin perjuicio de que la Comisión, en cuanto órgano colegiado, la emita como declaración única del órgano configurada conforme al RD 479/1989⁷³⁶.

b. Miembros representantes

Todo lo dicho con anterioridad es también predicable de los miembros representantes de la CMAPI, pues a las mismas condiciones y prohibiciones para el ejercicio de su cargo se encuentran sometidos. Sólo pueden serlo los sujetos designados por las asociaciones de usuarios «representativas del sector»⁷³⁷, las entidades de radiodifusión y las de gestión de derechos que, como máximo, pueden nombrar dos por parte y siempre y cuando, al menos, una de ellas formula tal designación con el fin de que se pueda llegar a emitir el laudo.

No tienen un carácter permanente sino que se trata de una designación *ad hoc* de las partes, son recusables por las mismas causas que los jueces y magistrados y quedan sujetos a la obligación de puesta en conocimiento de las causas de posible abstención.

⁷³⁵ ALBALADEJO, M., «El sedicente arbitraje de personas jurídicas», *AC*, núm.7, semana 12-18 de febrero 1990, págs. 93 y ss.; LLEDÓ YAGÜE, F., (Coor. Bercovitz), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, *op.cit.*, pág. 139; PRIETO-CASTRO, F., «La Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm.3/1989, mayo-junio, págs. 8 y 9 y SERRANO ALONSO, J., «El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988», *AC*, núm.8, semana 20-26 de febrero, 1989, pág. 519; LORCA NAVARRETE, J.M., (y SILGUERO ESTAGNAN, J.), *Derecho de Arbitraje Español*, Dykinson, 1994, pág. 256..

⁷³⁶ LLISSET BORELL, F., ROMERO HERNÁNDEZ, F., LÓPEZ PELLICER, J.A., *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento administrativo común*, *op.cit.*, pág. 102.

⁷³⁷ Se trata éste de un concepto controvertido pues no existe en la Ley un parámetro para saber cuándo una organización es representativa del sector. Sin embargo, en el derecho inglés encontramos que la propia Ley ha fijado un momento y cauce procesal oportuno para discutir la «representatividad» de una determinada asociación de usuarios, según se observa en el art.6 *Copyright Tribunal Rules*.

C. La independencia de los árbitros que integran la CMAPI

La independencia se presenta como la garantía máxima de la heterocomposición. Ésta garantía le viene dada por la propia estructura congénita de esta fórmula de resolución de conflictos y se produce precisamente en el momento en el que los árbitros permanentes admiten a trámite la controversia y aceptan el encargo, pues a partir de este instante reciben su *autoritas*. El hecho de que la Comisión se encuentre ubicada en la Administración no le impide ser independiente⁷³⁸ para ejercitar su función arbitral y que, iniciado el procedimiento, se desplieguen para las partes y la Comisión una pluralidad de efectos *ex lege*. Una vez iniciado el desarrollo procedimental, cuando comienza la función de juzgar, se les exige a los miembros de ésta ser imparciales⁷³⁹. Todo ello lo confirma su propia estructura y el artículo 6.1 RD, cuando les reconoce como independientes, imparciales y neutrales.

a. La imparcialidad

La CMAPI no actúa bajo las directrices de la Administración, sus miembros no se encuentran interesados subjetivamente y tampoco sometidos a instrucciones jerárquicas⁷⁴⁰; la cuestión estriba en averiguar cómo queda garantizada dicha imparcialidad.

⁷³⁸ Recordemos aquí lo dicho al estudiar las diferencias entre la actividad de la Administración y de la Jurisdicción (así como del arbitraje). La heterocomposición supone la aplicación del Derecho en un caso concreto de modo irrevocable y ejecutivo y *con desinterés objetivo y subjetivo*. El primero aludiría a la idea de independencia, el segundo a la de imparcialidad.

⁷³⁹ MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant Lo Blanch, 1998. En este sentido véase PINTÓ RUIZ, J., «Derechos y deberes de los árbitros», *TAB*, núm.10, 1998, pág. 38. También *idem*, «La imparcialidad objetiva del Juez a examen», *La Ley*, 1998, 24 de febrero, pág. 2. Previamente, ya encontramos dicha afirmación en PEDRAZ PEÑALVA, E., «Reflexiones sobre el "Poder Judicial" y el PLOPJ», *La Ley*, 1985, 31 de mayo, pág. 7.

⁷⁴⁰ MORELL OCAÑA, L., *La actividad de las...*, *op.cit.*, pág. 424.

1. Miembros permanentes

Nuevamente, por vía de remisión, el art.6.1 RD enlaza directamente con los arts.12.3 y 17 y ss. LA y, estos, a su vez nos reenvían a la LOPJ-, con la intención de evitar la figura del *arbiter suspectus*⁷⁴¹. Al respecto, son pocas las matizaciones que podemos hacer en torno a lo argumentado al tratar este tema en la parte dedicada al arbitraje general en materia de propiedad intelectual; a lo dicho allí nos remitimos, aunque no sin hacer antes ciertas precisiones que matizan este arbitraje frente al mismo.

La *abstención*, constituye una obligación para el árbitro de poner en conocimiento de las partes las posibles causas de parcialidad que han sido objetivizadas por la Ley para que éstas, haciendo uso de su *derecho a recusar*, las admitan o no y procedan a la sustitución del árbitro⁷⁴². A tenor de la LA, este último sólo es recusable por las causas que fueran conocidas tras la designación y aceptación del cargo (art.17.2); respecto a aquellas que hubieran ocurrido con anterioridad, sólo serán alegables –continúa la Ley- si el órgano arbitral fuere designado por tercero, puesto que por esta precisa razón, en ese momento cesa el deber de diligencia que le era exigible a la parte. Es en este aspecto donde parece que el RD y la LA se distancian.

Si la designación no la hicieron las partes, sino que se trata de árbitros «permanentes», no se les puede exigir ningún tipo de diligencia y, por tanto, se les debe permitir recusar *sine tempore* por causas existentes con anterioridad

⁷⁴¹ La imparcialidad del juzgador es parte del derecho al proceso, *vid.*, CALVO SÁNCHEZ, C., «Reflexiones sobre la causa novena del artículo.219 LOPJ: Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa», *PJ*, 1989, núm.13, pág. 12 y ss.; PICÓ I JUNOY, J., «La imparcialidad...», *op.cit.*, pág. 2; ORAÁ GONZÁLEZ, J. y ORAÁ GONZÁLEZ, P., «El derecho al juez imparcial y la jurisprudencia constitucional. Un decepcionante paso atrás», *PJ*, 1992, pág. 165.

⁷⁴² Lo que debemos plantearnos es si es también un derecho y, por tanto, puede el árbitro apartarse del asunto. Según se dijo, el árbitro quedará eximido de responsabilidad con el simple hecho de poner en conocimiento la existencia de una causa, pero, el deber de cumplir fielmente el encargo al que se ha comprometido, le obliga a continuar. No debemos perder de vista que se trata de un cargo de designación discrecional por el ministro y que, por tanto, los parámetros cambian. El árbitro que considere existente una causa de abstención la comunicará con toda seguridad y ésta le será aceptada.

cuyo conocimiento sea posterior⁷⁴³. Debemos observar que en este caso existe un simple derecho de éstas a poner de manifiesto la existencia de causa de recusación⁷⁴⁴, consistente en comunicarlo al Presidente del tribunal y éste, al Ministro de Cultura, para que proceda a la sustitución. Al no existir procedimiento de recusación de carácter devolutivo, le es exigible al Presidente de la Comisión guardar un mayor deber de diligencia.

Respecto al *procedimiento de abstención* basta con que el árbitro en cuestión ponga por escrito en conocimiento de las partes y del Presidente la existencia de la causa en cuestión (art.219 LOPJ). Corresponde a continuación a las partes confirmar o no dicha situación.

Respecto del *plazo* que tienen éstos para comunicar la concurrencia de un causa de abstención, siguiendo con la tónica de la LA, guarda silencio, pero con la agravante de que el RD no fija plazo alguno para aceptar el encargo; este plazo es decisivo si tenemos en cuenta que marca el *dies* a partir de cuándo es posible la recusación, pues cualquier causa de recusación cuyo conocimiento pueda ser probado como anterior a la aceptación del cargo, bloqueará la posibilidad de recusarlo y deberemos esperar a la posterior anulación del laudo para poder hacer valer dicha causa.

Dicho esto, nos parece oportuno entender que los árbitros disponen de 15 días para contestar tras la oferta del encargo (art.15.2 LA)⁷⁴⁵ y de otros 15, para que se proceda a designar a los árbitros representantes de los intereses en conflicto (art.7.2 RD). Se supone que en ese primer periodo de quince días deben cumplir

⁷⁴³ No se le puede obligar a una parte a someterse a un arbitraje impartido por un árbitro *suspectus* que él no designó, no se le puede hacer responsable y debe permitírsele recusar en todo caso.

⁷⁴⁴ Se trata de un simple derecho porque es renunciable de modo que, tácitamente, la parte puede confirmar la validez de un árbitro no haciendo uso del mismo. Precluido su derecho no podrá intentar hacerlo valer en fase de anulación.

⁷⁴⁵ Consideramos igualmente aplicable la presunción negativa que establece este precepto para los casos en los que la Comisión no contestara en el plazo de 15 días sobre la admisión de la solicitud de arbitraje. El silencio debe ser negativo.

con su obligación de comunicar las posibles causas existentes, so pena de incurrir en responsabilidad (art.16 LA)⁷⁴⁶.

En segundo término, aceptada la solicitud de arbitraje e iniciado el procedimiento arbitral ante la Comisión, surge el derecho a recusar a alguno de sus miembros si concurriere en él alguna de las causas del art.219 LOPJ⁷⁴⁷. Dicha *actividad recusatoria* no es ni devolutiva ni suspensiva y debe formularse igualmente por escrito y comunicarse a las partes y al Presidente de la CMAPI, señalándose la causa y el momento en el que se ha tenido conocimiento de la misma. La constancia documental será importante a efectos de prueba ante un posible recurso de anulación del laudo arbitral.

Corresponde decidir al Presidente de la Comisión. Si deniega la causa alegada continuará el procedimiento y ésta podrá hacerse valer ante la Audiencia Provincial al intentar anular el laudo. Si por el contrario se acepta, el mismo Presidente debe comunicarlo al Ministro de Cultura, con el fin de que éste proceda a nombrar un árbitro sustituto. Es precisamente en torno a este punto donde la CMAPI parece sufrir sus mayores deficiencias, pues se arguye la falta de árbitros imparciales fiables para que sean permanentes⁷⁴⁸.

2. Miembros representantes

En cuanto a la imparcialidad de los árbitros representantes y su forma de ponerla de manifiesto, debemos observar que, frente al supuesto anterior, cambia el momento de aparición de las causas de abstención y recusación, pero en nada afecta a la estructura de éstas. Es decir, dichos representantes quedan igualmente sujetos a un *deber de abstención* antes de aceptar el cargo arbitral pero, sólo será

⁷⁴⁶ Se debe tener en cuenta que cualquier causa de abstención que se conozca con posterioridad al laudo será inatacable y tan sólo cabrá exigir del árbitro una indemnización por daños y perjuicios.

⁷⁴⁷ Véanse las matizaciones realizadas al respecto al tratar este punto en el capítulo destinado al arbitraje general en materia de propiedad intelectual.

⁷⁴⁸ Éste también fue el problema que se encontró en los inicios del *Copyright Tribunal*, según FREEGARD, M., «Quis custodiet? The Role of the Copyright Tribunal», *op.cit.*, pág. 288.

recusables por las causas conocidas tras la designación (ahora sí, *ex parte*) y la aceptación del cargo. Cualquier otra causa cuyo conocimiento fuera anterior no dará lugar a recusación alguna, pues dentro de la diligencia exigible a la parte se encuentra el conocer el estado del árbitro representante que ella misma designó. La recusación que formule se la comunicará al presidente de la Comisión para que a su vez le de noticia al Ministro, pero éste, bajo nuestro parecer y ante el silencio del legislador, no procederá a formular designación, sino que se hará por el mismo procedimiento que se utilizó para formular la primera designación, es decir, *ex parte* (art.19 LA).

Por lo que al procedimiento se refiere, es de aplicación todo lo dicho en relación con los árbitros permanentes. Gozan igualmente del plazo de 15 días para aceptar el cargo, periodo durante el cual deben poner en conocimiento del presidente la concurrencia de alguna causa de abstención. La recusación se hará en los 15 días siguientes a la aceptación del cargo, teniendo en cuenta que ésta es deseable que se haga de forma rápida y, en cuanto representante de parte, de manera fiable.

b. Régimen de incompatibilidades

El RD 479/1989 no hace mención expresa de un posible régimen de incompatibilidades. Tampoco hace una remisión semejante a la formulada en el art.6.1 del mismo cuerpo legal, cuando considera aplicable la LA en materia de imparcialidad, abstención y recusación. Sin embargo, lo consideramos aplicable, pues el régimen de incompatibilidades asegura un correcto ejercicio del *ius dicere* con carácter general e, igualmente, dichas prohibiciones legales deben entenderse como límite al ejercicio de la función de los miembros de la CMAPI. Por un lado, encontramos a los funcionarios, tengan un *status* cualificado o no, y, por otro, a aquellas personas que, conforme al art.14 LA, hayan incumplido su encargo con anterioridad.

Este régimen de incompatibilidades es común tanto a los árbitros permanentes como para los representantes de las partes en el conflicto. Por las mismas razones que en el capítulo dedicado al arbitraje general de la Ley de 1988, argumentamos que un Juez, Magistrado, Fiscal o cualquier otro tipo de funcionario no podían ejercer el cargo de árbitro, negamos ahora tal posibilidad a los miembros de la Comisión, pues son sus propios Estatutos orgánicos quienes lo prohíben por razón de su exclusividad funcional, por razón de su *status* de funcionario aunque no lo sea en puridad.

Por lo que se refiere a la prohibición del art.14 LA, efectivamente, corresponde a los sujetos que nombran a los órganos arbitrales asegurarse de que no concurre dicha condición cuando los designan, so pena de incurrirse en algún tipo de responsabilidad. En el caso de los «árbitros», dicho deber de diligencia corresponde al Ministro de Cultura (es decir, a la Subdirección para la Propiedad Intelectual que es el órgano que en realidad debe aconsejar al Ministro en estos aspectos) y consideramos igualmente admisible la acción civil directa del art.16 LA.

D. Derechos y Deberes

Con el fin de que el arbitraje llegue eficazmente a su fin, resulta necesario que los miembros integrantes del órgano arbitral queden sujetos a ciertas obligaciones en el desempeño de su cargo pues, de otra forma, se quebraría la confianza depositada por las partes en esta forma alternativa de resolución de conflictos. Aunque el RD guarda silencio, resulta aplicable todo lo dicho en torno al arbitraje general, puesto que los presentes derechos y deberes son mínimos imprescindibles para el funcionamiento de cualquier tribunal arbitral.

Junto a los *deberes* de naturaleza deontológica existen otros de repercusión procesal. De esta manera, los árbitros de la Comisión –permanentemente representantes- deben ser conscientes de la especialidad y dificultad de las

materias objeto de arbitraje a la hora de aceptar el encargo. La propiedad intelectual es una propiedad especial compleja, sobre todo, si atendemos a las nuevas formas de creación y reproducción de obras, y la aceptación del encargo debe ser siempre consecuente y responsable. Igualmente el compromiso de diligencia debe alcanzar al trámite procedimental en sí mismo, a la ejecución del laudo, a la misma colaboración con los órganos jurisdiccionales. Todo ello contribuye al éxito del arbitraje.

Por lo que a *derechos* se refiere, una vez más, la LA debe suplir el silencio de la norma reglamentaria. Correlativamente a esta obligación de aceptar el encargo con conocimiento de la especificidad de la materia, surge el derecho a conocer la controversia para la cual va a ser designado árbitro. Igualmente ocurre respecto del derecho que debe ser aplicado al fondo del asunto o cualquier otra disposición que hubieran dispuesto las partes haciendo uso de la autonomía de su voluntad. En el arbitraje existen unos derechos de índole económico, que se traduce en un derecho a ser remunerado, con independencia de que, el arbitraje de la CMAPI, sea declarado en la Disposición Adicional primera de la LA como gratuito para las partes⁷⁴⁹.

E. La responsabilidad de los árbitros y representantes

El hecho de estar ante árbitros independientes en su función heterocompositiva, hace que sean responsables de su actividad arbitral. Es decir, a efectos de nuestro estudio, nos interesan aquellos actos que realicen *en* el ejercicio de su función arbitral, valiéndose de la autoridad que las partes le han concedido.

Acorde con la naturaleza del arbitraje aquí postulada, la relación existente entre las partes y los árbitros (entendido en un sentido amplio este término) es de

⁷⁴⁹ En el Derecho alemán se ha establecido en el reglamento que regula el procedimiento ante la *Schiedsstelle* (art.11) un régimen pormenorizado sobre el derecho al cobro de honorarios por parte de los árbitros.

naturaleza *extracontractual*, basada en la *autoritas* que le otorgan las partes, en la confianza depositada y en la dejación del derecho a la tutela judicial que se formuló convencionalmente; así pues, cualquier quiebra de dicha confianza debe ser objeto de responsabilidad, la cual será penal si es constitutiva de delito y, civil si se produjeron daños culposa o dolosamente por parte de este árbitro. Por último, una premisa fundamental que debemos plantearnos y averiguar versa sobre la relación que une a los árbitros permanentes con las partes, si es idéntica a la que une a éstas con los representantes que ellas mismas designaron, a efectos de determinar las diferentes responsabilidades que en cada caso se pudieran derivar.

En este supuesto no encontramos en la CMAPI un centro de arbitraje que gestione o administre la actividad del mismo, razón por la cual, reiteramos que nuestro objeto de estudio se centra –con exclusividad– en la responsabilidad del árbitro *en el ejercicio de sus funciones ad hoc*. A pesar del silencio del RD, creemos de aplicación supletoria la LA y, por tanto, el art.16, cuando afirma que «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» o cuando adopta sanciones indirectas como la dispuesta en el art.14. Se trata, en puridad, de hacerles responder, al igual que ocurre con los Jueces y Tribunales, por el mal ejercicio de su función «jurisdiccional».

a. Responsabilidad penal

Partiendo de la máxima *nulla poena sine lege* debemos acudir al Código Penal con el fin de averiguar qué conductas durante el arbitraje pueden ser constitutivas de delito.

En primer término, y por lo que a los *árbitros permanentes* se refiere, consideramos que no estamos en presencia de una relación funcional, sino que

se trata de un órgano colegiado, cuyos miembros quedan vinculados contractualmente con la Administración.

No obstante, por *participar* estos sujetos de funciones públicas, le son de aplicación los tipos penales del cohecho y las negociaciones prohibidas de los arts.422.1.1 y 440 CP. Lo mismo ocurre con los *árbitros representantes* de las partes. En ninguno de los casos actúan con el título o *status* de funcionario, pero ambos son *participes de la Administración*. Este dato confirma, una vez más, la naturaleza del arbitraje, se trate de un arbitraje general o especial, pues si la actividad arbitral fuera meramente privada, no sería objeto de sanción penal. Existe una verdadera participación en la función pública⁷⁵⁰. A lo dicho con carácter general en materia de responsabilidad nos remitimos.

b. Responsabilidad disciplinaria

La posibilidad de que un árbitro responda disciplinariamente por el incumplimiento en su quehacer como árbitro, tan sólo tiene sentido en relación con los *árbitros permanentes*, debido a esa apariencia de dependencia que tiene con la Administración. En puridad, existe realmente una institucionalización y permanencia, pero no una dependencia funcional que les presente como un cuerpo al que le sea aplicable la estructura administrativa de funcionamiento durante el ejercicio doméstico de su cargo.

Se encuentran tan solo sujetos a un código deontológico de conducta, pero su quebrantamiento sólo puede dar lugar a una responsabilidad civil, nunca disciplinaria.

⁷⁵⁰ CRESPO BAQUERO, P., (ESCOBAR JIMÉNEZ, R., MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., MARCHENA GÓMEZ, M., MARTÍN PALLÍN, J.A., MIRANDA STRAMPES, M., DEL MORAL GARCÍA, A., MORENO VERDEJO, J., SAINZ RUIZ, J.A., REIG REIG, J.V., SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J., SERRANO BUTRAGUEÑO, I., VERCHER NOGERA, A., ZARAGOZA AGUADO, J.A.), *Código Penal de 1995*, Comares, 1996, pág. 1680.

c. Responsabilidad civil de los árbitros

Al igual que acontece con los Jueces y Magistrados, tanto los *árbitros permanentes* como los *representantes* de la CMAPI deben responder por las actuaciones dolosas o culposas llevadas a cabo durante su cargo. Los órganos jurisdiccionales y los arbitrales gozan de un margen de confianza en su actuación, como es el denominado *derecho a equivocarse* o a tener cierta libertad de criterio a la hora de decidir.

La diferencia entre ambos sistemas de resolución de conflictos se encuentra en los diferentes recursos de que disponen las partes, pues la inexistencia de una doble instancia arbitral pone en desventaja al tutelado que acude ante ésta; por esta misma razón pudiera hacerse responder al árbitro incluso en los supuestos de culpa leve⁷⁵¹.

También la responsabilidad de esos árbitros se debe de calificar de «*legal*»; al igual que ocurre con la responsabilidad civil de los miembros del Poder Judicial, deriva de una fuente legal debido a su posición *suprá partes*, y resulta inexcluyente por acuerdo, precisamente, porque la Ley así lo ha querido (art.1102 en relación con el 1902 Cc)⁷⁵². Una vez más, la estructura heterocompositiva ha matizado la naturaleza de la institución, de modo que, aceptado el cargo y desvinculado el árbitro de ese contrato inicial, responde con carácter extracontractual por las acciones u omisiones realizadas con dolo o culpa grave al declarar el derecho».

Nos encontraríamos, por tanto, que la parte perjudicada puede actuar contra el árbitro o árbitros que actuaron negligentemente con base en una relación

⁷⁵¹ Reiteramos aquí la postura mantenida en el segundo capítulo. La falta de recurso pone en una situación de desventaja al ciudadano que acude al arbitraje y que, ante una falta leve de diligencia no puede verse satisfecho de ninguna forma. Tal vez, de *lege ferenda* sería posible admitir un recurso en cuanto al fondo, en la medida en que la institución se vaya afianzando y se acepte esta vía como una verdadera alternativa a la Jurisdicción, evitando tácticas de parte que pretendan acabar con un arbitraje no favorable, como por la Jurisdicción, por el recelo que siempre han sentido frente a la institución.

⁷⁵² Respecto a esta imposibilidad de exonerarse de ser responsable, CREMADES, B.M., «El arbitraje en el siglo...», *op.cit.*, pág. 1188.

extracontractual y, por supuesto, legitimada ordinariamente en cuanto titular de la relación jurídica en cuestión. Para evitar dicha responsabilidad los órganos arbitrales deben dirigir el procedimiento con cuidado y diligencia, motivando cada una de sus resoluciones, cumpliendo los plazos, respetando el principio de contradicción o audiencia, sujetándose al procedimiento de formación de su voluntad conjunta y formulando sus votos particulares, etc.

El arbitraje de la CMAPI no deja de ser un arbitraje *ad hoc*. Cuestión diversa es plantear la posibilidad futura de someter a dicha entidad controversias distintas de las preestablecidas en el RD y LPI pero, incluso en estos casos, no dejan de actuar como arbitraje *ad hoc* y no como centro de arbitraje. Para actuar como tal, debiera establecerse así en sus estatutos y ofertar públicamente sus servicios. Este dato supone que no existe un arbitraje institucional y que, por tanto, no es de aplicación la acción directa que establece el art.16 LA para que el perjudicado se dirija contra la Corporación que gestionó el arbitraje.

d. La responsabilidad Patrimonial del Estado

La Administración del Estado debe responder por las actuaciones negligentes del personal que trabaja a su cargo. El perjudicado tendrá acción contra la Administración por los perjuicios producidos por un arbitraje celebrado por un órgano colegiado ubicado en ésta como es la CMAPI. Se trataría, entonces, de un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado basado en el art.106.2 CE y 145, 146 LRAPyPAC, por el que los particulares podrían exigir «directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio» (art.145). Cubierta tal responsabilidad, la Administración tendrá con posterioridad la acción de regreso contra los árbitros que actuaron en su nombre⁷⁵³.

⁷⁵³ Al respecto véase MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho administrativo, op.cit.*, págs. 397 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, op.cit.*, t.II, págs. 120 y ss.

No existe óbice para no reconocer tal responsabilidad tomando como base sobre la naturaleza de la CMAPI y de sus miembros. El problema se agrava al cuestionarse si ésta debe responder sólo por la negligencia de sus órganos permanentes o si también lo hace por la de los demás representantes de la CMAPI. ¿Es esa «permanencia» lo que le vincula a la Administración y le hace responder, o la responsabilidad deriva de la actuación de la CMAPI en su conjunto? En nuestra opinión, la oferta pública de sus servicios le vincula como institución pública y, como tal, debiera responder, con independencia de que, con posterioridad, a través de esa acción de regreso se dirija contra los árbitros que ella no designó. Por su parte, al no configurarse la CMAPI como centro de gestión de arbitrajes, no puede existir una responsabilidad civil de la Administración por actos de la junta (según ocurre en el arbitraje de consumo); tan sólo parece viable si los árbitros permanentes no admiten a trámite una demanda de arbitraje, debiendo hacerlo conforme a los arts.157 y 158 LPI y 10.1 y 2 del RD o porque no asisten los árbitros a la hora de dictar laudo (art.19 RD).

El art.145 LRAPyPAC reconoce una acción directa al perjudicado contra la Administración para que responda ante la mala gestión de los miembros de dicha Comisión. Se trata, por tanto, de un supuesto de atribución *ex lege* de legitimación que nada tiene que ver con la acción directa del art.76 Ley de Contrato de Seguro⁷⁵⁴. Se trataría, antes bien, de un caso de *responsabilidad solidaria ex lege* entre la Administración y el personal a su cargo. Si el árbitro responsable se hiciera cargo de la reivindicación que le hace el perjudicado quedaría extinguida la obligación (art.1145 Cc.) y, si lo hiciera la Administración, siempre tiene la vía de regreso para repetir contra sus deudores solidarios. Ésta podrá alegar contra los que fueron sus representantes todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales (art.1148 Cc.).

⁷⁵⁴ En materia de responsabilidad, ver lo dichos en las páginas 223-224 de este trabajo.

V. ELEMENTO OBJETIVO: CONVENIO ARBITRAL

El arbitraje de la CMAPI debe nacer de un convenio. Éste se constituye como una fuente de poder y autoridad, fruto del principio de la autonomía de la voluntad⁷⁵⁵.

Es precisamente en este arbitraje especial en el que encontramos que el legislador ha llevado a cabo un indudable proceso de colectivización o publicización de intereses, creando legitimaciones extraordinarias con el fin de proteger el sentido *social* de estos derechos. De hecho, éste es el sentido de la creación misma de la Comisión Arbitral y Mediadora de la Propiedad Intelectual.

A pesar de la mala técnica legislativa que caracteriza todo el RD que desarrolla la composición y funcionamiento de la CMAPI, debe hacerse una interpretación en favor del arbitraje y suplir ciertas deficiencias de las que adolece su redacción e interpretar, siempre que sea posible, a favor del mismo y tomando como referencia y fuente supletoria la LA de 1988.

1. Características

El art.9.1 RD afirma que «la solicitud de arbitraje se realizará mediante escrito dirigido al Presidente en el que las partes se sometan expresa y voluntariamente a la Comisión para que ésta adopte una decisión. La solicitud expresará con precisión el objeto del conflicto, el contenido de las pretensiones y las alegaciones de las partes, así como si la cuestión litigiosa ha de decidirse con arreglo a derecho o a equidad (...)».

En este arbitraje puede darse una presentación conjunta del convenio arbitral⁷⁵⁶ y el «escrito de solicitud». De una lectura estricta del art.9 RD,

⁷⁵⁵ Recordemos que el arbitraje forzoso ha sido declarado inconstitucional en la STC 174/1995, de 23 de noviembre.

⁷⁵⁶ En el mismo escrito de solicitud pueden confluír el convenio y la demanda de arbitraje y en ésta se hace absolutamente necesaria la determinación certera de la controversia que se le somete. Por una lado,

deberíamos concluir que no puede una parte unilateralmente acudir al arbitraje, pero dicha afirmación resulta contraria a la propia dinámica del arbitraje⁷⁵⁷. La intención de legislador debió ser otra, pues adolece de sentido (si interpretamos teleológicamente la institución arbitral) que, para dar tutela, se exija una actividad conjunta. Más razonable nos parece interpretar la presente exigencia de actuación conjunta en el sentido de que exista un convenio expreso, donde el sometimiento a la Comisión sea claro, con el fin de evitar que un simple convenio creado con carácter general conforme a la LA, sea insuficiente, pues la verdadera inquietud del RD es que esta específica Comisión tenga otorgada la autoridad de forma «expresa y voluntaria» (art.9.1 RD).

Se trata de un negocio jurídico donde se crean, modifican y extinguen determinadas relaciones jurídicas en materia de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, en la medida en que son disponibles para las entidades de gestión, las asociaciones de usuarios y las entidades de radiodifusión, por el que se hace una dejación de su derecho a acudir ante los tribunales jurisdiccionales civiles⁷⁵⁸. Nacida la controversia, salvo nueva manifestación de las partes en sentido contrario, queda cerrada la vía judicial.

En este convenio confluyen una serie de presupuestos de orden sustantivo, meramente formal y también procesal, que van a condicionar su eficacia. Nos referimos a los requisitos integrantes de la manifestación de voluntad, el objeto, causa y elementos formales de este contrato de naturaleza híbrida.

porque así lo recoge expresamente el RD (art.9.2); en segundo lugar, porque a tenor del art.2 del mismo cuerpo legal, habilita a la CMAPI para conocer de aquellas otras controversias –distintas de las legalmente determinadas– sobre las que se disponga, siempre que sean arbitrables ante la Comisión y no se opongan a lo establecido el RD.

En contra, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *op.cit.*, pág. 369.

⁷⁵⁷ El art.9 define el «escrito de solicitud» determinando, entre otros mínimos, el contenido de las pretensiones y las alegaciones *de las partes*.

⁷⁵⁸ Desde el momento que se plasma la voluntad de sometimiento surgen los efectos procesales del convenio. Los positivos, en cuanto las partes quedan obligadas «a estar y pasar por lo estipulado» y los negativos, en cuanto a que se impide «a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas» determinadas como competencia de la CMAPI (art.11.1).

A. Requisitos subjetivos

Para que la declaración de voluntad convencional sea eficaz se requiere que responda a estos mínimos procesales y materiales. Todo lo dicho al tratar el arbitraje general en relación con la capacidad de obrar, procesal, el poder de disposición y la legitimación procesal de los sujetos que dispusieron convencionalmente, será de aplicación, salvo por lo que se refiere a ciertas especialidades que citamos a continuación.

Los operadores jurídicos que aparecen legitimados ante la CMAPI son personas físicas que actúan en representación de entidades jurídicas⁷⁵⁹. Estos sujetos deben poseer la *capacidad* jurídica, capacidad para pretender la tutela procesal de sus derechos, aptitud para contratar y capacidad para comparecer en juicio, de modo que, quien contrató como titular de la relación jurídica material, se encontrará legitimado para iniciar un procedimiento arbitral o ser sujeto pasivo en el mismo. En principio, aquellas personas que firman un contrato principal suelen ser vinculadas convencionalmente y legitimadas *a posteriori*, una vez iniciado el procedimiento arbitral. Tal consideración no pretende afirmar que el convenio tenga una naturaleza procesal, pues de un simple contrato se trata, sino que ya desde ese momento se aprecia la eficacia procesal del mismo, de tal suerte que, ante un árbitro o juez tan sólo podrán personarse los sujetos que poseen la condición de parte y capacidad para demandar, oponerse o contestar a la demanda y estos son, precisamente, los que aparecen en el convenio. Éste presupuesto todavía se acentúa más al observar la rigidez que se desprende del RD al restringir la legitimación y objetos posibles.

Según el art.1 LA, las personas jurídicas también pueden someter a arbitraje las controversias que se derivan de sus relaciones jurídicas. Las entidades de

⁷⁵⁹ No se nos pasa inadvertido el supuesto de legitimación individual que ha fijado el RD 1248, de 4 julio 1995 sobre el procedimiento para fijar el nivel de remuneración en los contratos de cesión o transferencia del derecho de alquiler de fonogramas y grabaciones celebrados con anterioridad a 1 julio 1994 (BOE núm. 185, 4 agosto 1995)

radiodifusión, las asociaciones de usuarios y las entidades de gestión son personas jurídicas de diferente tipo, de naturaleza privada, aunque el elemento público aparezca de alguna forma en todas ellas. Su actuación se llevará a cabo por personas físicas, en concreto, las que aparecen en sus estatutos (art.37 Cc), bajo ciertas condiciones⁷⁶⁰. Respecto de las personas que le representan, en cuanto físicas, deben poseer capacidad para comprometerse contractualmente (art.1262 y ss. Cc.), con las consecuentes limitaciones de capacidad que allí se disponen.

En relación con lo que al concepto de *poder de disposición* se refiere, queda restringido a la capacidad dispositiva que, sobre los derechos subjetivos *disponibles*, se tiene. Este poder tan sólo lo puede poseer el titular del derecho, su representante o la persona legitimada extraordinariamente *ex lege*. El titular de un derecho material, que consiente convencionalmente en acudir a un arbitraje, está disponiendo materialmente de su derecho, pero está plasmando, implícitamente, un concepto procesal, pues la persona que allí dispone materialmente será la que, iniciado el procedimiento arbitral, podrán disponer procesalmente.

Esto mismo ocurre en el arbitraje ante la CMAPI. Las personas que actúan ante ésta no son los originarios titulares de los derechos materiales. En el caso de las entidades de gestión y de las asociaciones hubo un despostramiento y/o ampliación de los verdaderos titulares y una atribución de legitimación a estas nuevas personas jurídicas que ahora actúan un Derecho Procesal propio⁷⁶¹. Si esto es así sólo estos titulares pueden prestar un consentimiento en un convenio arbitral.

⁷⁶⁰ Se requiere que estos sean aceptados previamente por el Ministerio, según se observa con las entidades de gestión.

Quedó establecido que las uniones sin personalidad (art.7.3 LOPJ) no pueden someter litigios a arbitraje pues ante la CMAPI es limitada y determinada la legitimación posible y dichas asociaciones de usuarios no puede confundirse en ningún caso con estas entidades pues su personalidad jurídica es manifiesta.

Esta idea traducida al arbitraje que ahora nos atiende se plasma en que, sólo las personas que aparecen como titulares de derechos en la LPI (art.158) podrán disponer arbitrariamente de, por un lado, las controversias expresamente tasadas en el art.1.2 pfo.1º RD (arts.157.1 y 4 LPI) y, por otro, de aquellas otras controversias «que puedan surgir como consecuencia de la interpretación o aplicación general de los contratos generales» entre los usuarios de los derechos de propiedad intelectual (art.1.2 pfo.2); igualmente serán disponibles aquellas otras controversias que pudieran darse entre dichos usuarios y que hubieran sido sometidas «en el correspondiente convenio arbitral establecido conforme la Ley 36/1988, de 5 de diciembre» (art.2 RD). En ningún caso «será de aplicación a la gestión de los derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular» (art.152.2 LPI).

Estas tres personas legitimadas para pedir o negar en un procedimiento arbitral actúan *ordinariamente*, pues son verdaderos titulares de los derechos que solicitan, es decir, que disponen de derechos propios en nombre propio. Cualquier otro sujeto que no conste en el convenio arbitral y que no actúe por mandato expreso, tendrá la consideración de tercero y no podrá incoarlo.

Por lo que a la *representación necesaria* se refiere, nada obsta a que tal representante otorgue, a su vez, poder expreso mediante *representación voluntaria*.

Menor duda parece ofrecer la *legitimación extraordinaria* en este tipo de arbitraje. Ni las entidades de radiodifusión, ni las asociaciones de usuarios tienen otorgada en la Ley legitimación alguna basada en intereses ajenos, pues cuando actúan lo hacen ejercitando un derecho propio en nombre propio; tampoco las

⁷⁶¹ En concreto, las entidades de gestión de derechos de autor actúan, en esta ocasión, verdaderos derechos propios. Es la Ley la que le ha encomendado a éstas tres tipos de obligaciones (y derechos) y sobre éstas tendrán, pues, verdadera titularidad y actuarán, por tanto, por legitimación ordinaria.

entidades de gestión pueden actuar con tal titularidad extraordinaria ante la CMAPI. Pero no es éste el caso que ahora nos atiende, pues ante la CMAPI la legitimación la poseen dichas entidades de gestión pero respecto de las competencias que la LPI y RD disponen y, sobre éstas, actúan –en todo caso– ordinariamente.

B. *Requisitos objetivos*

El convenio arbitral, en cuanto contrato, debe de tener su objeto posible, determinable y lícito (arts.1261 y 1271Cc.). Se trata de averiguar cuál puede ser el alcance de este convenio, hasta dónde alcanza la autonomía de la voluntad de las partes que disponen arbitrariamente.

Ya advertimos al observar las materias susceptibles de arbitraje ante la CMAPI, que éstas se encontraban en principio tasadas por la LPI y el RD, pero se admitía someterle, más allá de lo allí dispuesto, y siempre y cuando no se contradiga el tenor del RD, relativas a legitimación y ámbito objetivo de la Comisión. Por tanto, para la delimitación de las posibles controversias susceptibles de este arbitraje se tendrá en cuenta, no sólo los límites congénitos a esta regulación, sino todos aquellos a los que, en relación con su arbitrabilidad se aludió en el capítulo anterior⁷⁶².

El objeto no tiene por qué encontrarse plenamente determinado en el convenio –cuestión distinta sería si observamos los contenidos de la solicitud de arbitraje–, sino que debe bastar con la *determinación de la relación jurídica* de la que se derivará el litigio. Su alcance es determinado o limitado a las controversias que

⁷⁶² Nos referimos a aquellas materias que afectan al estatuto personal, al orden público, así como aquellas materias inarbitrables por motivos procesales, objetivos y subjetivos que impedían al titular de un derecho que su autonomía de la voluntad pudiera desplegar su eficacia dispositiva.

permite la LPI y RD⁷⁶³. Cualquier exceso en la materia objetivamente arbitrable implicaría una inadmisión justificada por parte de la Comisión.

En relación con la naturaleza de las cuestiones litigiosas que a ella se le presentan, tienen que ser de tipo *jurídico*, aunque, según se verá, pueden ser de simple índole económico pero, en todo caso, debe de existir conflicto que debe ser resuelto conforme a derecho o equidad.

Para la delimitación de las controversias susceptibles de arbitraje ante la CMAPI, a lo dispuesto en el apartado dedicado al tipo de controversias nos remitimos.

C. Requisitos formales

Partiendo del carácter flexible que se desprende de la Ley de arbitraje, y tratándose de un procedimiento especialmente destinado a resolver conflictos en los que aparecen implicadas nuevas formas del tráfico jurídico y de tecnología, debemos admitir como suficiente la simple constancia de la voluntad de ambas partes, cualquiera que sea la forma de ésta (art.6 LA). No obstante, existen unos contenidos obligatorios y otros de tipo facultativo.

Tan sólo consideramos de carácter necesario la constancia del consentimiento de someterse, pues se trata de un requisito *ad probationem*, queda relegado un posible consentimiento basado en la *facta concludentia* por ser contrario al art.24 CE y a la propia naturaleza del arbitraje. Los demás términos, quedarán sujetos a lo que decidan las partes, es decir, por lo que se refiere a la posible designación de los árbitros representantes de las partes (para el caso de que la CMAPI llegue a admitir la (solicitud de arbitraje), la determinación de las reglas del procedimiento, el lugar, idioma, así como cualquier otro aspecto que no coloque

⁷⁶³ En este arbitraje especial no cabe, conforme acontecía en el arbitraje general admitir una cuasi-indeterminación de la controversia precisamente por el carácter especial de dicho arbitraje.

a las partes en situación de privilegio. Como se verá, no creemos que sea modificable el plazo para dictar laudo arbitral por voluntad de las partes⁷⁶⁴.

2. Efectos

De un lado, encontramos el denominado efecto *positivo* o vinculante para las partes, que les obliga a estar y pasar por el arbitraje y por la solución que determine la CMAPI (art.11.1 LA) y, de otro, el efecto *negativo* que impide a los órganos jurisdiccionales (y cualquier otro arbitral), entrar a conocer del asunto, pues así lo estipularon las partes convencionalmente. Salvo un supuesto de *disenso mútuo* o novación contractual, cualquiera de las partes podrá oponer la eficacia procesal.

Así se establece en el art.158 LPI, cuando afirma que «la decisión de la Comisión tendrá carácter vinculante y ejecutivo para las partes (...). No obstante, el planteamiento de la controversia sometida a decisión arbitral ante la Comisión impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la misma...»⁷⁶⁵. Firmado el convenio y nacida la controversia, a las partes se les garantiza, además de esta doble eficacia, que el arbitraje continuará hasta llegar a dictar el laudo arbitral por la Comisión, con independencia de la postura activa o pasiva que lleve a cabo cualquiera de las partes, pues ello «no impedirá el desarrollo del procedimiento, ni que se dicte el laudo, ni le privará a éste de eficacia» (art.12.2 RD y 22.2 LA).

En relación con el efecto negativo que actúa *ope exceptionis*, debe tenerse en consideración la conducta del demandado o demandados que formulan dicha causa de oposición, pues «se entenderá que renuncian, cuando interpuesta demanda por cualquiera de ellas, (...) realicen, después de personadas en juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la declinatoria ».

⁷⁶⁴ Al respecto no consideramos que las partes puedan realizar grandes precisiones pues, a tenor del art.20 RD, éste será de seis meses desde el acuerdo de admisión del conflicto (y) sólo podrá ser prorrogado por el presidente, por resolución motivada y previa audiencia de ambas partes, por un máximo de tres meses».

⁷⁶⁵ En el mismo sentido confirma el art.19.2 RD el efecto positivo del convenio arbitral.

Tras la nueva LEC, creemos solucionado el problema que planteó durante tanto tiempo el presente precepto de la LA.

VI. LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES ANTE LA CMAPI

1. Introducción

Antes de pasar a estudiar la dinámica procedimental de cada uno de los procedimientos, debemos observar si, ante la CMAPI, queda igualmente establecida una estructura procesal arbitral, caracterizada por un conjunto de principios, coherentes con la estructura de heterocomposición que el legislador pretendió reconocerles, tendentes a perfeccionar un verdadero proceso. Por tanto el principio de legalidad se presenta como límite mismo a la autonomía de la voluntad.

El hecho de que la Comisión se encuentre ubicada dentro de la Administración no ofrece problema alguno para reconocer que nos encontramos ante un *proceso*, pues la función de esta Comisión es arbitral y ritual. En conclusión la quiebra de estos mínimos procesales y procedimentales preestablecidos por el legislador podrá dar lugar a la anulación del laudo arbitral de la CMAPI.

La tramitación del procedimiento arbitral ante la CMAPI puede presentar diferentes posibilidades según el tipo de controversia que se someta a la misma. Atendiendo a los artículos 157 y 158 LPI, son cinco las obligaciones a las que se queda sujeta una entidad de gestión⁷⁶⁶ -base de posibles conflictos- y tres los tipos de procedimientos creados por RD. De este modo, se establece un *procedimiento general* de arbitraje para resolver ante la Comisión los conflictos relativos a cualquier autorización no exclusiva de derechos de autor y afines o los referidos a la celebración de contratos generales (Capítulo III); un segundo tipo, denominado *procedimiento especial*, destinado a fijar una cantidad sustitutoria de

⁷⁶⁶ Nos referimos a las tres establecidas en el números 1, a), b) y c) y 4 del art.157.

las tarifas generales establecidas por una entidad de gestión (Capítulo IV); y, por último, existe un Capítulo V en el RD destinado a regular un *procedimiento para fijar el nivel de remuneración equitativa correspondiente a los contratos de cesión o transferencia del derecho de alquiler de fonogramas y grabaciones audiovisuales celebrados con anterioridad al 1 de julio 1994*. Por último, el RD también recoge la mediación para aquellos conflictos que versen sobre la contratación de un derecho de explotación mediante cable.

En total el Real Decreto se compone de 36 artículos y una Disposición final única. Los dos primeros procedimientos se regularon directamente en el RD 479/1989, de 5 mayo y el tercero por RD 1248/1995, de 14 julio fruto de la incorporación de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre. El procedimiento general sirve de marco para los otros dos, de modo que, en lo que estos no dispongan, servirá de norma supletoria; a su vez, la Ley general de Arbitraje actuará como tal para lo que no se establezca por RD. Tan sólo existen ciertas remisiones a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa y de Procedimiento Administrativo Común en materia de notificaciones y, en concreto, parece referirse al supuesto de mediación y a ese pseudoprocedimiento arbitral sobre contratos de cesión del derecho de alquiler y la remuneración correspondiente.

Adelantamos que, de estos, sólo el primero es un procedimiento arbitral y a él aplicaremos indudablemente todos los principios comunes al proceso y principios del procedimiento arbitral. Respecto de los otros procedimientos, el legislador les ha querido hacer extensibles tales principios pero, en cuanto que a través de ellos se trata de aplicar Derecho privado por la Administración, siempre con carácter *revocable*, pueden sufrir ciertas modificaciones.

2. Los principios

Distingamos, pues, entre *principios del proceso* y *principios del procedimiento* arbitral ante la CMAPI y observemos en qué procedimientos son reconocibles⁷⁶⁷.

También en el arbitraje de la CMAPI reconocemos unos principios comunes a todos los procesos, sin los cuales nos encontraríamos ante un simple trámite procedimental, ausente de las notas de irrevocabilidad y ejecutividad *erga omnes*. Estos principios son los principios naturales del proceso, a saber, audiencia, contradicción e igualdad (art.12.1 RD)⁷⁶⁸. La autonomía de la voluntad de las partes y el talante flexible de la institución arbitral deben respetar en todo caso dichos principios, sin los cuales, no hay proceso. Por tanto, se trata ésta de una norma imperativa.

Nos encontramos ante un proceso declarativo plenario, donde la *contradicción* o *audiencia* es básica, por esa razón el inicio del procedimiento arbitral comienza «mediante la convocatoria de la Comisión para que las partes fijen sus posiciones iniciales» (art.11 RD); a partir de este instante éstas podrán contradecir todos los materiales de hecho y de derecho que vayan a fundamentar el laudo y el árbitro deberá diligentemente asegurar tal contradicción mediante la convocatoria de «las reuniones que estime precisas con la finalidad de alcanzar un acuerdo (...)» (art.13 RD) y, sin perjuicio de la eficacia que tiene reconocido el principio de preclusividad también en estos procedimientos (art.12.2 RD).

Por lo que al *principio de igualdad* se refiere, también queda garantizado ante la CMAPI. La propia razón de ser de esta institución reside en procurar un equilibrio entre los usuarios de derechos de autor y derechos vecinos, igualdad

⁷⁶⁷ Concluir en tal sentido, es decir, en que no concurren estos principios procesales conllevará necesariamente la negativa a reconocer que estamos ante un arbitraje.

⁷⁶⁸ Aunque la LA y el RD no hagan mención alguna al principio de dualidad de posiciones, sigue siendo éste un pilar básico del proceso. La misma estructura heterocompositiva exige la existencia de dos posturas contrapuestas, de un conflicto.

que debe plasmarse en un plano convencional (art.9 LA) y también procesal a través de la igualdad de armas procesales. Es labor de los árbitros la de procurar que durante el procedimiento arbitral quede asegurada dicha igualdad y que, a pesar de la especial composición de la Comisión, no se quiebre dicho equilibrio. Por el hecho de que las partes nombren a sus propios representantes en la Comisión no debe dar lugar a imparcialidades o privilegios, para ello existe precisamente el principio de contradicción o audiencia.

La falta de respeto de cualquiera de estos principios podrá dar lugar a la anulación del laudo conforme a la Ley de Arbitraje general (art.45 LA). Se trata éste de un postulado que sólo será de efectiva aplicación cuando nos encontremos ante un proceso arbitral, es decir, ante el denominado «procedimiento general» de los arts.9-20 RD.

Pero estos principios naturales no son los únicos mínimos exigibles para asistir a una heterocomposición de intereses colectivos en propiedad intelectual. Junto a ellos coexisten los principios del proceso civil de oportunidad, dispositivo, aportación de parte, impulso oficial y valoración libre de la prueba.

Ante la CMAPI tampoco existen procesos arbitrales necesarios o forzosos, sino que siempre son *oportunos*⁷⁶⁹. Si una entidad de gestión incumple su obligación de otorgar una autorización, previa consignación de la cantidad estipulada en materia de tarifas, podrá ser demandada por una entidad de radiodifusión ante un órgano jurisdiccional civil o ante la Comisión, con independencia de que exista o no convenio arbitral⁷⁷⁰.

⁷⁶⁹ Sin embargo, en el Derecho inglés encontramos procesos arbitrales necesarios, iniciados de oficio por el propio Copyright Tribunal.

⁷⁷⁰ Si lo que se pretende es que *provisionalmente* se sustituya la tarifa establecida por la entidad y considerada abusiva, en principio, la simple solicitud de una parte puede ser suficiente, aunque, en la práctica, observamos que la CMAPI no admite modificación de tarifa si la entidad de gestión no se adhiere al consentimiento de someterse con el fin de revisar esas tarifas y el problema de fondo.

En segundo lugar, corresponde igualmente a las partes hacer uso de su *capacidad dispositiva*, delimitar el objeto del conflicto y contenido de sus pretensiones y alegaciones, así como poner fin al litigio en cualquier momento si media mutuo acuerdo de ambas partes. Ya en el mismo escrito de solicitud de arbitraje debe detallarse pormenorizadamente los extremos sobre los que alcanza la autonomía de la voluntad de las partes, debiendo corroborarse estos una vez nombrada la Comisión en pleno (arts.9.2 y 11 RD). Surge entonces la obligación de congruencia y motivación para la Comisión arbitral.

Igualmente ante ésta el principio dispositivo aparece atenuado, en cuanto que la Comisión goza de ciertos poderes a la hora de delimitar el *thema decidendi* y, tiene una marcada virtualidad la doctrina de los actos propios, con el fin de evitar abusos por el demandante o demandado tendentes a frustrar el arbitraje.

En relación con las *facultades materiales de dirección del proceso arbitral*, corresponde a las partes la aportación de aquellos materiales de hecho y medios de prueba que estimen oportunos (art.11 RD). Como en cualquier proceso dispositivo, la parte que alegue y no pruebe sufrirá las consecuencias de no hacerlo pero, en este caso, dicho principio se matiza al permitirse a la Comisión que tome poderes para «acordar la práctica de las pruebas que estime pertinentes» (art.14.1 RD) e, igualmente, que solicite la cooperación de un órgano jurisdiccional para la práctica de las mismas (art.43). Como vemos, la autonomía de la voluntad y la específica naturaleza del arbitraje atemperan dicho principio.

El art.12.2 RD confirma la existencia de un *impulso de oficio* pues, incluso aunque las partes se muestren inactivas, el procedimiento arbitral debe continuar; se necesita de un pronunciamiento expreso de éstas para que el árbitro cese en su obligación de continuar hasta fallar (art.31 LA). La Comisión «en cualquier momento del procedimiento (...) podrá acordar la práctica de las pruebas que

estime pertinentes» (art.14 RD)⁷⁷¹, e incluso podrá admitir alegaciones extemporáneas, siempre y cuando los principios de contradicción o audiencia sean respetados y éstas se valoren en su justa medida⁷⁷².

Por último, en relación con el *control de los presupuestos procesales*, corresponde a los árbitros y a las partes poner de manifiesto la falta de cualquiera de ellos.

Por último, la *valoración de la prueba* es siempre libre, salvo que se hubiera solicitado el auxilio judicial pues, llegado el caso, a los criterios de valoración mixta de la LEC deberemos de estar. Valoración libre no supone discrecionalidad, para ello el art.19.1 RD exige la motivación de las actuaciones de los árbitros a efectos de poder anular, en su caso, el laudo resultante.

También en el *procedimiento arbitral* que se celebra ante la Comisión se encuentra regido por el principio de *libertad de forma*, donde se deja gran margen a la creación convencional. Se observa una primacía de la oralidad sobre la escritura sin perjuicio de que sean compatibles ambas modalidades de actos y de que sea necesaria la intervención de un funcionario del Ministerio de Cultura como secretario del tribunal, para que levante acta de las sesiones y actuaciones que se lleven a cabo (art.8 RD).

Preclusión, intermediación y confidencialidad siguen siendo las características primordiales del arbitraje celebrado ante la CMAPI:

⁷⁷¹ Contrariamente a lo que establece la Ley de Arbitraje, la Comisión podrá «en cualquier momento del proceso» acordar la práctica de una prueba. Si recordamos lo dispuesto en el capítulo dedicado al arbitraje general nada decía la Ley sobre tal posibilidad; fue labor de la jurisprudencia interpretar en un sentido favorable a admitir tales pruebas fuera de plazo «dado que el artículo 25 de la LA únicamente impone al árbitro la obligación de fijar plazo preclusivo para formular alegaciones y sólo le obligan los plazos en el desarrollo del arbitraje cuando las partes así lo acuerden», *vid.* APAlmería 11 mayo 1992, RCEA 1993, pág. 157.

⁷⁷² Esta es la postura mantenida por la Jurisprudencia (STS 12 noviembre 1992, RCEA 1993, pág. 150). Se admiten alegaciones fuera del plazo pues debe darse la posibilidad e integrar el *thema* a la parte si mediante el arbitraje se tiende a la búsqueda de la verdad material pero debemos tener en cuenta que, transcurrido el plazo establecido por la Comisión para que las partes fijen sus posturas iniciales (artt.11

- Mediante la *preclusión* se delimitan los momentos procesales oportunos para realizar un acto de alegación, proposición y práctica de prueba, conclusión y emisión del laudo. Pasado el plazo el sujeto decae en su derecho y se da apertura a la fase siguiente del procedimiento, porque «la inasistencia o inactividad de cualquiera de las partes no impedirá el desarrollo del procedimiento ni que se dicte el laudo» (art.12.1 RD). Se trata de plazos procesales tan sólo modificables –y no siempre- por la voluntad de las partes, atenuados en numerosas ocasiones por el pretendido carácter flexible que imbuye al arbitraje.

- Fruto de la oralidad que rige el procedimiento arbitral se da el *principio de inmediación*. Entre las partes y el órgano arbitral debe existir una comunicación directa, de modo que éste decida sobre la base de las alegaciones y pruebas por él oídas y practicadas. Nada dice el RD sobre la posibilidad de repetir las pruebas cuando medie cambio del árbitro, pero insistimos en la aplicabilidad de este principio de *inmediación atenuado* por la previsión de recusaciones y cambios en la persona del árbitro que formula el art.6.2 RD. Si el árbitro se considerara suficientemente informado por la lectura de las actuaciones éstas no se repetirán y deberá continuar el procedimiento (art.28 LA).

- Consideramos igualmente *confidencial* este procedimiento por ser el secreto una de las garantías intrínsecas a la institución arbitral⁷⁷³.

Por último, el art.9.4 del RD afirma que las partes podrán actuar por sí mismas o valerse de abogado en ejercicio. Parece que se refiera la defensa técnica de las partes y no a un simple supuesto de representación. Sin embargo, no nos parece que sea éste el sentido que inspira al arbitraje en general. Si las partes pueden optar por un arbitraje de derecho o de equidad (art.10.2 RD) se entiende que se

RD), debiera regir el principio de preclusión del derecho a alegar y siempre que no se modifique el objeto de la controversia.

⁷⁷³ El principio de contradicción o audiencia se manifiesta como una premisa legal para que exista arbitraje pero la publicidad no lo es, al igual que acontece en los procesos civiles. Pensemos que las empresas que se encuentran en conflicto, no conviene dar publicidad de los litigios en los que se

deje igualmente a elección de éstas el *ius postulandi*. Se debe tener en cuenta que los árbitros permanentes son juristas, que velan por el arbitraje ritual, y los representantes serán en mayor medida conocedores de la especialidad y complejidad de los derechos del grupo que le designó como representante, de modo que, sus intereses se encuentran representados, aunque estos sujetos vayan a actuar de una manera imparcial.

Queda a opción de las partes la postulación que quieran realizar, tanto por lo que se refiere a *defensa* como a *representación*. En nuestra opinión, nada impide que la parte aparezca representada por cualquier sujeto.

VI. El procedimiento general de arbitraje (RD 479/1989)

A. *Solicitud de arbitraje*

A tenor del artículo 9.1 RD la «solicitud de arbitraje se realizará mediante escrito dirigido al presidente, en el que las partes se sometan expresa y voluntariamente a la Comisión para que ésta adopte una decisión. La solicitud expresará con precisión el objeto del conflicto, el contenido de las pretensiones y las alegaciones de las partes, así como si la cuestión litigiosa ha de decidirse con arreglo a derecho o a equidad (...)»⁷⁷⁴.

Junto a la manifestación inequívoca de voluntad de sometimiento o convenio arbitral, debe presentarse la solicitud *strictu sensu* de arbitraje, de manera más o menos detallada. No importa que dichos documentos se presenten por separado o conjuntamente, lo que parece importante para el legislador es la constancia fehaciente de voluntad de sometimiento a la Comisión.

encuentran inmersas, por esta razón eligieron es vía; cuestión distinta es que el procedimiento arbitral quede asegurado mediante la audiencia de las partes.

⁷⁷⁴ «...3. Cuando sea parte en un arbitraje una asociación de usuarios, la solicitud deberá acompañarse de una certificación en la que se comprenda el nombre y apellidos o razón social y el domicilio de los empresarios individuales o sociales miembros de dicha comisión. 4. Las partes podrán actuar por sí mismas o valerse de abogado en ejercicio».

Son dos los momentos diferenciados por el RD a la hora de determinar el inicio del procedimiento. Por un lado, diferenciamos la presentación del «escrito de solicitud» que se realiza ante los árbitros permanentes de la CMAPI y sobre ella debe versar un primer enjuiciamiento, relativo a la susceptibilidad de sometimiento de dicha controversia a su competencia; sólo cuando ésta es admitida y así se notifica a las partes, da comienzo el procedimiento arbitral, procediendo las partes a designar a los que serán sus representantes en la Comisión. A partir precisamente de esta fecha comienza a correr el plazo legal para dictar el laudo arbitral (art.20.1 RD).

La presente admisión debe de comunicarse por escrito sin necesidad de mayor protocolo notarial –pues se trata ésta de una de las mayores ventajas de este arbitraje especial-, sin embargo, surge la duda sobre el régimen de notificaciones aplicable en el arbitraje⁷⁷⁵. En principio y, sin perjuicio de lo que digamos al tratar el tema, no encontramos óbice alguno para que se aplique el régimen propio de los actos procesales y, por tanto, la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues ante el silencio legal actúa supletoriamente la LA y ésta parece dejar libertad a las partes para elegir.

Efectivamente, una vez admitida la solicitud de arbitraje por los árbitros permanentes de la Comisión, la fuente de poder de decisión se ha constituido, aunque sujeto a la condición de que, como mínimo, sea designado un árbitro de parte, puesto que la Comisión es un órgano de voluntad colegiada y formada por mayoría (art.17) y sin la participación de este árbitro-representante no puede actuar. Bajo nuestro parecer dicha afirmación adquiere sentido por las siguientes razones:

⁷⁷⁵ La duda se centra entre la aplicación del régimen establecido en los arts.58 y 59 de la Ley 30/1992 de la jurisdicción contenciosa-administrativa y de Procedimiento Administrativo Común, según parece desprenderse del art.158.1 LPI en materia de mediación o, si por el contrario, debe acudir al régimen de notificaciones general de la LEC.

- En primer lugar, porque producida dicha oferta de arbitraje y admitida a trámite por la Comisión, se ponen de manifiesto los efectos propios de la *litispendencia arbitral*. Más allá de la excepción procesal que producía la existencia del convenio admitida la solicitud de arbitraje, existe un verdadero proceso ante la Comisión que impide el inicio de otro en el que exista identidad de objetos y sujetos procesales. Se generan entonces los efectos procesales de la *perpetuatio jurisdictionis*⁷⁷⁶ y *legitimationis*⁷⁷⁷.

- En segundo lugar, un efecto inmediato será que la Comisión debe fijar a las partes un plazo para formular sus alegaciones iniciales y presentación de documentos (art.11 RD), transcurrido el cual entrará en funcionamiento el mecanismo de la preclusión⁷⁷⁸. Sin embargo, una vez precluido el plazo para alegar (o probar) puede el árbitro admitir *ex tempore* este acto siempre que se trate de cuestiones colaterales necesarias para la búsqueda de la verdad⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ Por un lado, encontramos que no se pueden admitir cambios en la persona del juzgador, no puede modificarse su autoridad, salvo mutuo acuerdo de voluntades en sentido contrario. Mediante el convenio y escrito de solicitud se le otorgó el poder de decisión sobre una determinada controversia y sobre ella debe pronunciarse; este poder tampoco queda sujeto a cambios: nos encontramos ante la *perpetuatio jurisdictionis*. En el arbitraje no existen ámbitos de competencia sino otorgamiento *ad hoc* de *iuris dicere*, por esta razón sólo si se modifica la arbitrabilidad de la materia objeto de arbitraje se modifica el poder de decisión del órgano arbitral

Esta arbitrabilidad sólo puede modificarse por dos razones. Por un lado, porque las partes de consuno deciden que una materia no la quieren someter a arbitraje; por otro, porque el legislador la convirtiera en orden público y, por tanto,adispositiva para las partes. Esta opción es posible si atendemos a la colectivización de intereses privados que en la actualidad se está dando en materia de derechos de explotación.

⁷⁷⁷ En segundo término, tampoco cabe modificaciones en relación a las partes. La *perpetuatio legitimationis* supone que la tutela arbitral tan sólo va a poder ser requerida por aquellas personas que dispusieron convencionalmente de sus derechos y que queda prohibido para cualquiera de éstas iniciar un proceso con identidad objetivo-subjetiva ante los Tribunales o incluso ante otro tribunal arbitral.

⁷⁷⁸ Comienza el cómputo del plazo para designar a los representantes, momento en el que debía quedar constituida la Comisión y a partir de cual debía ésta fijar un plazo para que las partes formulen sus respectivas alegaciones y, por último, porque el plazo para dictar el laudo arbitral ya comenzó su cómputo.

⁷⁷⁹ Así se ha expresado la doctrina y jurisprudencia. «Los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del convenio pero tampoco se hallan vinculados por una exégesis literalista y restrictiva, pudiendo resolver no sólo las cuestiones consignadas en el convenio sino también las que deban considerarse comprendidas en el mismo por inducción necesaria de sus palabras» SAP Pamplona 24 diciembre 1996, RGD 1997, pág. 13710. Si a esta afirmación le añadimos la reiterada admisión de alegaciones y prueba incluso en fase de conclusión (SAP Almería 11 mayo 1992, RCEA 1993, pág. 157) debemos concluir que «el art.25 LA únicamente impone al árbitro la obligación de fijar a las partes plazos

Ésta es la dinámica procedimental que ha diseñado el legislador en los procesos dispositivos y así se desprende del RD con el fin de hacer avanzar el procedimiento hasta su fin, hasta obtener un laudo vinculante y ejecutivo. Recordemos que constituida la relación procesal arbitral, las partes deben «estar y pasar por lo estipulado convencionalmente» (art.11.1 LA) o *eficacia positiva* del convenio.

Si una de las partes consideran que concurre causa de recusación en uno de estos árbitros permanentes, deberá ponerla de manifiesto de modo inmediato, entre las alegaciones que se formulan en el mismo «escrito de solicitud». Debido al carácter preconstituido de parte de este tribunal, momento inicial se constituye como el adecuado para poner de manifiesto las posibles causas de imparcialidad que pudieran concurrir, sin perjuicio de su posible alegación *a posteriori*, pues, según el art.17.2 LA, también los árbitros serán recusables por causas existentes ya con anterioridad «cuando (estos) no hubieran sido nombrados directamente por las partes», como es el caso.

También encontramos cierta *eventualidad* en el escrito de solicitud de arbitraje. Observamos que, junto a éste, se debe presentar la «certificación en la que se comprenda el nombre y apellidos o razón social y el domicilio de los empresarios individuales o sociales miembros de dicha asociación» de usuarios. Por la especial mención que ha hecho el legislador al respecto, no consideramos que pueda disponerse sobre tal requisito aunque, su falta, una vez admitida la demanda arbitral, conforme al principio *pro actione* y de *subsanción*, debe poder ser suplida.

B. Requisitos de los actos procesales: lugar e idioma

En el arbitraje la determinación del lugar y lengua del procedimiento constituyen dos elementos de notable importancia. El hecho de ser la CMAPI un

preclusivos para formular alegaciones», que estos son improrrogables de oficio pero que ello no es óbice

órgano de la Administración que realiza actividad arbitral reduce las posibilidades a la hora de determinar estos términos. En el marco general establecido por la LA, los criterios delimitadores de tales término son, en primer lugar, la autonomía de la voluntad y, en segundo, los reglamentos arbitrales si los hubiere. Sólo en caso de silencio deben los árbitros determinar estos aspectos.

Por lo que se refiere al *lugar* de celebración del arbitraje, el RD parece no ofrecer dudas pues regula una Comisión que *se crea* en el Ministerio de Cultura en su Sección de Propiedad Intelectual y, por tanto, es de ámbito nacional. La entidad de gestión o de radiodifusión o asociación de usuarios que pretenda someter un conflicto a la CMAPI deberá celebrar el arbitraje en Madrid, con lo que ello supone a efectos de práctica de prueba, ejecución, anulación y posibles medidas cautelares o incluso una formalización judicial del arbitraje.

Nada impide que ciertas actuaciones se realicen fuera del lugar de celebración del arbitraje y que, conforme acontece en los arts.268 y ss. LOPJ, algún miembro de la Comisión se traslade fuera del Ministerio para practicarlas. Los representantes de las partes deben ser conscientes, al aceptar el cargo arbitral, del lugar donde se desarrolla este arbitraje, pues quedan sujetos a la obligación de cumplir fielmente su encargo y, aunque no residan en Madrid, deben estar presentes en cuantas sesiones se les solicite.

A efectos de notificaciones se deberá conocer la sede social de cada una de éstas, según el tenor del RD, donde se exige la certificación documental del domicilio de la asociación de usuarios interviniente en el proceso al tiempo de presentar la solicitud de arbitraje (art.9.3 RD). Consideramos de aplicación supletoria el régimen de notificaciones de la LEC (art.3 RD) y no el establecido en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

a la admisión fuera de plazo de una alegación que no modifique el objeto del proceso.

Común, pues la LPI tan sólo hace referencia a ésta en materia de mediación de cable.

Respecto de la *lengua* del procedimiento, no encontramos óbice alguno a que sean las partes en conflicto, haciendo uso de la facultad que les otorga el artículo 24 LA, las que la determinen. Se trata de otro término a tener en cuenta a la hora de aceptar el cargo arbitral. Dada la posibilidad de que se encuentre legitimada una entidad extranjera domiciliada en España, debe admitirse tal posibilidad, aunque lo habitual será que sea representada por un sujeto conocedor de la lengua española. Si las partes guardaron silencio al respecto del convenir, corresponde a los árbitros designar el idioma del procedimiento teniendo en cuenta que la LA exige que se trate de una lengua conocida por ambas partes y que sea la oficial del territorio, es decir, el castellano.

C. Pretensiones

Las pretensiones posibles en el procedimiento general ante la CMAPI son, con carácter principal, las de condena a una obligación a indemnizar, bien por incumplimiento en la retransmisión de una obra, por no cumplir con la obligación de contratar con opción por la cantidad que hubiera ganado si hubiera podido practicar la explotación, etc. Sin embargo nada obsta a que *de lege ferenda* se admitan las pretensiones de condena colectiva pecuniaria, como podría ser la devolución a los autores de una determinada cantidad percibida y no redistribuida entre ellos por la entidad de gestión, conforme al art.11.2 LEC, por tratarse de intereses colectivos de personas determinadas o determinables.

En segundo lugar, también serán admisibles las pretensiones merodeclarativas. Puede que se pida un reconocimiento en favor del explotador para que le reconozca la licitud de la explotación que lleva a cabo y que la entidad de gestión entendía ilícita.

Por último, las pretensiones constitutivas conllevan para el órgano arbitral una declaración que modifique la realidad de un contrato general celebrado con una asociación de usuarios representativa de un sector determinado, por pretender su extinción y las condiciones que allí se estipularon en su momento. No son las más frecuentes, pero no las creemos imposibles.

D. Admisión

A tenor del art.10 RD «los árbitros acordarán la admisión del conflicto de conformidad con la competencia de la Comisión y con los demás requisitos establecidos en la Ley de la Propiedad Intelectual y en este Real Decreto. 2. El acuerdo de admisión será adoptado exclusivamente por los árbitros y por mayoría (...) 3. En caso de que se acuerde su inadmisión, la decisión será motivada y notificada a las partes sin que quepa recurso alguno contra ella». Por tanto, presentada la solicitud o demanda de arbitraje deben las partes esperar la contestación de los árbitros permanentes y sólo tras ésta podrán proceder a designar a sus representantes.

Para que sea admitida dicha demanda de arbitraje deberán cumplirse los mínimos exigidos en el escrito de solicitud y, además, deberán corroborar que se trata de un conflicto de su competencia⁷⁸⁰. Respecto de la presentación de documentos debemos tener en cuenta que, aunque se haya iniciado el procedimiento, todavía existe una fase de alegaciones para realizar cualquier tipo de subsanación. En tal caso, procederá el tribunal a dictar acuerdo de admisión requiriendo para ello mayoría simple, el cual sólo será recurrible en fase de anulación. El RD parece exigir motivación de su decisión sólo en el caso de que

⁷⁸⁰ Ya advertimos al tratar el tema del ámbito de actuación de la CMAPI que era posible diferenciar entre, aquellos supuestos en los que la Comisión ejercita una de sus competencias pues se les somete uno de los conflictos establecidos en los arts. 157 ó 158 LPI y art.2 RD y, aquellos otros arbitrajes basados en la Ley general. Ya no se trataría, pues del arbitraje especial que dispone al DA primera Ley de Arbitraje sino de un arbitraje general en materia de propiedad intelectual. Al ser ante la CMAPI, no podrá alterarse su composición ni la legitimación que ante ella se dispone en el Capítulo II del RD; así como tampoco la propia vocación de la institución, a saber, la de gestionar colectivamente los derechos.

el tribunal inadmita, contra la cual no habrá lugar a recurso alguno, quedando expedita la vía judicial⁷⁸¹.

Notificada la decisión de admisión por la Comisión arbitral, procederán las partes a designar a sus representantes en el plazo de 15 días a contar desde dicha notificación. A partir de este momento se desarrollará el procedimiento, es más, éste llegará a su fin pese a «la inasistencia o inactividad de cualquiera de las partes, (pues) no impedirá el desarrollo del procedimiento ni que se dicte el laudo, ni le privará a éste de su eficacia», y sin perjuicio de que las partes llegaran de consuno a un acuerdo distinto (art.12.2 RD).

E. Inicio del procedimiento

Admitido el conflicto, dará comienzo de inmediato el procedimiento arbitral. El RD parece delimitar unas fases mínimas y esenciales. Se observa de esta forma que, por un lado, el inicio de la actividad arbitral de la Comisión parece venir marcado, o condicionado por el momento de la designación de los representantes de parte; sólo cuando éste se produce, queda válidamente constituida la Comisión en cuanto tal, y debe proceder a fijar un periodo de alegaciones, destinado a que las partes integren la controversia y hagan partícipe al tribunal en su conjunto del *thema decidenci*.

⁷⁸¹ Sería cuestionable la posibilidad de solicitar a la Administración algún tipo de responsabilidad para los casos en los que inadmita injustificadamente. La situación en la que quedan las partes tras la negativa de la Comisión es delicada pues la existencia de un convenio se puede utilizar como óbice de procedibilidad ante los órganos jurisdiccionales.

Si recordamos lo que acontecía al tratar la responsabilidad en el arbitraje institucional, aludíamos al supuesto de responsabilidad de la institución por no aceptar el encargo *sin causa justificada* (art.16.1 LA), pues como afirma MONTERO AROCA, J., «la existencia misma de la corte o tribunal, su salida a la vida pública, su oferta como institución arbitral, la propuesta de un modelo de convenio o cláusula arbitral para introducir en los contratos, vincula a la propia corporación o asociación, que luego no podrá rechazar la administración de un arbitraje concreto que se sometiere o cumpliera a todos los requisitos del reglamento», (y otros), *Comentario breve a la Ley de Arbitraje, op.cit.*, pág. 225 y ss. Se provocaría una indudable inseguridad jurídica.

Sin embargo, la imprecisión que se pudiera derivar de dicha situación se salva por la necesidad de motivación de la decisión que se recoge expresamente en el RD.

Llama la atención el obligatorio intento de avenencia al que, en este preciso momento, la CMAPI debe someter a las partes, convocando a tal efecto las reuniones que estime precisas y en el momento que considere oportuno y con posibilidad de practicar prueba a instancia de parte o de árbitro. Por último, desarrollada la actividad arbitral y no alcanzándose acuerdo alguno entre las partes, la Comisión procederá a resolver el conflicto mediante el laudo arbitral. Contra éste se podrá interponer el recurso de anulación previsto por la LA (arts.45 y ss.) y, en su caso, llevarlo a ejecución (art.52 y ss. LA).

a. Designación de representantes

Una vez admitido el conflicto por la terna de árbitros permanentes o, en su caso, por mayoría, se lo notificará a las partes de inmediato para que procedan a nombrar a los miembros de la Comisión que pasarán a ser, a partir de ese momento, representantes de sus intereses para cada uno de los asuntos en que intervengan. La entidad de gestión, la asociación de usuarios y la entidad de radiodifusión disponen de un plazo de 15 días, a contar desde que se produzca la notificación, para comunicar al Presidente de la Comisión la designación propuesta.

Naturalmente son dos las actitudes posibles que podemos encontrar en las partes. En primer lugar, puede que durante ese plazo cada una de ellas proceda a realizar el nombramiento dando comienzo, acto seguido, la actividad arbitral mediante la apertura formal de un periodo de alegaciones. También con carácter previo, es posible que se abra un incidente de oposición a la designación realizada, y que se proceda a la recusación del representante o representantes designados.

En cuanto miembros del tribunal arbitral dichos representantes deberán ser igualmente imparciales, independientes y neutrales, a pesar del silencio legal⁷⁸². Así pues, y con el fin de lograr tal imparcialidad, las partes deberán ser diligentes en la designación que realicen y observar si concurre causa de posible recusación y, por otro, al igual que el representante propuesto queda igualmente obligado a esa puesta en conocimiento del tribunal de la concurrencia de causa de parcialidad (art.17.2 y 3 LA). Si el árbitro recusado acepta el motivo, procederá la parte a designar otro candidato y si no la aceptara, se continuará con el procedimiento sin perjuicio de hacerla valer con posterioridad a través de la anulación del laudo.

La segunda actitud que podemos encontrar en las partes es negativa, de modo que no cumplan con la designación aludida. Si se admitiera que ante tal inactividad de parte no pudiera constituirse la Comisión, sería tanto como aceptar la posibilidad de frustrar un arbitraje. La clave se encuentra en averiguar el carácter necesario o disponible de la participación de dichos miembros.

A tenor de la LPI parece que las partes «tienen derecho» a nombrar a sus representantes para cada asunto en que intervengan (art.158.3), mientras que tal posibilidad, parece convertirse en un mínimo obligatorio en el RD (art.7)⁷⁸³. Consideramos que resulta necesaria su participación pues se requiere, como mínimo, uno de sus votos para obtener mayoría, para que la Comisión quede constituida y «siempre que concurran al menos dos árbitros» (art.17 RD). Por tanto, la inactividad de una de las partes no pone en peligro el arbitraje siempre que la otra formule su designación.

⁷⁸² El art.6 RD parece limitar tal exigencia a los árbitros permanentes, pero la aplicación supletoria de la LA hace necesaria una interpretación amplia y acorde a la naturaleza del arbitraje.

⁷⁸³ El citado precepto dice que «La entidad de gestión y la asociación de usuarios o entidad de radiodifusión en conflicto, nombrarán sus representantes en la Comisión para cada uno de los asuntos en los que intervengan».

Sabemos que el RD dispone un número máximo de árbitros representantes de dos por parte representada –sin perjuicio de que pueda haber un litisconsorcio pasivo o activo para el cual cada

DELGADO PORRAS afirma que en estos casos, con el fin de asegurar el arbitraje, podría acudirse a la formalización judicial del arbitraje del art.38.1 LA⁷⁸⁴. Efectivamente consideramos que ésta es una posibilidad entre otras, pues también sería posible la designación deferida a un tercero privado pues, como vemos, con que una permanezca activa ya es suficiente⁷⁸⁵. Además, en última instancia, se observa que la voluntad del legislador tiende a asegurar la eficacia del arbitraje dotando de poder -al igual que recoge la LA- al presidente del tribunal para que dirima con su voto los empates.

Cuestión distinta es que se crea un desequilibrio al no estar representada una de las partes, en contra de la intención clara del legislador en la LA (art.9.3), al prohibir que se «coloque a una de las partes en situación de privilegio con respecto de la designación de los árbitros»⁷⁸⁶. En realidad, en este caso no existe privilegio en favor de una de las partes, sino renuncia al derecho a designarlos. Si nos atenemos al RD, parece que la importancia para que funcione correctamente la CMAPI reside, no tanto en la participación unánime de los «representantes», sino en asegurar que siempre concorra mayoría de miembros «permanentes».

b. La inactividad de las partes

El art.12.2 RD establece que la «inasistencia o inactividad de las partes no impedirá el desarrollo del procedimiento ni que se dicte el laudo, ni le privará a éste de su eficacia»⁷⁸⁷. La interpretación del presente precepto debiera ser muy

posición deberá ponerse de acuerdo en la persona que designa- (art.4). Nada obsta, por tanto, a que por convenio decida nombrarse tan sólo un representante por parte.

⁷⁸⁴ *Vid.*, DELGADO PORRAS, A., *op.cit.*, pág. 1017.

⁷⁸⁵ La formalización judicial del arbitraje procede tanto cuando no existe acuerdo en la designación del árbitro como cuando el disenso en el la forma de designar el mismo, conforme a los arts.9, 10 y 30 LA. En este sentido, SAP Madrid 4 octubre 1995 (RCEA 1996), pág. 109. Al respecto véase MONTÓN REDONDO, A., *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, *op.cit.*, pág. 198; LORCA NAVARRETE, A., *Derecho de Arbitraje Español*, *op.cit.*, pág. 304.

⁷⁸⁶ MARÍN LÓPEZ, J., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág 2197.

⁷⁸⁷ El presente artículo tiene su base en el art.22.2 de la LA y ambos pretender garantizar la efectividad del arbitraje pese a la inactividad de las partes. Resta ahora averiguar el alcance de dichos preceptos.

diversa, según los árbitros tuvieran o no conocimiento previo de la controversia pero, esa predeterminación de controversias posibles que realiza la Ley parece contribuir a esclarecer la situación. Cuando los árbitros aceptan el encargo tienen efectivo conocimiento del *thema decidendi*.

Nuevamente nos hallamos ante el delicado equilibrio que debe existir entre la obligación de fallar y la inactividad de las partes, ante la obligación de *non liquet* y los principios de oportunidad y dispositivo. Sin embargo, en el escrito de solicitud, las partes delimitaron el objeto de la controversia y formularon peticiones concretas. La falta de alegación en un posterior trámite formal podría suponer un *desistimiento* y debería la Comisión abstenerse de seguir conociendo⁷⁸⁸. Podría ser que la razón por la que el artículo 9 RD exige que en el mismo escrito de solicitud de arbitraje se recojan las primeras alegaciones, fuera precisamente la de evitar esta delicada situación. Existiendo cierta actividad alegatoria (aunque no se haya hecho uso de un trámite formal destinado a tal efecto) queda salvada tal situación y los árbitros deben continuar con el procedimiento. Sólo parece posible acabar con dicha actividad arbitral si ambas partes de consuno se pronunciaran expresamente en sentido negativo, es decir, a continuar con el procedimiento (art.31 LA).

Dada tal obligación de fallar, la Comisión queda conminada a celebrar un trámite de conciliación, momento en el que las partes pueden intentar llegar a un acuerdo o, por el contrario, manifestar su voluntad de no continuar con el procedimiento. Sea cualquiera la postura tomada, se requiere siempre de una actitud activa.

La segunda posibilidad que cabe plantearse, sería la de que las partes no hubieran delimitado en absoluto la controversia. Pero la presente situación no es posible en el arbitraje que ahora estudiamos, pues es requisito mínimo del escrito

⁷⁸⁸ Sin perjuicio de que, con posterioridad, vuelva a incoar el proceso arbitral siempre y cuando el convenio se encuentre no caducado.

de la solicitud su determinación de ésta, sin ella no se acepta el encargo y no pasa a constituir la controversia.

En el proceso arbitral el legislador trata de un modo igualitario al demandado que no comparece y al demandado que comparece y no formula alegación, contrariamente a lo que acontece en el proceso civil.

A la inactividad inicial del demandado ante la CMAPI no se le puede hacer acarrear los efectos propios de la *rebeldía*. El demandado que se mostró inactivo podrá personarse en cualquier momento en el proceso y alegar, pero sin que se pueda retrotraer las actuaciones. Si concluimos con que no existe tal estado procesal, no existe diferencia alguna con la situación del demandado que comparece y no alega, que igualmente lo podrá hacer en cualquier momento del procedimiento siempre y cuando no modifique el objeto del proceso ni pretenda que se modifique el estado del *iter* procedimental.

Convocadas las partes por la Comisión para que formulen sus alegaciones o «posiciones iniciales», corresponde al demandado manifestarse al respecto. En el caso de optar por una postura también positiva, son dos las posibilidades que podemos encontrar, a saber, la de personarse y formular causa de oposición o bien la de contestar directamente a las alegaciones formuladas.

c. La oposición del demandado

No existe en el RD un precepto como el artículo 23 LA en el que se fije un trámite formal para formular las causas de oposición, pero nada obsta para que los árbitros miembros de la Comisión acepten dicha fase⁷⁸⁹. Si de la constitución

⁷⁸⁹ Art.23 LA «1. La oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales. 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. 3. En todo caso, la falta de competencia objetiva de los árbitros podrá ser apreciada de oficio por estos aunque no hubiere sido invocada por las partes».

de la relación jurídica procesal se trata, deberá ésta encontrarse bien perfeccionada. Sólo si la parte demandada considera que concurre alguna causa que imposibilite a la Comisión para seguir conociendo del fondo del asunto, bien razones procesales o de fondo, las deberá poner de manifiesto tan pronto como tenga conocimiento de su existencia y, a poder ser, en este momento inicial.

El demandado podrá alegar la falta de competencia objetiva/inarbitrabilidad, caducidad, inexistencia o nulidad del acuerdo de arbitraje; por otro, aunque nada diga la ley, serán causas de oposición alegables aquellas destinadas a que se desestime la pretensión interpuesta basadas en hechos impeditivos, extintivos o excluyentes. Es decir, se trata de causas que afectan al *poder del árbitro*, a su *competencia objetiva*, y a las razones de *fondo* que pudieran conseguir que se desestimara la pretensión.

1. Causas de oposición

Con independencia de que se trate de razones que tienden a la forma o al fondo de la cuestión, en el mismo trámite de alegaciones iniciales las partes deben poner de manifiesto la existencia de cualquiera de esas causas. Debemos distinguir entre causas que afectan a la relación procesal, es decir, al árbitro, a la parte o al objeto del proceso y aquellas otras consistentes en alegar hechos que tienden a impedir que se desarrollen los efectos jurídicos que la LA establece ante la interposición de una demanda.

1.1 Causas relativas a la relación procesal

Sin una relación procesal bien constituida la heterocomposición no puede surtir sus efectos. Existen causas que afectan al objeto del proceso y otras a los sujetos, bien sea al árbitro o a las partes.

- *Causas que afectan al poder de decisión* de cualquiera de los árbitros de la CMAPI. Si el convenio arbitral se constituye como el primer eslabón en la

configuración del arbitraje debe otorgar el poder al árbitro que debe decidir. Cualquier defecto en la declaración de voluntad que formularon las partes en el convenio debe ponerse de manifiesto inmediatamente pues, de otra forma, el árbitro actuaría sin poder de decisión y podría anularse el laudo con posterioridad.

- Otras *causas afectan a las partes* que actúan ante la Comisión. Nos referimos a la falta de capacidad de obrar y procesal y a su disponibilidad material y procesal por tratarse de derechos de explotación de ejercicio individual que requieran del consentimiento expreso de su titular, o incluso la falta de litisconsorcio, por tratarse del ejercicio de una pretensión que afecta a varias asociaciones de usuarios de estos derechos⁷⁹⁰.

- En tercer lugar, podemos encontrar causas *objetivas* de oposición. La LA y, por tanto, el RD exigen que exista una disponibilidad absoluta sobre el objeto que se somete a arbitraje. De modo que, de no versar sobre cualquiera de las materias encomendadas a la CMAPI, sobre las que expresamente se dispone en el convenio (art.2 RD) por las entidades de gestión, asociaciones de usuarios o de radiodifusión y cable, los árbitros de la CMAPI deben admitir la causa de oposición. Lo mismo ocurriría si sobre estas controversias ya hubiera recaído la *eficacia de cosa juzgada* en otro proceso judicial o arbitral o, si igualmente concurre, en su caso, *litispendencia* de uno y otro tipo.

Por último, cabe la posibilidad de que el demandado se oponga por razón del idioma o el lugar de celebración del arbitraje sobre el que, aunque el RD nada

⁷⁹⁰ Según la última jurisprudencia, junto a esa obligación arbitral de fallar y de ser congruente ha de cuidarse «que el litigio se ventile con presencia de todos aquellos que puedan resultar afectados por el fallo (...) evitando así la presencia de sentencias contradictorias o de imposible ejecución, porque la consecución de los efectos pretendidos en el juicio exige la concurrencia de aquellas personas que, por ser titulares de un interés suyo personal, atraen la conceptualización de litisconsortes y han de integrarse en la relación procesal, a fin de no quedar quebrantado, en definitiva, el principio de que nadie puede ser condenado sin antes ser oído y vencido en juicio». Pero la naturaleza del arbitraje exige que medie el consentimiento de ese *tercero* para pasar a ser considerado parte. SAP Palmas de Gran Canaria 17 julio 1996, TAB núm.9, págs. 63 y SAP Barcelona 8 julio 1997, TAB núm.9, pág. 92.

dice al respecto, deberá de estarse a las estipulaciones que al respecto pudieran crear las partes (art.24 LA).

1.2 Causas relativas al fondo del asunto

El demandado puede alegar hechos nuevos que pretendan *impedir, extinguir o excluir* los efectos pretendidos por el demandante que incoa el proceso.

Mediante la alegación de hechos impeditivos se intenta evitar que nazcan los efectos pretendidos por la demandante. Es decir, la entidad de radiodifusión que se opone alega la efectiva existencia del contrato de concesión de autorización para uso de repertorio musical, pero también alega la invalidez de su causa o el vicio en la voluntad a la hora de contratar, por ejemplo.

Los hechos extintivos acaban con la eficacia desplegada hasta el momento. Puede que la entidad de radiodifusión no estuviera de acuerdo con las tarifas de la entidad de gestión y que hiciera un uso indebido del derecho de repertorio, pero la presentación de la realización de una consignación judicial de dicha cantidad, puso fin a la infracción, con independencia de que a través de dicho proceso ante la CMAPI intenten éstas discutirse.

Finalmente, los hechos excluyentes acaban con la eficacia pretendida por la demandante a través de los hechos constitutivos que alega. El condicionamiento de un pago por una entidad de cable, al resultado de un determinado índice de audiencia, por ejemplo, podría constituir una condición a tener en cuenta por los árbitros para no admitir la pretensión.

1.3 Tratamiento procesal

Ante la CMAPI las partes deben oponerse al formular las alegaciones iniciales⁷⁹¹, pero nada obsta a que ella misma controle su propio poder de decisión y competencia objetiva (art.23.3 LA); dependiendo de la causa ante la que nos encontremos, la autonomía de la voluntad puede entrar o no en funcionamiento y subsanar las diferentes deficiencias.

Son varias la posibilidades a tener en cuenta. Respecto de las causas que se predicen insubsanables (falta de jurisdicción, inarbitrabilidad o de legitimación), deben ser controlables de oficio, pues sin ellas la relación jurídico procesal no se encuentra bien constituida; por su lado, cuando se trate de oposición por falta de competencia objetiva de una materia arbitrable y sometible a la CMAPI, pero no convenida contractualmente, deberá prestarse especial atención a la voluntad de la parte demandada pues, de no decir nada, podría jugar en su contra la denominada doctrina de los actos propios y, por tanto, que se realizara una nueva delimitación del objeto del proceso⁷⁹².

Cuando el artículo 23.3 LA habla del control de oficio de la competencia objetiva alude, antes bien, a la constitución de su fuente de poder de decisión, es decir, la Comisión debe controlar que las materias a ella sometida se encuentran dentro de la competencia legal fijada por la LPI y el RD, así como si la legitimación es la adecuada, debido a las restringidas posibilidades que permite la ley. En este caso, sobre ésta ya ha habido control previo por los miembros permanentes aunque nada obsta a que, constituida ésta, se pudiera volver a poner en tela de juicio estos conceptos, pues del poder de estos nuevos representantes se está hablando, aunque no es lo normal.

⁷⁹¹ Debido a la posibilidad que establece el art.9 RD de que ambas partes interpongan conjuntamente el escrito de solicitud debe, en consecuencia, admitirse la posibilidad de que ambas formulen causa de oposición en calidad de demandado.

⁷⁹² Así lo han reconocido doctrina y jurisprudencia en LORCA NAVARRETE, J.M., *op.cit.*, págs. 355-356 y ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «El procedimiento de arbitraje», *Justicia*, 1989, pág. 931 frente a MASCARELL NAVARRO, M.J., (Coor. MONTERO), *op.cit.*, pág. 131.

También se observa dicha tendencia en su SAP Madrid 7 noviembre 1995 (RCEA 1996, pág. 114).

1.4 Procedimiento

A pesar de ser la fase alegatoria el momento procesal oportuno para formular las causas de oposición (art.23 LA), deben de admitirse *sine tempore* aquellas causas que son de naturaleza insubsanable, por la gravedad que entrañan y porque siempre constituyen causa de anulación del laudo arbitral. La falta de jurisdicción ante la CMAPI se puede salvar dando en ese preciso momento un nuevo consentimiento (art.9 RD); respecto de la inarbitrabilidad, solo será subsanable si se tratara de gestión colectiva y siempre bajo el respeto de la limitada legitimación ante ella permitida. Si, por último, el proceso incoado carece de legitimación, ésta, en ningún momento, será subsanable.

Por lo que a la forma de oposición se refiere, el procedimiento es simple y basado en la contradicción y, en su caso, en la práctica de una prueba de lo alegado. La decisión de admisión de la causa por la CMAPI, deberá ser motivada (art.10.2 RD) y, contra ella no cabe recurso alguno, quedando expedita la vía judicial. Si por el contrario, se inadmitiera la causa, el procedimiento arbitral debe continuar y ésta se podrá hacer valer ante la Audiencia Provincial en un futuro recurso de anulación. A todo lo dicho en el apartado relativo a las causas de oposición en el capítulo dedicado al arbitraje general, nos remitimos.

d. La contestación a la demanda

Trasladada la demanda a la parte pasiva y sin que ésta formule causa de oposición, puede proceder a formular su *resistencia* contestando así a las alegaciones formuladas por el demandante. Dentro del marco establecido por el art.11 RD, debemos admitir la posibilidad de contradecir los hechos alegados o, simplemente, y sin que ello suponga resistencia, la formulación de *allanamiento* o *reconvención*.

Contradichos estos hechos, e incluso abierto un periodo de réplica y dúplica «el presidente convocará las reuniones que estime precisas con la finalidad de

alcanzar un acuerdo entre aquellas que permita la solución del conflicto» (art.13 RD). Durante todo este tiempo podrá alegarse y contraalegarse, abriéndose, si fuera necesario, un periodo de prueba.

La prolongación de dichas sesiones en el tiempo dependerá de las diferentes posturas que adopte el demandado pues puede admitir expresamente los hechos, convirtiéndolos en indiscutibles y vinculantes; admitirlos tácitamente, realizando un *ficta confesio*; o puede negarlos, abriéndose entonces bien a instancia de parte o de la Comisión, un periodo de prueba.

Acorde con la libertad formal de este procedimiento, la contestación a la demanda puede hacerse de modo oral o escrito, aunque, por el momento procedimental en que se realiza, parece ser oral. Lo importante es que el secretario tenga constancia de los fundamentos alegados de hecho o de derecho, según se optara por un arbitraje de derecho o de equidad, pues los datos sobre la parte o su domicilio, ya quedaron determinados en el escrito de solicitud. No olvidemos aquí la prohibición de transformar el objeto de la demanda pues sólo sobre los hechos alegados se podrán ahora argumentar.

Otras dos posibles posturas son la reconvencción y el allanamiento:

- La reconvencción se presenta en el arbitraje ante la CMAPI como una posibilidad para la parte de acumular dos objetos que debieran formar parte de procesos independientes. Fruto del principio de oportunidad debe admitirse tal institución procesal pero sin olvidar el carácter especial del presente proceso arbitral y las limitadas competencias que tiene la Comisión.

En este caso el demandado no se resiste sino que realiza una nueva determinación del objeto del proceso convirtiéndose, a su vez, en demandante. Existirá un único laudo arbitral cuyo contenido será fruto de la voluntad colegiada de la Comisión sujeta a limitaciones subjetivo-objetivas; es decir, la nueva determinación del objeto debe respetar las competencias de la Comisión

legalmente preestablecidas y aquellos otros aspectos (dispuestos convencionalmente) relativos a derechos de propiedad intelectual de gestión colectiva cuyos titulares sean las entidades de gestión, las asociaciones de usuarios y entidades de radiodifusión y, por último, se deberán respetar la legitimación de éstas de modo que, cualquier nueva pretensión no provoque la intervención de un tercero carente de legitimación⁷⁹³.

- El allanamiento tampoco supone *resistencia*. El demandado se aviene a las peticiones y alegaciones formuladas por la parte demandante quedando vinculada la Comisión a dictar laudo sobre la base de su postura, y procediendo a estimar su pretensión⁷⁹⁴. El allanamiento cerrará a la Comisión la posibilidad de abrir nuevas sesiones o practicar una prueba pues se ha obtenido un acuerdo de parte y «sobre la base de dichas posiciones (...) el Presidente elaborará la propuesta de laudo que se someterá a la votación de la Comisión» (art.16.2 RD). Esta necesidad de consenso por parte de la Comisión del acuerdo o avenencia al que llegaron las partes asegura que no mediarán abusos de posición dominante pues ésta es precisamente la finalidad de la Comisión: asegurar el tráfico jurídico y equilibrado de estos derechos.

e. El intento de avenencia

El art.13 RD conmina al Presidente de la Comisión a que, finalizada la fase alegatoria de las partes, convoque «las reuniones que estime precisas con la finalidad de alcanzar un acuerdo entre aquellas que permita la solución del conflicto». La voluntad conciliadora del legislador no parece limitarse a un mero «trámite formal», sino que le obliga a que dicha avenencia se intente de forma efectiva, a través de una pluralidad de sesiones en las que la Comisión tendrá que hacer de *mediadora* si quiere que éstas pasen de una postura enfrentada a un

⁷⁹³ Cualquier tercero que pase a ser parte deberá prestar su consentimiento, lo que dificulta su viabilidad.

⁷⁹⁴ El único límite que se encuentra es el del orden público, muy importante a tener en cuenta debido al tipo de gestión de estos derechos -colectiva- donde el elemento público se encuentra siempre presente.

posible acuerdo. Sólo «cuando el Presidente considere que las cuestiones han sido suficientemente debatidas y que el acuerdo entre las partes no resulta posible, dará por finalizado el intento de avenencia y convocará a la Comisión para que las partes formulen sus posiciones definitivas» (art.16.1 RD).

Se presenta, por tanto, ésta como un fase obligatoria del proceso arbitral que, una vez finalizada, debe haber desembocado en una nueva determinación de las posiciones⁷⁹⁵. Son dos las posibilidades ofrecidas por el RD.

En primer lugar, es posible que las partes lleguen a un acuerdo que ponga fin al arbitraje. En este caso, deberá formalizarse por escrito y elevarlo al presidente de la Comisión para que lo redacte en forma de «propuesta de laudo» (art.16.2 RD) y lo someta a la votación de ésta. La Comisión no sólo deberá reunir el *quorum* exigido para la toma de cualquier acuerdo⁷⁹⁶, sino que, al tratarse de un laudo definitivo, se exige la participación de dicha mayoría, exigiéndose la presencia de la terna de árbitros permanentes (art.19.1 RD)⁷⁹⁷. Los empates, siguiendo la tendencia de la LA, los deshará el Presidente de la Comisión (arts.18.1 RD y 34 LA).

Un cuestión a señalar es la del carácter simultáneo que parece tener mediación y heterocomposición durante esta fase del proceso. Efectivamente, siguiendo a

⁷⁹⁵ Consideramos que no es la Comisión en su conjunto, sino sólo un árbitro, el que debe realizar tal fase de avenencia por varias razones. En primer lugar, porque el tenor del RD alude a que sea el presidente quien «convoca» a las partes a tal encuentro dando éste parte, con posterioridad al resto de la Comisión sobre las posiciones definitivas mantenidas por las partes (art.16.1); porque por la misma naturaleza de la mediación, se hace conveniente que sea una la persona que realiza ese acercamiento entre las partes –resulta inimaginable la creación de un ambiente distendido ante un tribunal formado por siete miembros–.

Pero nada obsta a que sean las partes las que decidan que estén presentes sus árbitros representantes en cada una de las sesiones, no como defensor de los intereses de parte pero sí para asegurar cierto equilibrio o para ser informadas o aconsejadas al respecto. Por supuesto, de cualquiera de las sesiones que se vayan realizando el secretario dará parte al resto de la Comisión y para adoptar cualquier decisión definitiva están podrán estar presentes con el fin de asegurar la razonabilidad de la decisión adoptada.

⁷⁹⁶ Se trata de una mayoría simple «siempre que concurran al menos dos árbitros» (art.17 RD).

⁷⁹⁷ Aunque este precepto sólo menciona expresamente la presencia de los árbitros permanentes, consideramos necesaria la participación, como mínimo, de uno de los representantes por la razón, bien apuntada por DELGADO PORRAS, A., *op.cit.*, pág. 1019, de que si para la adopción de un acuerdo de menor entidad se requiere tal participación con mayor razón para la emisión del laudo final.

LÓPEZ SÁNCHEZ, el presidente de la Comisión tiene un papel preponderante como mediador durante este momento del *iter*, y de una simple mediación se trataría, si no fuera por la necesidad de que el presidente formule «propuesta de laudo» y lo eleve a la Comisión⁷⁹⁸. Nada tiene que ver con el supuesto del art.158 LPI sobre cable, donde se realiza una auténtica mediación a la que el legislador le ha querido atribuir los efectos propios del arbitraje ritual, dando un quiebro legislativo entre la esencia de una institución y los efectos que a ella se le atribuyen. Es una mediación a cuyo resultado se le exige ser aprobado por el órgano colegiado dotado de autoridad para decidir con los caracteres propios de las sentencias judiciales. En definitiva, nunca deja de ser una heterocomposición, simplemente existe un trámite mediatorio o aproximador de las partes que facilita al tribunal una propuesta de resolución, pero no le vincula.

En segundo lugar, es posible que no se llegue a ningún acuerdo entre las partes. Para que el Presidente de la Comisión llegue a tal convicción, es necesario que exista cierta constancia de que esas «cuestiones han sido suficientemente debatidas y que el acuerdo entre las partes no resulta posible» (art.16.1 RD). Cuando compruebe esta falta de voluntad de entendimiento, acuerdo o transacción, le corresponde al árbitro el poder para cerrar dicha fase y convocar al resto de la Comisión, con el fin de que ante ella se fijen las posiciones definitivas de las partes, «sobre la base de (las cuales), así como de lo actuado con anterioridad, el presidente elaborará una propuesta de laudo que someterá a votación de la Comisión» (art.16.2 RD). Es decir, que la falta de acuerdo da vía libre al presidente para poner fin al procedimiento arbitral, sin perjuicio de las pruebas que, bien el árbitro o las partes, estimen oportuno practicar.

Una última duda la pone de manifiesto LÓPEZ SÁNCHEZ, cuando afirma que «el procedimiento establecido supone hacer eficaces las previsiones del

⁷⁹⁸ Aunque el reglamento regulador del procedimiento de mediación ante la CMAPI no ha sido desarrollado, la LPI reconoce que la CMAPI puede presentar propuestas a las partes en conflicto y si nada dicen al respecto en el plazo de tres meses, dicha «resolución (...) surtirá los efectos previstos en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (...)» (art.158.1).

artículo 12 («no obstante, la inasistencia o inactividad de cualquiera de las partes no impedirá el desarrollo del procedimiento ni que se dicte laudo ni le privará a éste de su eficacia»). Recuérdese –dice el citado autor- que el artículo 17 del Real Decreto establece que para que la Comisión quede válidamente constituida será necesaria la asistencia de la mayoría de sus miembros. Si las partes deciden no comparecer en el procedimiento arbitral y negociar al margen de la Comisión, es lógico aventurar que los representantes de las mismas no asistirán a las reuniones de la Comisión: el procedimiento deviene absolutamente ineficaz porque, en tal caso, será imposible la adopción del acuerdo»⁷⁹⁹. No creemos que tal situación pueda darse si nos atenemos al RD en cuestión.

Al tratar el tema de la designación de representantes, precisamos el carácter obligatorio que tenía su participación para que la Comisión se pudiera constituir, se hacía necesaria la participación de –como mínimo- uno de estos (art.17); por su lado, tampoco el procedimiento arbitral puede dar comienzo sin la intervención de una parte representante (art.11). En definitiva, pretendemos sostener que una de las partes ha tenido que proceder a formular designación pues, de otro modo, no hubiera dado comienzo el procedimiento arbitral y no se hubiera llegado a esta fase *intraprocesal* de avenencia⁸⁰⁰, de forma que, ahora el representante designado que aceptó el cargo, puede incurrir en responsabilidad si no cumple fielmente con el encargo que se comprometió a desarrollar (art.16 LA).

En conclusión, no puede negociarse al margen de la Comisión pues el representante de parte se encuentra bajo la obligación de fallar.

⁷⁹⁹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *op.cit.*, págs. 380 y 381.

⁸⁰⁰ No se trata de una simple mediación que se da ante los miembros permanentes de la CMAPI sino de una suerte de mediación elevada a heterocomposición al requerir de mayoría simple la votación del resultado del acuerdo ante la CMAPI.

F. Fase probatoria

A tenor del artículo 14 RD «en cualquier momento del procedimiento la Comisión, a iniciativa de los árbitros o de las partes, podrá acordar la práctica de pruebas que estime pertinentes», con el fin de poder llegar al convencimiento sobre los hechos y la situación jurídica digna de tutela; para ello el órgano arbitral puede servirse de la apertura y práctica de un periodo de prueba y, llegado el caso, incluso del auxilio judicial para su práctica.

Se trata también de un arbitraje ritual que garantiza unos trámites procesales mínimos para que la decisión tenga efectividad y, por ello, resulta de aplicación el sistema de la LEC. Todo lo argumentado al tratar la prueba en el arbitraje general, lo consideramos ahora aplicable, tanto lo que se refiere a principios, medios de prueba, procedimiento y auxilio judicial a la práctica de las mismas.

También en el arbitraje ante la CMAPI se advierte una matización en el *principio dispositivo* en favor de cierta *oficialidad*, de modo que se admite, la vigencia simultánea del principio de *aportación de parte e investigación oficial*⁸⁰¹. La Comisión aparece dotada de los poderes necesarios para averiguar la verdad material, a partir de los hechos y fuentes aportados por las partes al proceso.

Las pruebas, para que surtan el efecto de convencer a la Comisión, deben ser admitidas en derecho, y pertinentes, sin que quepa intentar la anulación del laudo

⁸⁰¹ Recordemos la posición mantenida por algunos autores por la cual se confirma esa tendencia a concebir en el órgano decisor ciertas facultades materiales de dirección del proceso sin que ello suponga la negación del principio dispositivo pero sí una afirmación rotunda del principio de investigación oficial. A favor de dicha compatibilidad, véase MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Civitas, 1996, pág. 317 y GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho Jurisdiccional II*, op.cit., pág. 266. Esta novedad también la encontramos en el art.29.b) Ley General de la Publicidad o el art.26 Ley de Competencia desleal, vid. LORCA NAVARRETE, J.M., «Cuestiones procesales relativas a la publicidad ilícita», *La Ley*, 1989, pág. 1096 y BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, 1998, pág. 278.

por la denegación de alguna de éstas⁸⁰². Entretanto, el secretario debe dejar constancia de todo lo actuado teniendo en cuenta la posibilidad de sustitución de los miembros de la Comisión que admiten el RD y la LA, y el carácter matizado que el principio de *mediación* adquiere en el procedimiento arbitral (art.28 LA)⁸⁰³.

Igualmente, los medios de prueba que cabe proponerse en este arbitraje deben ser aquellos admisibles en Derecho, siempre que sean pertinentes y lícitos, sin que exista un *numerus clausus* atendiendo al especial objeto de controversia de que se trata. Los poderes de los miembros de la Comisión son limitados, de forma que, allí donde no alcance ésta en materia de prueba, deberán acudir al auxilio judicial del Juez de Primera Instancia del lugar donde deba practicarse la diligencia probatoria⁸⁰⁴.

Cabe resaltar del tenor del RD el carácter *sine tempore* de esta fase probatoria⁸⁰⁵. El reglamento estima que la Comisión, tanto a instancia de parte o de los árbitros, podrá acordar la práctica de una prueba en cualquier momento del procedimiento, incluso en fase de conclusiones, sin perjuicio de las posibles prórrogas que las partes en conflicto realicen de mutuo acuerdo. Si una de ellas presenta unilateralmente una prueba fuera de plazo, la Comisión podrá admitirla,

⁸⁰² Es numerosa la jurisprudencia que confirma la imposibilidad de anulación de un laudo arbitral basada en el art.45.2 LA por quiebra del derecho a ser oído al no ser admitida una prueba por impertinente. Véase SAP Barcelona 11 noviembre 1996, TAB núm.9, pág. 74; SAP Sevilla 18 enero 1993, RCEA 1994, pág. 248 y SAP Valencia 22 de junio de 1994, RCEA 1995, pág. 261.

⁸⁰³ Art.28 «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 considerara suficientemente informado por la lectura de las actuaciones».

⁸⁰⁴ Recordemos que, a tal respecto, nos decantábamos por una primacía del artículo 43 sobre el 27 LA, de forma que no correspondía auxiliar al Juez de Primera Instancia del lugar de celebración del arbitraje, sino del lugar donde deba hacerse la citación o practicarse la diligencia probatoria.

⁸⁰⁵ Incluso nos mostramos partidarios de admitir la práctica de una prueba anticipada, conforme a los arts.502 y 545 LEC, según se afirmó al trata el capítulo dedicado al arbitraje general. En este caso, al ser posible que no se encuentre designada la Comisión, no encontramos óbice alguno a que, por razones de premura temporal que suelen acompañar a este tipo de pruebas. Será suficiente con que se levante acta de dicha actuación por el Secretario y que se respete el principio de contradicción.

pues debe tender a buscar la verdad material, pero le dará el valor que estime oportuno y siempre respetando el principio de contradicción⁸⁰⁶.

Junto a esto, cabe plantearse a qué se refiere el legislador cuando dice que la Comisión podrá practicar una prueba a instancia de los *árbitros*: ¿Se refiere con exclusividad a los *árbitros* permanentes o, por el contrario, cualquiera de sus miembros pudiera proponer la práctica de la misma?. Por nuestra parte, carece de sentido no permitir a los *árbitros* representantes la petición y práctica de prueba durante el procedimiento, a pesar de la oscuridad del precepto donde se contraponen a la vez los sujetos «Comisión» y «*árbitros*».

G. Conclusiones

En el proceso arbitral ante la CMAPI, el Presidente ha tenido un contacto directo e inmediato con las partes durante las sesiones en la que haya tenido lugar el intento de avenencia. Una vez cerciorado éste de que no ha lugar a obtener un acuerdo, «convocará a la Comisión para que las partes formulen sus posiciones definitivas» (art.16.1 RD). Es decir, a la vista de los posibles encuentros mantenidos por éstas y la práctica de pruebas, pueden haberse modificado sus posturas y por esta razón se les cita para que formulen sus conclusiones. La apertura de esta fase es obligatoria para el *árbitro*, no queda a su voluntad conforme acontecía en la Ley de Arbitraje (art.29), y será igualmente de aplicación toda la normativa de la LEC.

Atendida la aplicación supletoria de la LA y la última tendencia jurisprudencial, es posible que la Comisión admita alegaciones extemporáneas siempre y cuando no se altere el objeto del proceso y se respete el principio de contradicción⁸⁰⁷.

⁸⁰⁶ SAP Valencia 22 junio 1994, RCEA 1995, pág. 261 y SAP Almería 11 mayo 1992, RCEA 1993, pág. 157.

⁸⁰⁷ «Los *árbitros* no pueden traspasar los límites objetivos del convenio pero tampoco se hayan viculados por una exégesis literalista y restrictiva, pudiendo resolver no sólo las cuestiones consignadas

H. *El laudo arbitral*

El resultado de toda la actividad de la Comisión debe desembocar en un laudo definitivo y dictado, como máximo, en el plazo de seis meses desde la admisión del conflicto. Si el *iter* arbitral no se desarrolla conforme a los mínimos legal y reglamentariamente establecidos, puede anularse el laudo, pues éste no es más que un reflejo de toda la actividad desarrollada ante la CMAPI.

a. La formación interna del laudo y la firma del mismo

El artículo 16 del RD otorga competencia al presidente de la Comisión para que, a la vista de las posibles pruebas practicadas y las posiciones definitivas a las que lleguen las partes, formule propuesta de laudo. Ésta no tiene mayor valor que el de simple «propuesta», y para llegar a ser eficaz, requiere de una voluntad conjunta que lo confirme. Recordemos que la CMAPI es un órgano colegiado dentro de la Administración y, cualquier resolución dimanante de ésta, deberá observar este tipo de formación de voluntad compleja.

Para ello, la Ley distingue entre simples «acuerdos» que, aunque adopten la forma de laudo, no lo son en su formación interna⁸⁰⁸, y «laudos», que son de carácter definitivo y resuelven la controversia. Para la emisión de estos se «requerirá la asistencia de todos los árbitros. Será escrito y motivado y deberá resolver las cuestiones planteadas por las partes en el ámbito de las competencias propias de la Comisión» (art.19 RD).

en el convenio sino también las que deban considerarse comprendidas en el mismo por inducción necesaria de sus palabras» SAP Pamplona 24 diciembre 1996, RGD 1997, pág. 13710. Si a esta afirmación le añadimos la reiterada admisión de alegaciones y prueba incluso en fase de conclusión (SAP Almería 11 mayo 1992, RCEA 1993, pág. 157) debemos concluir que «el art.25 LA únicamente impone al árbitro la obligación de fijar a las partes plazos preclusivos para formular alegaciones», que estos son improrrogables de oficio pero que ello no es óbice a la admisión fuera de plazo de una alegación que no modifique el objeto del proceso.

⁸⁰⁸ Para la adopción de un acuerdo basta con que exista mayoría «requiriendo, en todo caso, el voto favorable de al menos dos árbitros» (art.18.2 RD). Parece que podemos identificarlos con nuestras resoluciones interlocutorias, en cuanto sirvan para dirigir formalmente el proceso.

Se trata de un sistema de mayorías donde se requiere, necesariamente, de la asistencia y votación de los miembros de carácter permanente. Pero esta terna no es suficiente para obtener tal mayoría y, como mínimo, deberá obtenerse el voto de uno de los representantes de las partes (arts.17 y 19 RD). Cada miembro de la Comisión tiene derecho a votar, teniendo en cuenta que, al igual que acontecía en el arbitraje de la LA, el voto del Presidente deshace los empates y, de no haber «acuerdo mayoritario, el laudo será dictado por el presidente» (art.34 LA). Se ha criticado el protagonismo que el presidente de un tribunal arbitral puede asumir a la hora de dictar laudo⁸⁰⁹, y dicha crítica toma mayor sentido al estudiar la CMAPI, por su vocación colegiada. Pero somos conscientes de que es la única forma de garantizar el éxito del arbitraje. El problema surge al observar que, debido a este sistema de mayorías –donde junto a la terna de árbitros permanentes basta con la intervención de un representante-, es posible que, en ocasiones, el presidente tenga que hacer uso de esa potestad para dictar el laudo, por tratarse de un tribunal par⁸¹⁰. Y esto no es contrario al tenor de la LA, pues, en este caso, son las partes las que, haciendo uso de su derecho a nombrar un representante en la Comisión, disponen de él, algo perfectamente plausible y acorde con el principio dispositivo.

Aunque guarda silencio el RD en torno al voto discrepante, también creemos posible la aplicación supletoria del art.33 LA. Si el laudo debe ser motivado a tenor del art.19.1 RD, se debe permitir al árbitro que discrepe de la mayoría que exponga las razones de esa falta de adhesión, pues para el árbitro su pronunciamiento en el laudo no sólo constituye una obligación, sujeta a responsabilidad, sino un derecho a ejercer su poder de decisión. La falta de firma de un árbitro se entenderá que se adhiere a la decisión de la mayoría (art.33 LA).

⁸⁰⁹ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «Formación, contenido y efectos del laudo arbitral en la Ley Española de Arbitraje», *RCEA* 1988-1989, pág. 99.

⁸¹⁰ No obstante la prohibición del artículo 13 LA en torno al carácter par de el órgano arbitral, debemos advertir que esta situación no quiebra tal exigencia de la Ley de Arbitraje, pues la configuración legal del RD regulador de la CMAPI aboga por ese carácter impar de la Comisión desde el momento que

b. El lugar y la fecha

Nos encontramos ante dos precisiones básicas que deben figurar en el laudo arbitral que dicte la Comisión. Mediante la determinación del lugar queda establecida la competencia objetiva, funcional y territorial de los diferentes órganos jurisdiccionales que pueden intervenir durante o tras un procedimiento arbitral (arts.38 a 44 LA). Mediante el señalamiento de la fecha, puede saberse si el laudo es nulo por haberse dictado sin poder de decisión, así como a partir de qué momento es anulable y ejecutable.

El *plazo* del que dispone la CMAPI para dictar el laudo es de seis meses, a contar desde el acuerdo de admisión del conflicto por la terna de árbitros permanentes o desde el día en que se produjo la última de las sustituciones; contrariamente a lo que dispone la LA, éste «sólo podrá ser prorrogado por el Presidente, por resolución motivada y previa audiencia de ambas partes, por un máximo de tres meses» (art.20.2 RD). La situación es la siguiente: Si bien el RD deja claro que las partes no pueden abrir ellas formalmente una prórroga sin el consentimiento del presidente, ¿cabría que éste lo abriera en contra de la voluntad de las partes? De considerarlo de otra forma, se haría necesario un consentimiento conjunto de partes y Presidente, lo cual se hace difícil.

Respecto de lo que se refiere al *dies ad quem* será aquel en que se notifique la decisión arbitral a las partes, contando con que, en este caso, no es necesaria la protocolización notarial de la misma. La prórroga deberá hacerse por escrito y motivadamente.

A falta de mayor precisión del RD, para el cómputo de dichos plazos deberá considerarse de carácter procesal, salvando siempre la opción por la que pudiera

propone tres árbitros de tipo permanente y hasta cuatro de naturaleza representativa. Por tanto, se respeta tal exigencia.

decantarse la autonomía de la voluntad de las partes⁸¹¹. El transcurso del plazo para dictar laudo sin hacerlo deja expedita la vía judicial, sin perjuicio de las responsabilidades que se pudieran derivar con posterioridad.

c. La motivación del laudo y otras menciones

Siguiendo con la obligación de motivación que se desprende de la CE y la LA (arts.120.3 y 32.2, respectivamente), el RD exige en los mismos términos que se razone el sentido de la decisión de la Comisión, tanto cuando se trate de un arbitraje de derecho, como de equidad⁸¹². La falta o patente insuficiencia en la misma habilitaría a la parte para obtener la anulación del laudo arbitral.

Por último, para que el laudo dictado por la Comisión llegue a ser vinculante y ejecutivo debe contener los siguientes extremos. Por un lado, deberán expresarse las circunstancias personales de las partes a las que afecta el laudo, así como los árbitros y representantes que intervinieron en su emisión⁸¹³. Junto a esto, y con carácter imprescindible, encontramos que la Comisión debe realizar una delimitación más o menos precisa de la controversia sobre la que recae el pronunciamiento *congruente*, así como aquellas pruebas que consideró pertinentes y sobre las que basó su decisión.

Una última mención procesal que parece aconsejable es la de especificar si existe posibilidad de interponer recurso, a quién le corresponde conocerlo y el plazo para impugnar. No se trata de un contenido obligatorio, pero se hace aconsejable si el legislador ha reconocido un derecho al recurso contra el laudo de la Comisión.

⁸¹¹ SAP Madrid 6 octubre 1997, RCEA 1998, confirma que «el plazo no es civil sino procesal, lo que conlleva el descuento de los días inhábiles...». Véase en este mismo sentido, SSAP Madrid 1 julio 1994 y 30 abril 1996.

⁸¹² Acertadamente, el legislador ha exigido tal requisito a la Comisión sin restringir tal requisito a los laudos dictados en Derecho, conforme acontecía en el art.32.2 LA.

⁸¹³ No obstante, siguiendo a LORCA NAVARRETE, J.M., *Manual de Derecho de Arbitraje*, Dykinson, 1997, pág. 992, se trata de un mínimo no necesario si del contexto del laudo pudieran extraerse tales circunstancias.

También existen unos contenidos de tipo económico. Aunque este arbitraje es gratuito, no por ello pueden derivarse ciertos gastos. Nos referimos a los que se deducen de la práctica de la prueba, las notificaciones, o cualquier otro gasto debidamente justificado; parece claro que un peritaje, la expedición de documentos oficiales, etc. pueden generar unos gastos que, a tenor del artículo 14.2 RD, deberán «ser satisfechos por quien la haya solicitado o ambas partes a prorrata cuando haya sido propuesta por los árbitros, salvo que en la decisión arbitral hubiese expresa condena en costas a una de las partes». Ésta última tan sólo parece concebirse para los casos en los que pudiera haber mediado mala fe o temeridad⁸¹⁴ pues, de otra forma, no se entiende si se trata de un arbitraje gratuito. Los miembros permanentes de la Comisión recibirá sus honorarios por la Administración, pues por ella han sido designados; respecto de los representantes, también nos parece que deba hacerse cargo de sus honorarios a ésta, puesto que, en definitiva, la gratuidad recae sobre el arbitraje de la CMAPI y, miembros de ésta, lo son también, con independencia de quien los nombre.

d. La obligación de congruencia

Partiendo de la relación procesal establecida, los miembros de la Comisión deberán ser congruentes en su decisión con las peticiones formuladas por las partes, en consonancia con el principio dispositivo y el derecho a acceder al arbitraje de la CMAPI que pueden tener los titulares de ciertos derechos de propiedad intelectual. Por ello las partes podrán anular el laudo «cuando los árbitros hayan resuelto –o hayan omitido un pronunciamiento- sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque no lo hubiesen sido, no puedan ser objeto de arbitraje» (arts. 45.4 LA y 19.2 RD), pues la congruencia representa para las partes, la base del proceso dispositivo y, para los árbitros, el alcance del poder que a ellos le han otorgado las partes.

⁸¹⁴ Art.35 LA.

La especial naturaleza del arbitraje le dota a dicha obligación de ciertos matices. Como afirma alguna jurisprudencia el «principio de congruencia (requiere) el ajuste del fallo a las pretensiones que no ha de ser automático y literal, sino armónico, racional y flexible, de modo que basta guardar sometimiento a la sustancia de lo pedido, sin que sea necesaria una conformidad rígida y estricta con las pretensiones ejercitadas, debiendo extenderse, por otro lado, a las consecuencias lógicas y naturales de lo pedido»⁸¹⁵. Y tal afirmación debe de ser aplicable al laudo dictado por la Comisión, tanto en derecho como en equidad⁸¹⁶.

e. No necesidad de protocolización

A tenor del art.19.2 el laudo resultante, llegado a este punto, «tendrá carácter vinculante y ejecutivo para las partes y será impugnabile y ejecutable conforme a la Ley de Arbitraje», sin necesidad de protocolización (Disposición Adicional Primera LA). La simple notificación a las partes, se fijará como el *dies a quo*, a efectos de una posible impugnación y, transcurrido dicho plazo, se convierte en *firme*, procediéndose, en su caso, a su ejecución.

La no necesidad de protocolización del laudo responde a esa especial protección otorgada a través de la actividad administrativa arbitral⁸¹⁷.

El Secretario de la Comisión, en cuanto funcionario del Estado, puede dar fe y elevar a documento público la actividad llevada a cabo por ésta.

⁸¹⁵ Véase la SAP Oviedo de 31 octubre 1997, RCEA 1998 y también *Vid.* CORDÓN MORENO, F., «El arbitraje en el Derecho Español», *op.cit.*, págs. 116-118.

⁸¹⁶ Respecto a los aspectos relativos a la obligación de congruencia, véase lo dicho en rel.pro.arb.118

⁸¹⁷ En palabras de LORCA NAVARRETE a «una base sustantiva propia de amplia proyección social, tipificadora de un arbitraje institucional de carácter público-administrativo», *Derecho de Arbitraje...*, *op.cit.*, pág. 172.

f. Efectos del laudo

El laudo adoptado por la Comisión es vinculante y ejecutivo y será impugnabile y ejecutable conforme a lo establecido en la Ley de Arbitraje (art.19.2 RD) y gozará de todos los efectos propios de la heterocomposición. Al resultado de la función declarativa que realizan los miembros de la CMAPI se le otorga, por tanto, la *eficacia de cosa juzgada*, impidiendo que otro órgano, jurisdiccional o arbitral, vuelva a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Esto ocurre, tanto cuando el laudo proviene de la voluntad colegiada de la Comisión, como cuando las partes llegan a un acuerdo y, seguidamente, el presidente lo somete a la mayoría de la Comisión.

El laudo emitido y notificado por la CMAPI a las partes será *definitivo* y se encontrará sujeto al recurso de aclaración y de anulación. Solamente, una vez transcurridos los 10 días siguientes a la notificación del laudo (o de su aclaración), sin que haya mediado recurso o, de haberse interpuesto, tras la notificación de la sentencia denegatoria por la Audiencia Provincial, el laudo arbitral devendrá *firme*. Corresponde a la parte favorecida por éste, instar a su cumplimiento voluntario o, en su caso, a la ejecución forzosa del laudo por el Juez de Primera Instancia.

g. Recurso de aclaración

El RD guarda silencio en torno a la posibilidad de que las partes pidan la aclaración del laudo arbitral dictado por la Comisión pero, por aplicación supletoria de la LA, lo hacemos extensible⁸¹⁸.

El laudo de la Comisión será invariable en cuanto al fondo, y cualquier cambio debe restringirse al tenor literal del precepto. Se intenta, a través de este mecanismo acabar con posibles recursos de anulación que no atiendan a la falta de esos mínimos imprescindibles en el laudo sino a simples deficiencias como las

aludidas. Nada obsta a que sean los árbitros de oficio los que decidan formular tal aclaración a la luz de algún tipo de incorrección, puesto que su deber de diligencia se encuentra en tela de juicio⁸¹⁹. Dicho esto, «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. Los árbitros resolverán dentro de los diez días siguientes (...) y harán que notifique fehacientemente a las partes. Si en el plazo señalado no hubiesen resuelto se entenderá que deniegan la petición» (art.36 LA). El computo de este plazo es procesal, teniendo en cuenta la tendencia jurisprudencia a admitir la aclaración fuera de tiempo sin que sobre ella pueda recaer la eficacia de cosa juzgada⁸²⁰.

h. La impugnación del laudo

A tenor de los arts.3 y 19 RD, para la impugnación del laudo arbitral se estará a lo dispuesto en el Título VII de la LA. Partiendo de la postura mixta que en torno al arbitraje mantenemos en este trabajo, el laudo sólo será revocable por tres grupos de causas tasadas por la LA, como son, las que afecten al convenio, la relación procesal con los árbitros, al orden público y al procedimiento. No se trata de una nueva instancia sino de un ajuste a la realidad procesal y al principio dispositivo y, en ningún caso puede entrarse a conocer sobre el fondo y suplir la voluntad expresa de las partes de someter su controversia a arbitraje.

Si mantenemos la inmodificabilidad del lugar de celebración de este arbitraje, corresponde a la Audiencia Provincial de Madrid conocer de este recurso, en los diez días siguientes a la notificación del laudo o de la aclaración del mismo. Mediante escrito motivado, al que acompañarán el laudo y demás documentos

⁸¹⁸ Vid. también los arts.214 y 215 LEC/2000.

⁸¹⁹ Vease la afirmación de RIVERO HERNÁNDEZ en rel.pro.arb.237

⁸²⁰ SAP Barcelona 30 noviembre 1994, RCEA 1995, pág. 293.

pertinentes, las partes incoarán este procedimiento; interrumpiéndose el *dies a quem* de la firmeza del laudo y de su eficacia de cosa juzgada.

El procedimiento ante la Audiencia no varía por tratarse de un arbitraje celebrado en la sede de la administración, por lo que en nada dista de lo dicho en el apartado dedicado al arbitraje general. También los motivos por los que se puede recurrir un laudo de la CMAPI, en cuanto arbitraje ritual, son invariables.

Un factor a tener en cuenta durante esta fase es el cautelar, al hacerse extensivo el alcance del art.50 LA. En esta materia habrá que tener en cuenta los derechos que están en entre dicho y sus indiscutibles usuarios.

i. La ejecución del laudo

El laudo es eficaz desde la notificación quee las partes, bien si no medió recurso de anulación, o de haber mediado, tras notificada la resolución de la Audiencia Provincial. Llegado este momento, corresponde al Juez de Primera Instancia de Madrid ejecutar el laudo firme de la CMAPI, sin perder de vista que al existir una fase de avenencia obligatoria, es muy posible encontrarse con un cumplimiento voluntario.

El procedimiento ante el JPI es idéntico al estudiado en el arbitraje general, que a su vez, remite a la LEC, y dicha ejecución puede ser denegada por las mismas causas que allí se estudiaron.

I. *La adopción de medidas cautelares durante el arbitraje*

La CMAPI, conforme a los postulados del arbitraje, no tiene potestad para adoptar medidas cautelares. Sin embargo, desde la entrada en vigor de la LEC nada obsta a que se adopten antes, durante o tras un procedimiento arbitral ante

ésta.⁸²¹. Hoy se establece una clara colaboración entre órganos jurisdiccionales y arbitrales a favor del derecho a obtener la tutela cautelar arbitral, que representa un indubitado incentivo para que las entidades de gestión, de radiodifusión y asociaciones de usuarios sometan la dificultad de esta materia a este arbitraje especial.

La competencia objetiva para adoptar la medida la tendrá el Juez de Primera Instancia del lugar donde el laudo deba ser ejecutado o, en su defecto, el del lugar donde tales medidas cautelares deban surtir su efecto (art.724). En los demás extremos, rige en su totalidad lo dispuesto en la LEC en relación con esta materia.

J. La situación en derecho extranjero: el supuesto inglés

En nuestro entorno internacional no encontramos una clasificación similar a los procedimientos que pueden entablarse ante la CMAPI, pero existen, aún así, ciertas similitudes que debemos poner de manifiesto.

A excepción del derecho anglosajón, que establece un amplio marco de actuación para el *Copyright Tribunal* y los usuarios de los derechos de propiedad intelectual, los demás ordenamientos de derecho continental restringen sus funciones y procedimientos, en mayor medida, a la materia de determinación e impugnación de tarifas, como medio indirecto de control de las entidades de

⁸²¹ Las reivindicaciones doctrinales en la materia ha sido puesto de manifiesto durante mucho tiempo por ARTUCH IRIBIERRI, E., «La solicitud de medidas cautelares ante el Juez nacional de acuerdo con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: Precisión de su significado y de las relaciones con un procedimiento arbitral en curso», *La Ley*, núm.4704, 31 diciembre 1998, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, McGraw-Hill, 1996, POCH SERRATS, J., «Las medidas cautelares en el arbitraje», *Tribunal Arbitral de Barcelona*, núm.7, pág. 53, MUÑOZ SABATÉ, LI., «Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas», *op.cit.*, pág. 731; CUCARELLA GALIANA, L., «Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la Jurisprudencia reciente», *Tribunales de Justicia*, 1997, 3, pág. 314, ORTELLS RAMOS, M., y CALDERÓN CUADRADO, P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*, Comares 1996, pág. 32, BARONA VILAR, S., *Las medidas cautelares en propiedad industrial*, Comares, 1995, págs. 14 y ss., y mi artículo «Las medidas cautelares durante la pendencia de un arbitraje interno o internacional», *RVDPA T.XI* mayo 1999.

gestión. Esto no significa que no exista posibilidad de arbitrar dichas controversias conforme a las Leyes de Arbitraje general de sus respectivos ordenamientos, sino que el legislador no confeccionó un sistema de tutela arbitral especial o privilegiada para la propiedad intelectual.

Pero incluso en estos casos, no consideramos que podamos encontrar una identidad con nuestro procedimiento tarifario (arts.20-29 RD), principalmente, por varias razones: 1) Porque nuestro procedimiento especial destinado a impugnar las tarifas, tiene notas de provisionalidad; 2) Porque depende de un procedimiento general posterior; 3) El grado de control que se le encomienda a la CMAPI a través de este procedimiento es muy inferior al que se desprende de los procedimientos en derecho comparado.

A pesar de estas distancias, nos parece necesario dar tratamiento al sistema establecido en el *derecho inglés*, por la proximidad existente en relación con el procedimiento de la CMAPI estudiado. El art. 149 de la *Copyright, Patent and Desing Act* de 1988 resulta claro al establecer los diferentes ámbitos competenciales del Tribunal sobre la impugnación de acuerdos marco (arts.118-120), autorizaciones y tarifas concretas dentro de un contrato o acuerdo general (arts.121-122), las autorizaciones *ad hoc* otorgadas por las entidades de gestión (arts.125-127), dichas licencias cuando se trate de transmisiones por cable o satélite (arts.135D-135E), impugnación de tarifas en general (art.139), remuneración equitativa por alquiler de derechos (art.142), impugnación de los términos de una licencia para uso de una obra objeto de *copyright* (art.144) y, por último, para la determinación del *royalty* a pagar para el denominado *Hospital for Sick Children*. De todas ellas son tres las que nos interesan y a las que debemos prestar atención, aunque sea a modo aproximativo⁸²².

Auto APCádiz, 12 junio 1992, (RVDPA, septiembre 1992, pág. 432) y también CUCARELLA GALIANA, L., *op.cit.*, pág. 317.

⁸²² Reglamento del *Copyright Tribunal* de 1989, SI 1989, núm.1129, modificado por el Reglamento 1991, SI 1991, núm.201.

1) En primer lugar, existe un procedimiento tendente a impugnar los acuerdos marco o *Licensing Schemes* (arts.117-124 de la Ley y 3-19 del Reglamento), relativos a los derechos de *copyright* sobre obras literarias, artísticas, dramáticas y musicales, derechos vecinos, así como derecho de remuneración por alquiler de obras⁸²³.

- Se trata de un verdadero procedimiento arbitral, donde al árbitro se le dotan incluso de poderes de actuación de oficio para otorgar nuevas directrices durante el *iter* procedimental, modificar plazos, etc. (art.12 Reglamento). Es eminentemente oral y rogado (art.3 Rto.), basado en la contradicción (arts.118 Ley y 3.3 y 10 Rto.).

- Bajo el título de *Further Refences* el Reglamento del tribunal permite un tratamiento *a limine* de aquellas cuestiones de legitimación, «representatividad» de las asociaciones de usuarios, etc. (arts.120-122 de la Ley y 6-8 del Rto.).

- El procedimiento arbitral da comienzo mediante la celebración de una conferencia preparatoria oral, donde el presidente del tribunal fijará las directrices que considere oportunas para dirigir el procedimiento, siempre en aras de la economía y celeridad procesal. Se fijará pues extremos tales como lugar, fecha de celebración de las audiencias, presentación de documentos y alegaciones escritas, *thema decidendi*, posibles pruebas, discusión del poder por el que interviene un tercero en el procedimiento, etc.

Es aconsejable la acumulación de procedimientos cuando se trata de impugnaciones de autorizaciones y tarifas del mismo tipo, aunque las partes demandantes y demandadas sean diferentes, pues el resultado debe ser similar si de los mismos acuerdos marco se trata. También debemos señalar que es admitido el desistimiento en cualquier momento del procedimiento antes de dictar el laudo, con la consecuente imposición de costas, y sin perjuicio de que,

⁸²³ GROVES, P, *Copyright and Design Law, op.cit.*107.

en los 14 días siguientes a tal dejación, la otra parte se convierta en demandante (art.16 Rto.).

Llegada la vista oral, las partes tienen derecho a ser oídas y defenderse, presentar las pruebas que estimen oportunas, llamar a testigos, dirigirse en todo momento al Tribunal, nombrar representantes siempre y cuando no se dilate el procedimiento innecesariamente y se le dote de poder suficiente para actuar (arts.14 y 15 Rto.). La decisión del *Copyright Tribunal* será escrita y motivada y se dará notificación de la misma a las partes y a los organismos públicos correspondientes encargados de inspeccionar y controlar la materia. Contra la misma cabrá su impugnación ante la *High Court* inglesa o la *Court of Session* en el caso escocés (art.42 Rto.).

2) En segundo lugar, puede que el objeto de impugnación sean las licencias y tarifas otorgadas *ad hoc* por circunstancias especiales y, por tanto, más allá de lo establecido en un acuerdo marco. Nos referimos a las denominadas *non-scheme Licences* (arts.125-128 Ley y 20-23 Rto.).

Se trata de aquellos derechos de gestión colectiva que afectan al *copyright*, derechos vecinos y derechos de alquiler, pero que han dado lugar a una negociación para el caso concreto, por tratarse de grupos que gozan de unos intereses muy concretos como podría ser un colegio o un centro de investigación. A través de este procedimiento se impugnan estos acuerdos marco específicamente creados para ellos. Es muy similar al indicado con anterioridad, salvo lo que se refiere a ciertas especialidades sin transcendencia que vienen determinadas por el carácter presente o futuro de las condiciones impugnadas.

3) En tercer término, existe la posibilidad de que el *Secretary of the State*, es decir, desde la Administración, se emita una orden que habilite a los usuarios de derechos para que procedan a la correcta explotación de una licencia obligatoria o *statutory licences*, cuando el usuarios del repertorio no haya llegado a un

acuerdo con la entidad de gestión en cuestión. El Tribunal será responsable de decidir todas las cuestiones relativas a la cantidad remuneratoria que deben satisfacer los usuarios, extensión de la licencia, etc. La imposibilidad de acudir ante este secretario impediría el ejercicio legal de la actividad económica de los explotadores de obras (arts.24-26 Rto.). En estos supuestos el procedimiento es prácticamente idéntico al establecido con anterioridad.

7. El procedimiento especial sustitutorio de las tarifas generales

Junto al procedimiento general de arbitraje del RD existe, una segunda previsión especial, para los supuestos en los que se pretenda solventar los conflictos que surjan en materia tarifaria.

Las entidades usuarias de los derechos de propiedad intelectual pueden no estar de acuerdo con las tarifas establecidas por la entidad de gestión y tienen derecho a impugnarlas con el fin de que sean modificadas. Incluso podría darse el caso de que la entidad de gestión no hubiera establecido tarifa para el uso de un determinado derecho incumpliendo, por tanto, la obligación del art.157.1.a) LPI. Para estos supuestos parece haber sido creado este «procedimiento especial». Se trata de un derecho-deber al que se encuentran sometidas las entidades de gestión y, en cuanto tal, es aconsejable que sea sometido a ciertos controles pues cualquier abuso en materia de tarifas supone un perjuicio directo para los usuarios de los derechos de propiedad intelectual e indirecto para el autor que se encuentra incluido en el repertorio. Es el denominado *procedimiento para la fijación de una cantidad sustitutoria de las tarifas generales*⁸²⁴.

⁸²⁴ Nomenclatura modificada por el RD 1248/1995, de 14 julio (BOE 4 agosto 1995).

A. *Ámbito*

En el artículo 158.2.b) parece establecerse dos tipos de controversias diferentes⁸²⁵.

a) Por un lado, el establecimiento de «una cantidad sustitutoria de las tarifas generales a los efectos señalados en el apartado 2 del artículo 157»⁸²⁶. Si una parte no se muestra de acuerdo con una tarifa y se niega a pagar, repercutirá negativamente en su negocio de explotación. Para ello el legislador, tomando el ejemplo alemán, creó un procedimiento sustitutivo de las tarifas de tipo *provisional e unilateral* a los únicos efectos de señalar, temporalmente, una cantidad para que la parte realice un pago bajo reserva y, de este modo, poder proceder a la explotación del repertorio (art.158.1.a) LPI).

b) Por otro, el sometimiento a la Comisión «con el objeto previsto en el párrafo a) de este apartado», es decir, para dar solución a los conflictos que puedan surgir en relación con las obligaciones a las que queda sometida una entidad de gestión (art.158.2 a) y 157.1 LPI). A través de éste, se pretende la modificación de las condiciones de dicha autorización para uso de repertorio, cuyas tarifas se discuten. Esta distinción es clave para la comprensión del precepto pues da lugar, no sólo a la puesta en marcha del procedimiento especial, sino simultáneamente también a un procedimiento general arbitral del RD 479/1989⁸²⁷.

⁸²⁵ Art.158.2 «a) Dando solución, previo sometimiento de las partes, a los conflictos que, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo anterior, puedan producirse entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios de su repertorio o entre aquellas y las entidades de radiodifusión. El sometimiento de las partes a la Comisión será voluntarios y deberá constar expresamente por escrito. b) Fijando una cantidad sustitutoria de las tarifas generales, a los efectos señalados en el apartado 2 del artículo anterior, a solicitud de una asociación de usuarios o de una entidad de radifusión, siempre que éstas se sometan, por su parte, a la competencia de la Comisión con el objeto previsto en el párrafo a) de este apartado».

⁸²⁶ El artículo 157 LPI se refiere a la concesión de autorización para el uso de estos derechos, que «se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales».

⁸²⁷ Véase DELGADO PORRAS, A., *op.cit.*, págs. 1021 y 1022.

Cuando la LPI se refiere a la obligación de «crear contratos generales» se refiere precisamente a esto: a acuerdos marco con las asociaciones de usuarios más representativas del sector en las que se fijan las condiciones de remuneración y de sus de derechos (art.157.1.c) LPI). Para acceder a este arbitraje a través de un desacuerdo en materia de tarifas es necesario que la parte que se someta a la Comisión con el fin de que se modifique una tarifa preste también su consentimiento para disponer arbitrariamente de aquellos otros extremos que, eventualmente, decida la parte demandada (entidad de gestión) someter a ésta, abriéndose entonces un procedimiento general simultáneo al denominado especial⁸²⁸ y a los caracteres predicados de éste deberemos de estar.

Existen dos controversias completamente diferentes. Una, la que podríamos denominar «controversia de fondo», es decir, la discusión de los parámetros que han dado lugar ese abuso por la entidad de gestión (art.157.1.c) LPI). La otra, consistiría en un conflicto de tipo económico, como es la fijación de una tarifa sustitutoria, siempre provisional y que habilita a la parte para poder seguir haciendo uso del derecho de explotación del repertorio. La primera es resoluble por vía judicial o ante la Comisión por medio del procedimiento general, con la garantía para la parte de que, en ambos casos, gozará de la eficacia de cosa juzgada. Contrariamente, para resolver la segunda controversia, tan sólo se dispone del procedimiento especial y provisional de la CMAPI, pues ni los propios órganos jurisdiccionales pueden proponer tarifas sustitutorias de las que unilateral y discrecionalmente estipuló la entidad de gestión de derechos, pues es

⁸²⁸ DELGADO PORRAS, A., *op.cit.*, págs. 1021 y 1022, cuando afirma que «Otorgado por dicha solicitante ese sometimiento unilateral («por su parte»), se pone en manos de la entidad de gestión la posibilidad de adherirse a dicha sumisión (también «por su parte», unilateralmente) y de extender, de esta forma, la competencia de la Comisión a la controversia que motiva la puesta en marcha del procedimiento especial, con apertura, simultáneamente del procedimiento general. Queda así muy clara la finalidad seguida por el legislador cuando impuso a las asociaciones de usuarios y a las entidades de radiodifusión ese sometimiento: atraer a la competencia de la CAPI, por esta vía, el mayor número de conflictos en materia de tarifas de las entidades de gestión».

También LÓPEZ SÁNCHEZ, J, *op.cit.*, pág. 381. En similar sentido, MARÍN LÓPEZ, J., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 2206, nota núm.21 y si lo relacionamos con lo que afirma en la pág. 2149.

una competencia exclusiva de ella⁸²⁹. Éstas podrán impugnarse judicialmente pero no obtenerse una modificación provisional de este órgano.

Como la CMAPI tiene una vocación universal, tendente a tutelar todas las facetas de la gestión colectiva, así como, a asegurar los contratos generales celebrados con los usuarios asociados, el RD plasma una única obligación para quien decida poner de manifiesto el abuso de las tarifas de la entidad de gestión; de esta manera, aquel que impone tarifas, deberá someterse igualmente a dicha Comisión con el fin de que se revisen y controlen a fondo estos contratos y acuerdos de donde éstas nacen. De ahí que junto a su solicitud de modificación provisional, se deba presentar el consentimiento de someter a arbitraje los conflictos del art.157 (art.158.2.b) LPI y 22.d) RD).

B. Las pretendida función arbitral

Al tratar el procedimiento arbitral general de la CMAPI, concluimos que se trataba de un verdadera heterocomposición de intereses, celebrada bajo los auspicios de la Administración, como «actividad arbitral administrativa». Ahora encontramos que esa misma Comisión debe resolver, no un tipo de controversias jurídicas, conforme acontecía en el caso anterior, sino que se trata de fijar una cantidad que satisfaga provisionalmente a la parte usuaria de derechos para que pueda consignar y continuar con su explotación. Por esta razón se trata de un procedimiento basado en la equidad (art.27 RD).

Si a esto le añadimos que la decisión arbitral resolutoria «dejará expedita la vía judicial ordinaria para conocer el asunto sometido a la Comisión», la

⁸²⁹ MARÍN LÓPEZ, J., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, págs. 2149 y ss.

En torno a este punto podemos advertir esa especialidad que se predica de este tipo de Comisiones, conforme se observa en Derecho comparado.

conclusión a la que llegamos es que no se trata de un arbitraje, sino que se asemeja, antes bien, a una actividad administrativa⁸³⁰.

Otras razones que avalan dicha afirmación serían, en nuestra opinión, las siguientes. Por un lado, para dar comienzo al procedimiento especial no se requiere de convenio que incluya una voluntad inequívoca y conjunta de sometimiento a la CMAPI, sino que basta con la simple presentación unilateral de un escrito de solicitud (art.22 RD). En segundo lugar porque, a pesar de que le sea de aplicación el procedimiento general con carácter supletorio –y, por tanto, también a la eficacia de cosa juzgada que de este procedimiento se deriva- (art.21 RD), nos encontramos ante un procedimiento que simplemente puede ser dirigido por tan sólo aquellos tres miembros permanentes pues, en este caso, «la falta de designación por la entidad de gestión de (los) representantes o la inasistencia o inactividad de cualquiera de las partes no impedirá, sin embargo, el desarrollo del procedimiento (...)» (art.25.2 RD)⁸³¹; en consecuencia si pretendemos hacer extensible dicha *eficacia de cosa juzgada*, se hace necesario un pronunciamiento expreso por parte del legislador y no una simple remisión supletoria al procedimiento general.

En conclusión, si la decisión que la Comisión emite a través del procedimiento para la fijación de tarifas sustitutorias no produce la *eficacia de cosa juzgada* y es revisable, aunque exista un trámite procedimental garantista, no concurren las notas mínimas para que exista heterocomposición. Por su parte, tampoco goza de los caracteres del acto administrativo donde se ejerza potestad administrativa, sino que se trata, antes bien, de una aplicación de normas de Derecho privado por parte de un órgano administrativo colegiado.

⁸³⁰ Ésta es, por su parte, la naturaleza que tiene este procedimiento en Derecho alemán, suizo.

⁸³¹ Contrariamente, el artículo 12.2 RD establecía dicha eficacia una vez ya nombrado, como mínimo, uno de los representantes sin el cual no daba comienzo el procedimiento arbitral y no podía llegarse a dictar laudo arbitral.

Conviene hacer una última mención. La CMAPI *a priori* parece que tan sólo se responsabiliza de modificar la tarifa si luego se somete a ella la controversia principal; si no es así o no acepta la entidad de gestión, puede que no se considere competente para otorgar una cantidad sustitutoria, pues, sería una cuestión conflictiva o, cuanto menos, delicada para ésta si no se asegura que, la controversia principal va a ser discutida a continuación por vía judicial.

Tal vez, la modificación de las tarifas por ésta incluso sin participación de las entidades de gestión puede constituirse como un medio de presión para que dichas entidades entren a renegociar las tarifas o a discutir las en un procedimiento simultáneo o posterior. Como afirma DELGADO PORRAS «No se nos oculta que quien elaboró el reglamento pensaba en un sumario procedimiento que resolviese cuestiones relativas a las tarifas generales y otro más amplio para la solución de auténticos litigios. Pero tal solución se encuentra en franca contradicción con la intención del legislador de 1987, que no perseguía sino establecer un sistema de mediación, y eventualmente heterocompositivo, que permitiese alcanzar convenios que regulasen las relaciones entre los usuarios y las entidades de gestión»⁸³².

C. Características

Son muy diferentes las notas que podemos destacar durante este *iter* procedimental:

a) En primer lugar, la entidad de radiodifusión o asociación de usuarios de derechos de propiedad intelectual que no estén de acuerdo con la tarifa estipulada por la entidad de gestión, podrá presentar, «al objeto de fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales» un escrito de solicitud donde, por un lado, se establezcan el objeto y razones que motivan a la sustitución de la cantidad estipulada, por otro, se proponga la cantidad determinada o determinable y «en

⁸³² DELGADO PORRAS, A., *op.cit.*, 328.

su caso, el expreso sometimiento a la competencia de la Comisión conforme a lo previsto en el art.158.2.b) LPI, para dar solución al conflicto que, por su parte, hubiera sido planteado por la correspondiente entidad de gestión» (art.22 RD).

Son varias las cuestiones que al hilo de tal precepto se nos plantean. Cabe resaltar, en primer lugar, el carácter unilateral de la solicitud, pues en este supuesto —y con independencia de la actitud de la otra parte—, la Comisión puede proceder a admitir a trámite el escrito⁸³³. Pero en esta ocasión, contrariamente, es posible que la única pretensión que se interpone ante ésta sea la fijación de una cantidad sustitutoria provisional, a efectos de pago bajo reserva, para que le sea atribuida la autorización para explotar el repertorio, y mientras un juez o la CMAPI deciden otra cosa con carácter definitivo. Obtenida dicha cantidad sustitutoria provisional queda expedita la vía judicial (art.28) pero nada obsta a que se interponga demanda de arbitraje ante la CMAPI, conforme al procedimiento general a los fines de conseguir una cantidad sustitutoria definitiva, tras discutirse los conceptos o parámetros aplicables sobre los que se basa la cantidad tarifada o la equidad de la misma⁸³⁴.

La Comisión debe establecer un plazo a la entidad de gestión para que formule sus alegaciones, plazo que será a todos los efectos preclusivo. Sin perjuicio del valor que la Comisión decida dar a una alegación *extemporánea*, éstas deben ser admisibles fuera de plazo. Se trata de dos procedimientos con identidad subjetiva pero no objetiva ni procedimental.

⁸³³ Art.23 «Presentada la solicitud, la Comisión Arbitral dará traslado de la misma a la entidad de gestión correspondiente para que presente las alegaciones que estime oportuno sobre su admisión, dentro del plazo que le sea fijado por el presidente».

Art.24 «1. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo fijado a que se refiere el artículo anterior, los árbitros decidirán sobre la admisión de la solicitud de arbitraje. 2. La falta de alguno de los requisitos previstos en el art.22 determinará su inadmisión».

⁸³⁴ En definitiva, no existe un control sobre tales tarifas y son aplicadas unilateralmente por la entidad de gestión. Ésta sólo tiene obligación de comunicar tal tarifa al Ministerio de Cultura y Educación pero no existe supervisión alguna sobre ellas, *vid.* MARÍN LÓPEZ, J., (Coor. BERCOVITZ), *op.cit.*, pág. 2150. Sin embargo, encontramos que no ocurre lo mismo en los derechos suizo y alemán, donde corresponde a la Comisión arbitral evitar abusos por parte de la entidad de gestión y para ello se le dota de amplios poderes de control.

El procedimiento queda iniciado desde el momento de la admisión a trámite del escrito de solicitud presentada por la entidad de radiodifusión o la asociación de usuarios del repertorio y siempre que concurrieran los requisitos establecidos por el RD (art.24.1).

«La presentación de una solicitud de fijación de una cantidad sustitutoria de las tarifas generales (...), no exime a los empresarios individuales o sociales representados por la Asociación de usuarios o Entidad de radiodifusión de la obligación de hacer efectiva bajo reserva o consignar judicialmente la cantidad establecida por la entidad de gestión conforme al art.142.2 LPI». Este procedimiento especial no evita tal desembolso de dinero, aunque debemos advertir que éste quedará sujeto a modificación en breve, pues, en cuanto la Comisión se pronuncie, podrá sustituirse por la cantidad que ella designe provisionalmente. «Una vez fijada la cantidad sustitutoria por decisión arbitral, bastará con hacer efectiva ésta para entender concedida la autorización a que se refiere el citado artículo 142.2, *en tanto las partes lleguen a un acuerdo*» (la cursiva es mía).

Carece de sentido que la parte se vea obligada en un lapso corto de tiempo a consignar o modificar la reserva en dos ocasiones; la primera, con el fin de poder solicitar el inicio del procedimiento especial y, la segunda, tras la decisión adoptada en éste una vez en vía judicial o iniciado un procedimiento general ante la Comisión. Parece lógico que el legislador pretendiera que, a toda costa, se lleve ante la CMAPI el acuerdo de sometimiento entre la entidad y el usuario con el fin de discutir las tarifas. Por eso la Comisión debe ser razonable a la hora de fijar esa cantidad sustitutoria, si la finalidad de este procedimiento tiende a crear un acercamiento *inter partes*, para que la entidad de gestión se muestre proclive a que se discuta la cuestión principal. La Comisión puede rebajar esa cantidad sustitutoria tomando como base la buena fe del usuario que decide acudir ante

ella pero la entidad de gestión se ve satisfecha porque la CMAPI le ha exigido el pago o consigna de una cantidad para poder utilizar el repertorio⁸³⁵.

b) En cuanto que se trata de un procedimiento administrativo ante un órgano colegiado, debemos nuevamente plantearnos qué normas actuarían supletoriamente; la opción versa entre las propias del arbitraje del procedimiento general (por remisión del art.30.2), las del procedimiento administrativo (arts.68 y ss. LRJAPyPAC) o incluso las del procedimiento establecido para la actuación de los órganos colegiados (arts.22 -27 LRJAPyPAC).

La solución por deducción que podría ser la siguiente. En primer lugar, aunque se trate de un órgano colegiado, ya se argumentó que éste puede quedar sometido a las disposiciones que se estipulen en la norma reglamentaria que lo crea, conforme acontece en el RD regulador de la CMAPI, por lo que excluye su aplicación. En segundo término, se trata de un órgano colegiado y administrativo, cuyas normas remiten a las establecidas para el «procedimiento general de arbitraje» para todo aquello que no se diga expresamente para este procedimiento especial. Parece, por tanto, que el legislador ha relegado a un segundo plano las normas de tipo administrativo y sólo entrarán en funcionamiento cuando así lo haya estipulado éste de forma expresa conforme acontece en materia de notificaciones, producto fundamentalmente de una inoperante regulación civil en materia de notificaciones, que ha venido a paliarse con aprobación de la LEC/2000.

c) Admitida la solicitud, se les comunica a las partes en ese mismo escrito su derecho a nombrar a sus árbitros representantes. Pero, a diferencia de lo que acontecía en el procedimiento general, en este caso se trata de un simple derecho y, como tal, dispositivo, de forma que, la falta de designación de dichos

⁸³⁵ En la práctica, se han dado casos de inicio del procedimiento arbitral en el que no se pide una rebaja sino que no se cobre tarifa alguna. Ante tal despropósito no se demuestra buen fe alguna y la Comisión no acepta tal procedimiento pues carece de sentido si no va a ser seguido del procedimiento

representantes *por la entidad de gestión* o la inactividad de cualquiera de las partes, no impedirá seguir a la Comisión con el procedimiento, ni llegar a dictar laudo y tampoco le privará de su eficacia (art.25.2 RD). Aunque nada se diga respecto de los representantes de la asociación o entidad de radiodifusión, parece extensible. En la práctica se hace aconsejable designarlo, pues le resulta favorable a la parte en cuestión que su representante decida sobre la tarifa sustitutoria que se le va a ser aplicada en su actividad explotadora.

d) Al presente procedimiento le es de aplicación supletoria la tramitación procedimental general del RD (arts.1-20). Así lo afirma el art.21 RD cuando dice expresamente que «el procedimiento se ajustará a lo dispuesto en este Real Decreto, con las salvedades previstas en el presente capítulo».

La parte demandante ha formulado sus primeras alegaciones en el escrito de solicitud de modificación de las tarifas (art.22); trasladado a la parte demandada o entidad de gestión con plazo para contestar y formular las alegaciones, (art.23), corresponde a los árbitros decidir sobre la admisión o no de la solicitud.

Tampoco se pronuncia el RD en torno a la formulación de unas segundas alegaciones, una vez constituida la Comisión con los posibles representantes, ni se hace mención expresa sobre la obligatoria fase de avenencia a la que estaba sometido el presidente de la CMAPI en el procedimiento general. No obstante, consideramos que, admitida la demanda de modificación, el presidente deberá invitar a las partes a que se avengan y, concluida esta fase, deberá, sobre la base de sus posiciones, proponer un laudo arbitral a votación de la Comisión. Si en el transcurso del procedimiento las partes obtuvieran un acuerdo, éstas lo formalizarán por escrito y lo elevarán al Presidente para que formule, igualmente, dicha propuesta de laudo. Nada obstaría –aunque en la práctica resulta improbable- a la posible práctica de algún tipo de diligencia probatoria a efectos

general destinado a que se discutan en profundidad esas tarifas, pues la Entidad de gestión no entraría a discutir y prestar su consentimiento ante tal pretensión, esperaría a ser demandada judicialmente.

de que la Comisión asegurara su decisión, y asimismo, ser conveniente la práctica de alguna diligencia, no tanto probatoria, sino como mera participación de conocimiento a la Comisión decisoria, para que, con posterioridad, una vez en vía judicial o arbitral, conste a los efectos oportunos. Por supuesto, cualquier gasto que ocasione la práctica de la misma será satisfecha por la parte que la solicitó o por ambas partes a prorrata cuando haya sido propuesta por los árbitros (art.14).

Tal vez tuviera mayor sentido que, ante especiales circunstancias, se practicara algún tipo de diligencia *anticipadamente*, bien por la CMAPI, bien por un órgano jurisdiccional a los efectos de entablar inmediatamente un proceso sobre el fondo del asunto, mientras que simultáneamente se establece esta tarifa sustitutoria.

e) El RD adopta un talante diferente al regular el tratamiento del laudo de la Comisión. En este caso, al no encontrarnos ante un verdadero arbitraje y quedar siempre abierta la revisión de fondo y anulación de la decisión final, los contenidos y formalidades de éste pueden ser mucho más laxos.

En primer lugar, para su emisión basta la concurrencia de los árbitros permanentes a los que no se les extenderá todo lo dicho en relación con la formación interna del laudo en el procedimiento general⁸³⁶. Es decir, al laudo resultante se le dará el tratamiento de los denominados «acuerdos» dispuestos en el art.18.2 RD. Su formación interna se restringe al voto favorable de al menos dos árbitros y la simple asistencia de estos tres, dejando a un lado el régimen de mayorías requerido para la emisión del laudo en el procedimiento general. Cada miembro de la Comisión tiene derecho a voto y los empates los debe deshacer el Presidente.

⁸³⁶ Consideramos que como mínimo deben concurrir a la decisión los tres miembros permanentes pues es la única mención que hace el art.27 al referirse tan sólo a los «árbitros». Siguiendo la definición legal que formula el RD en su art.4, la denominación de «árbitros» corresponde tan sólo a los designados por el Ministro de Cultura.

El lugar de emisión del laudo es Madrid, pero en este caso no señala competencia alguna de la Audiencia Provincial, pues no existe recurso de anulación. Respecto del plazo del que dispone la CMAPI para dictar tal solución, es de seis meses teniendo en cuenta que se trata de un trámite sumario, cuyo objeto es fijar una cantidad y, por tanto, debe hacerse en el mas breve lapso de tiempo posible. Sólo se admiten prórrogas a instancia del presidente.

Las mismas menciones que consideramos necesarias al observar los contenidos del laudo serán ahora de aplicación. Congruencia, motivación, no protocolización, pero teniendo siempre en cuenta el carácter revisable y provisional de la decisión, pues siempre es instrumental de un proceso principal.

f) No ha lugar a interponer un recurso de anulación ni de aclaración conforme a los arts.45 y 36 respectivamente pues, sobre todo, su provisionalidad y falta de eficacia de cosa juzgada les hace innecesarios.

En segundo lugar, cabe resaltar la voluntad que parece plasmar el legislador en el RD al afirmar que «la inadmisión de la solicitud o la decisión arbitral resolutoria dejará expedita la vía judicial ordinaria para conocer del asunto sometido a la Comisión» (art.28). Aparentemente, si nos encontramos ante un procedimiento impartido por la Administración, debiera procederse a incoar el procedimiento administrativo creado a tal efecto, pero la mención expresa del legislador, nos hace pensar en sentido diferente: el laudo resultante del procedimiento tarifario deberá recurrirse, tan sólo, ante los órganos civiles de la Jurisdicción ordinaria. Además como lo que se recurre es una decisión de la Administración pero en la que se aplica el Derecho Privado, en cuanto que éste es el ordenamiento a tener en cuenta. Corresponderá, por tanto, la competencia objetiva y funcional para conocer del asunto a los órganos jurisdiccionales del orden civil y no del contencioso-administrativo; en concreto, consideramos que corresponde al Juez de Primera Instancia de Madrid resolver sobre el recurso contra el laudo arbitral. Respecto de lo que hace mención al asunto principal, en

todo caso, tendrán siempre abierta vía arbitral o judicial para que se resuelva el litigio.

g) Solo habrá lugar a ejecución forzosa, cuando sea firme y tal firmeza la obtendrá si es confirmado por el JPI o por transcurrir el plazo estipulado para recurrir dicho acto sin que hubiere mediado actividad de parte. Este plazo, ante el silencio expreso del legislador para este tipo de procedimiento especial, deberá ser el que se disponga para el procedimiento general, que, a su vez, remite a la Ley de Arbitraje. Por tanto, se hará en los diez días siguientes al de notificación del laudo. (art.46.2 y 53 LA).

Respecto de la competencia funcional, la poseerá el Juez de Primera Instancia del lugar donde se dictó el laudo, es decir, de Madrid. En definitiva, la DA primera de la LPI otorga a la actividad de la CMAPI una transcendencia especial y confirma que la LA servirá de norma complementaria, «especialmente desde el punto de vista procesal»⁸³⁷, se trate de la actividad que fuere.

D. La situación en derecho extranjero: el caso suizo

Frente al procedimiento especial destinado a sustituir *provisionalmente* las tarifas de las entidades de gestión, regulado por el derecho español o alemán, el ordenamiento suizo recoge un sistema distinto, en esta ocasión, enteramente administrativo⁸³⁸.

La *Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et droits voisins* tiene competencia exclusiva para aprobar y controlar las tarifas establecidas entre la entidad de gestión y las asociaciones de usuarios de obras

⁸³⁷ Véase a tal efecto, PARADA VÁZQUEZ, R., «La actividad administrativa arbitral», *op.cit.*, pág. 560.

⁸³⁸ DESSEMONTET, F., *Le Droit d'auteur*, *op.cit.*, pfo.701 y ss.; BARRELET, D/EGLOFF, W., *Le nouveau droit d'auteur*, *op.cit.*, pág. 222 y ss.; GELLER, B., *La protection de l'artiste, musicien, interprète ou exécutant en Droit suisse*, Lausanne, 1980, pág. 140; *Mannuel du Droit suisse des biens immatériels*, Hebing-Lichtenhahn, 1996, pág. 1144.

(art.55 ODAu) y sus decisiones resultan vinculantes *erga omnes*, incluso para el juez civil (art.59.3 ODAu). Ello es así, porque la fijación de un precio es un acto económico, confiado a un organismo del Estado, como medio regulador del mercado⁸³⁹ y como resultado de un equilibrio entre el intervencionismo del estado y el «laissez-faire» liberal⁸⁴⁰.

Sus funciones las desarrolla verdaderamente cuando las tarifas se encuentran controvertidas, por no existir acuerdo entre las obras incluidas en el repertorio a utilizar, los descuentos por especialidad de la usuaria, forma de pago, validez de la tarifa en sí misma, etc. Su composición es mixta e integrada por representantes de las partes. El trámite procedimental se rige por la Ley de Procedimiento Administrativo (art.55 ODAu y arts.9-16 Loi fédérale sur la procédure administraive) y, obviamente sus decisiones será recurribles ante el tribunal Fédérale, aunque solo en cuanto a los excesos de poder. También ejerce mediaciones en tal materia que, de llegar a buen fin, tomarán la forma de circular, acto típicamente administrativo. De ahí que la doctrina reivindique la arbitrabilidad de ciertos mínimos en materia de tarifas⁸⁴¹.

El procedimiento es sencillo. Siete meses antes a la entrada en vigor de la tarifa, debe ser presentada ante la comisión, junto a un extracto de las negociaciones llevadas a cabo entre la entidad de gestión y las asociaciones de usuarios. Admitida la solicitud, el presidente del tribunal nombra a los represenantes de las partes y da traslado de la misma a ambas partes, fijando un plazo de alegación, dentro del cual deben formular las observaciones pertinentes y, en caso de disputa, bien llegar a un acuerdo o dejar a la comisión que decida discrecionalmente.

⁸³⁹ BARRELET, D/EGLOFF, W., *Le nouveau droit d'auteur*, op.cit., pág. 226.

⁸⁴⁰ DESSEMONTET, F., *Le Droit d'auteur*, op.cit., pfo.705.

⁸⁴¹ DESSEMONTET, F., *Le Droit d'auteur*, op.cit., pfo.725 y NÜTZI, P., *Intellectual Property Arbitration*, EIPR, núm.4, pág. 196.

Oídas las partes, la comisión decide y, en caso de haber modificado la propuesta de éstas, le devolverá su decisión con el fin de que vuelvan a pronunciarse. Se pretende, en definitiva, lograr una decisión consensuada por los usuarios-parte del procedimiento (arts.9-26 ODAu).

8. El procedimiento para fijar el nivel de remuneración equitativa (RD 1248/1995)

A. Ámbito

Mediante el RD 1248/1995, de 14 de julio⁸⁴² se modificó parcialmente el RD 479/1989 sobre la composición y procedimiento ante la CMAPI. Se añadía a este RD un tercer procedimiento tendente a fijar el nivel de remuneración equitativa correspondiente a los contratos de cesión o transferencia del derecho de alquiler de fonogramas y grabaciones audiovisuales celebrados con anterioridad al 1 de julio de 1994 entre las productoras y dichos artistas e intérpretes. Se trata de un procedimiento establecido por la Ley de incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, sobre los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor⁸⁴³. Fruto de dicha Directiva también se incrementaron las obligaciones de las entidades de gestión al deber hacer efectivos los distintos supuestos de remuneración equitativa previstos en esta Ley (art.157.4 LPI)⁸⁴⁴.

⁸⁴² (BOE 4 agosto)

⁸⁴³ Nos referimos a la Ley 43/1994, de 30 diciembre (ECL 1994, 3565). En su Art. 3 afirma que «El autor y el artista intérprete o ejecutante que haya transferido o cedido a un productor de fonogramas o grabaciones audiovisuales su derecho de alquiler respecto de un fonograma o un original o una copia de grabación audiovisual, conservará el derecho irrenunciable a obtener una remuneración equitativa por el alquiler de los mismos. Tales remuneraciones serán exigibles de quienes lleven a efecto las operaciones de alquiler al público de los fonogramas o grabaciones audiovisuales en su condición de derechohabientes de los titulares de los correspondientes derechos a autorizar o prohibir dicho alquiler y se harán efectivas a partir de 1 de enero de 1997. 2. El derecho contemplado en este artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual».

⁸⁴⁴ Estos supuestos son los relativos al derecho irrenunciable a una remuneración compensatoria dispuestos en los arts.24 y 25 para los autores y arts.108.4, 109.3, 116.3, 122.3 LPI, para los artistas, intérpretes o ejecutantes.

Según se observa, este procedimiento surge con una vocación temporal limitada y, de nuevo, para la fijación de una cantidad económica a desembolsar por «quienes lleven a efecto las operaciones de alquiler al público de los fonogramas o grabaciones audiovisuales», siempre sujeto a dos condiciones: por un lado, cuando no haya mediado acuerdo entre estos y las entidades de gestión (art.29 RD) y, en segundo lugar, respecto de los contratos celebrados antes de 1 julio de 1994 (art.3.1 Ley 34/1994).

B. *Las pretendida función arbitral*

Nuevamente nos encontramos ante un procedimiento aparentemente arbitral, que no responde a los mínimos procesales exigidos para que exista una heterocomposición. Se le ha encargado a la CMAPI que vele por un derecho irrenunciable como es el que se deduce para el autor o titular de derechos afines por el alquiler de fonogramas o grabaciones audiovisuales. A pesar de que el presente RD llega a calificar este procedimiento de carácter «necesario» en su Exposición de Motivos, no se debe confundir con una mediación obligatoria⁸⁴⁵ y, cuanto menos, con un arbitraje⁸⁴⁶.

El presente RD se compone de ocho artículos (arts.29-36) que desarrollan un procedimiento de características casi idénticas al estudiado con anterioridad y, por este motivo, a lo que allí se argumentó nos remitimos.

Se trata de un laudo revisable que «dejará expedita la vía judicial ordinaria para conocer del asunto sometido a la Comisión»⁸⁴⁷ (art.36), por lo que, nuevamente, de una aplicación de Derecho privado por la Administración se

⁸⁴⁵ En el artículo 29.1 del presente RD se establece expresamente que este procedimiento «debe iniciarse a instancia de parte», con lo que no deja lugar a dudas de su *oportunidad*.

⁸⁴⁶ En contra, MARÍN LÓPEZ, J., (Coor. BERCOVITZ), pág. 2207 y 2208.

⁸⁴⁷ Igualmente, MARÍN LÓPEZ, J., (Coor. BERCOVITZ), pág. 2208, donde interpreta tal disposición en el sentido de que «el Juez no podrá revisar el fondo de la decisión, sino únicamente, el respeto de las garantías formales en la tramitación del procedimiento arbitral. Dicho en otros términos, la decisión de la Comisión sólo es impugnabile por las causas previstas en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje, y por los cauces allí indicados».

trata. En segundo lugar, se observa igualmente una remisión expresa al procedimiento dispuesto en el Capítulo III del RD o procedimiento general «con las salvedades previstas en el presente capítulo» (art.30.2). Dicha supletoriedad no se puede considerar suficiente respecto de lo que se refiere a los efectos de cosa juzgada pues, el enunciado del art.36 se convierte en norma especial frente a lo que dispone el procedimiento general. Para gozar de los requisitos propios del arbitraje se requeriría igualmente de una mención expresa en tal sentido.

Contrariamente a lo que acontecía en el procedimiento especial, donde la decisión tenía un carácter provisional debido a que se trataba de un pago que debía conllevar la posterior modificación del convenio marco donde se incluían las tarifas, aquí encontramos una cantidad remunerativa que parece, antes bien, definitiva. Esto quiere decir que, aunque tendría sentido un procedimiento arbitral sobre este tipo de controversias, no posee tal naturaleza porque el legislador no se la ha otorgado expresamente, al igual que se observaba al estudiar el supuesto de las tarifas.

Para el inicio del arbitraje basta la simple presentación unilateral del escrito de solicitud por la entidad de gestión o el empresario que lleve a cabo el alquiler de fonogramas o grabaciones audiovisuales, sin que requiera de un sometimiento expreso de la otra parte. Una vez más, el «expreso sometimiento a la competencia de la Comisión» del que habla la letra e) del art.31 se refiere, como en el caso anterior, para aquellos «otros» términos que pretendan discutirse ante ella⁸⁴⁸. También en lo relativo al valor que el legislador le otorga a la inactividad de las partes, «la falta de designación por la entidad de gestión de (los) representantes o la inasistencia o inactividad de cualquiera de las partes no impedirá, sin embargo, el desarrollo del procedimiento (...)» (artículo.34.2 RD),

⁸⁴⁸ No puede entenderse de otro modo si nos atenemos al tenor del art.33.1 RD cuando habilita a la Comisión para que admita y continúe con el procedimiento una vez transcurrido el plazo para alegar y aunque la parte permaneciera inactiva.

sin necesidad de que se nombre representante alguno –en contraposición a lo que ocurría en el procedimiento general-.

En conclusión si nos encontramos ante una resolución revisable que no produce la eficacia de cosa juzgada, a pesar de la remisión al procedimiento general, no podemos afirmar que nos encontremos ante un procedimiento arbitral heterocompositivo. Se tratará, al igual que afirmábamos en el supuesto anterior, de una aplicación del derecho privado por parte de la Administración.

C. Características

a) La entidad de gestión de derechos de autor o los empresarios que lleven a efecto las operaciones de alquiler al público de los fonogramas o grabaciones audiovisuales podrán indistintamente solicitar de la Comisión Arbitral el inicio del procedimiento para la fijación del nivel de remuneración equitativa. En él se establecerá de manera expresa la finalidad de este procedimiento, las razones por las que se le da inicio, así como las actuaciones que hayan podido tener lugar hasta entonces, la legitimación activa y pasiva, la cantidad que se estima determinada o determinable y, por último, «se incluirá el expreso sometimiento a la competencia de la Comisión, conforme a lo previsto en el artículo 143.a) de la LPI (...)», teniendo en cuenta «los demás (requisitos) previstos en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (...)» (art.31 RD).

La Comisión podrá aceptar el asunto aunque no exista sometimiento conjunto. Admitida la solicitud, no importa la actitud de las partes a la hora de designar sus representantes, pues la Comisión quedará igualmente constituida y podrá dictar laudo con tan sólo la mayoría de los miembros permanentes y con la sola presencia de ellos.

b) Su especial naturaleza de órgano colegiado le hace suplir cualquier vacío legal por las normas establecidas para el procedimiento general pues así lo ha

estipulado el legislador (art.30.2 RD), no obstante la mención del art.31 f) en relación a la LJRAPyPAC, restringida al escrito de solicitud.

c) La Comisión debe dar a las partes la posibilidad de «subsanción» de aquellos elementos que falten conforme al art.71 de la LRJAPyPAC, aunque restringida a los requisitos establecidos previamente en el artículo 70.1 sobre la iniciación de un procedimiento administrativo.

«Recibida la solicitud, la Comisión arbitral dará traslado de la misma a la otra parte a efectos de que presente las alegaciones que estime oportunas, dentro del plazo que le sea fijado por el presidente» (art.32 RD).

Acto seguido, la parte tiene el derecho a nombrar a sus árbitros representantes en la Comisión y, como tal, es dispositivo. En caso de que una de las partes no los nombre dentro del plazo, la Comisión debe continuar con el procedimiento, pues el RD no exige ni actividad de ambas partes ni *quorum* especial para que deban intervenir dichos representantes. Se trata de una situación idéntica a la que acontecía en el procedimiento especial.

Admitido el conflicto debe el Presidente dar plazo a las partes para alegar y, sobre la base de lo argumentado, corresponde al tribunal admitir o no el conflicto.

En nada difiere la práctica de la prueba en el presente procedimiento de la que se practicaba en el procedimiento especial para establecer tarifas o la del procedimiento general. Debemos admitir tanto la prueba a instancia de parte como de oficio e incluso el recurso al auxilio judicial para aquellas pruebas que excedan del poder del Tribunal, sin perder de vista que, en cuanto se trata de un procedimiento revisable ante la jurisdicción, el carácter probatorio puede aparecer difuminado.

d) La decisión resultante de la actividad de la CMAPI es un laudo o acuerdo que debe ser adoptado en régimen de mayoría por los árbitros permanentes o, en su caso, con la participación del o de los representantes que hubieren sido designados por las partes. Se precisa, como mínimo, de la asistencia de los tres árbitros y dos de sus votos favorables para su emisión.

Al tratarse de una actividad de índole administrativo, y revisable en cuanto al fondo, queda siempre salvada la posibilidad de subsanar las deficiencias formales o materiales que pudieran haberse dado. Como requisitos mínimos deberá contenerse en la decisión, que será escrita, la motivación, el lugar y el tiempo de emisión a efectos de averiguar la competencia funcional del órgano que debe conocer del recurso contra el acto y el tiempo en el que se dictó el laudo, así como el *dies a quo* a partir del cual puede recurrirse tal decisión. Respecto de estos términos, véase todo lo dicho en torno al procedimiento especial.

e) Este procedimiento goza de una naturaleza autocompositiva, y por ello no podemos otorgarle un tratamiento similar al recibido por los laudos irrecurribles, sino que se permite un tipo de recurso diferente a los estudiados al tratar la opción arbitral. No ha lugar, por tanto, ni a la anulación (art.45 LA) ni aclaración (art.36) del laudo arbitral. La presente actividad arbitral de la Administración, a tenor del artículo 36 RD, sólo será revisable por los órganos jurisdiccionales ordinarios, pues nada dice respecto de un posible recurso en vía administrativa y, por ende, tampoco las normas reguladoras de la competencia de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa deberemos de estar. Nuevamente, corresponderá al Juez de Primera Instancia de Madrid conocer de los recursos que se interpongan contra el laudo de la Comisión.

Diferente es el tratamiento que la ejecución de este laudo recibe en derecho extranjero. En derecho suizo, siguiendo la tendencia claramente administrativista que se deriva de la actuación de la *Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'autuer et droits voisins*, remite a las normas de procedimiento

administrativo⁸⁴⁹ para el recurso de sus laudos ante la *Commission de recours et recours de droit administratif* y/o ante el *Tribunal fédéral*⁸⁵⁰.

f) En materia de ejecución, puede, por un lado, mediar cumplimiento voluntario sin más; o puede, en segundo término, señalarse que si se trata de un acto todavía revisable debemos esperar a su firmeza, bien por nueva resolución del JPI o, en su caso, de la Audiencia Provincial de Madrid si se recurrió en segunda instancia o por transcurso del plazo estipulado para recurrir ese acto, a saber, el de diez días (art.53 LA). Respecto de la competencia funcional, la tendrá el Juez de Primera Instancia de Madrid.

D. *La situación en derecho extranjero: el caso francés*

También en derecho comparado los autores y los titulares de derechos afines, tiene derecho a una remuneración equitativa por el uso de sus obras. El caso francés es un ejemplo claro en la materia.

Cuando no existe acuerdo entre las entidades de radiodifusión y los titulares de estos derechos sobre las presentes cantidades, el *Code de la propriété intellectuelle* prevé la existencia de unas comisiones arbitrales, compuestas por un magistrado del orden judicial, un miembro del Consejo de Estado francés, un especialista cualificado en materia de propiedad intelectual y representantes de cada una de las partes en conflicto (art.212.9-10 y 214.4).

Se trata de una comisión administrativa de aprobación de tales bases de remuneración, como foro de negociación que en ningún caso actúa jurisdiccionalmente y cuyas decisiones son recurribles ante la jurisdicción ordinaria.

⁸⁴⁹ Arts.71 y ss. de Loi fédérale sur la procédure administrative de 20 diciembre 1968.

⁸⁵⁰ Arts.55 y 74 ODAu.

9. La mediación de la CMAPI

Las funciones mediadoras de la CMAPI fueron introducidas por la directiva 92/100/CEE sobre satélite y cable⁸⁵¹. El art. 158 de la LPI atribuye a la CMAPI funciones de mediación, permitiéndole que «colabore en las negociaciones, previo sometimiento de las partes para el caso de que no llegue a celebrarse un contrato, para la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión, por falta de acuerdo entre los titulares de la propiedad intelectual y las empresas de distribución por cable». También podrá «en su caso, presentar propuestas a las partes».

Sin embargo, la práctica ha demostrado que a pesar de la limitada vocación con la que se le atribuye esta función, la CMAPI ha extendido tal competencia, incluso a la materia tarifaria⁸⁵². La razón es clara; la obligada gestión colectiva a la que se encuentra sometida este derecho de retransmisión por cable requiere un especial cuidado para no paralizar el tráfico de estos derechos pues, en última instancia, repercutiría en contra de los mismos autores y usuarios de los mismos. *De lege ferenda*, no nos cabe duda de que la ampliación de las funciones de la CMAPI ahondará en este sentido.

Desde esta sede se establece la recomendación para los Estados Miembros de hacer colectiva la gestión de estos derechos. Se pretende, en definitiva, evitar situaciones de mala fe y negativas en la negociación de unas entidades que gozan, por mandato legal, de un cierto monopolio. La vía para evitar tal situación es la de fomentar la intervención de un tercero⁸⁵³.

⁸⁵¹ Vid. también, la directiva del Consejo 93/83/CEE, de 23 de septiembre sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de la radiodifusión y distribución por cable, en cuyo art.30 se dispone que se debe permitir que «todas las partes puedan recurrir a un mediador imparcial que pueda colaborar en las negociaciones y presentar propuestas...».

⁸⁵² Asunto núm.16 entre FEH y ZONTUR, solucionado mediante mediación el 7.5.1998.

⁸⁵³ ROBINEAU, Y., «Le mediateur du cinéma», *L'Etat de Droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braivant*, Dalloz, 1996, pág.614 y ss.; GUILLAUME-HOFNUNG, M., «La médiation», *Les modes alternatif...*, *op.cit.*, págs.31 y ss.

La autocomposición se presenta como un medio muy adecuado para resolver este tipo de controversias⁸⁵⁴, asegurando un clima conciliatorio, que permita seguir con la explotación económica de estos derechos en el futuro. Este fenómeno se ve incrementado debido a la creciente importancia que la administración colectiva tiene en relación a las nuevas tecnologías, pues se hace imposible un control absoluto sobre el uso de las obras⁸⁵⁵. Desde la Comisión Europea se pretende que, un mediador o «“autoridad independiente e imparcial”», pueda someter a las partes proposiciones de acuerdo no apremiantes, que se supondrán como aceptadas por ellas si dentro de un plazo de tres meses, contados a partir de la notificación, ni la una ni la otra parte se han opuesto (...). De lo que se trataría en realidad no es de obligar a las partes a que lleguen a un acuerdo (...), sino de evitar que una de ellas (...) rechace categóricamente participar en las negociaciones o que las propuestas de acuerdo hechas por ella no se basen en criterios racionales o que, con respecto de la remuneración, haga una oferta por encima de lo normal o excesivamente baja (...), se trata de imponer que los interesados inicien las negociaciones de buena fe»⁸⁵⁶.

El procedimiento mediador se encuentra pendiente de regulación. La única directriz legislativa establecida para su desarrollo se refiere a la composición del mismo, en el sentido de que deberá asegurar la participación de dos representantes de las entidades de gestión y otros dos de la empresa de cable que se encuentren en conflicto.

⁸⁵⁴ COLLAR FERNÁNDEZ, C./SPOLTER, J., «International Property Dispute Resolution: Is mediation the sleeping giant?», *The Journal of world intellectual property*, vol.1 mayo 1998, págs.555 y ss.

⁸⁵⁵ Véase FREEGARD, M., «Quis Custodiet? The Role of Copyrights Tribunals», *European Intellectual Property Revue*, 1994, núm.7, pág. 286 cuando afirma que «It is for this reason, coupled with the growing importance of collective administration as a result of technological advances over the past few decades, that there has been an increasing tendency on the part of governments to introduce legislative measures under which the tariffs of copyrights licensing bodies are subject either to some form of governmental supervision and/or to the jurisdiction of specially established tribunals or arbitration commissions».

⁸⁵⁶ «Chronique de la Communauté Européenne», *Revue Internationale de Droit d'auteur*, 1993, núm.155, págs. 127-128.

Tal es la eficacia que el legislador ha pretendido otorgarle, que ha entendido el silencio positivo de las partes, en el sentido de que, «si ninguna de ellas expresa su oposición a la propuesta en el plazo de tres meses, se considerará que la aceptan (...) surtiendo los efectos previstos en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de arbitraje, y será revisable ante el orden jurisdiccional civil». No obstante, el legislador ha realizado un *quiebro* en la institución de la mediación.

En derecho comparado se encuentra desarrollada esta función, especialmente en Francia, donde existe la figura del *Mediateur du Cinéma* para las obras audiovisuales⁸⁵⁷, o la *Commission de conciliation* en materia de fotografías⁸⁵⁸; pero la estandarización requerida desde la Unión Europea entre los ordenamientos de sus Estados Miembros, qué duda cabe, apunta a tal dirección.

⁸⁵⁷ Así se establece en el art.92 de la Ley de 29 julio 1982, cuando habilita a tal mediador para que intervenga en las negociaciones a fin de evitar «une situation du monopole de fait une position dominante». Se encuentra desarrollado su procedimiento en el Decreto núm.83-86 de 9 de febrero de 1983, *vid* MARCELLIN, Y., *Code de la propriété Intellectuelle*, CEDAT, 1994, pág. 611 y ss.; ROBINEAU, Y., «Le mediateur du cinéma», *L'Etat de Droit. Mélanges...*, *op.cit.*, pág.614 y ss.; GUILLAUME-HOFNUNG, M., «La médiation», *Les modes alternatif...*, *op.cit.*, págs.31 y ss.

⁸⁵⁸ En materia de ilustración fotográfica, *Code de la propriété Intellectuelle*, DALLOZ, 1997, pág. 622.

Capítulo Quinto

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

www.4img.com

www.4img.com

www.4img.com

www.4img.com

www.4img.com

www.4img.com

Tras una revisión de la tutela arbitral de la propiedad intelectual sujeta a los límites o fronteras de un derecho nacional, se hace realmente necesario observar este mismo fenómeno desde una perspectiva internacional. Tal vez sea en esta esfera donde más se presenta el efecto globalizador al que se encuentran sometidos los diferentes Estados, economías y ordenamientos jurídicos. El crecimiento de la *ADR* da respuesta al desbordamiento generalizado de los sistemas judiciales. Probablemente sea la propiedad intelectual uno de los ámbitos en los que mejor se puede manifestar esta evolución.

Se trata ésta de una propiedad compleja y de difícil control, atendiendo a los diferentes medios técnicos de difusión de obras existentes en la actualidad. Los derechos de explotación no son siempre directamente negociables por su titular sino que existen supuestos de legitimación extraordinaria en favor de las entidades de gestión, creadas como solución global internacional y/o comunitaria, ante el desbordamiento y complejidad conflictual que progresivamente se está generando.

Es múltiple el enfoque que podemos ofrecer en este capítulo. Sin embargo, el elemento que más claramente nos parece mencionable es el hecho de que arbitraje y mediación aparecen fuertemente unidos a ese movimiento globalizador. A este dato debe responder nuestro objeto de estudio. Pretendemos atender a esta especial protección que merece tal propiedad dentro del marco de la *ADR* internacional y, a tal fin, nos parece adecuado realizar un estudio comparativo del sistema intergubernamental creado a tal efecto (*Organización Mundial de la Propiedad Intelectual* y *Organización Mundial del Comercio*), con aquellos arbitrajes institucionales que, aunque con carácter más general, funcionan exitosamente en la materia (*Cámara de Comercio Internacional*). En la actualidad no existe una abundante práctica arbitral, pero no dudamos del

afianzamiento que este sistema logrará obtener en los próximos años; en concreto apostamos por la bondad del sistema de arbitrajes de la OMPI.

El hecho de que Naciones Unidas creara y diera cobertura a esta situación internacional de protección de la propiedad intelectual, nos indica por dónde deben apuntar las futuras líneas de investigación, en torno a las formas de su tutela. El arraigo comenzó en el derecho industrial, patentes, marcas y diseños, derecho de acentuado carácter público; resta ahora que tal afianzamiento se expanda a la propiedad intelectual *strictu sensu*, a los derechos de autor y afines.

1. INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar con el estudio de un arbitraje internacional, se hace necesario aludir a ciertas consideraciones en torno a la propiedad intelectual, como condicionantes necesarios de esta forma de tutela arbitral.

En primer lugar, mención especial merece el *carácter transnacional* de la propiedad intelectual. Los conflictos que se deriven de este tipo de relaciones, contractuales o no, resultan difícilmente restringibles en la práctica a una única frontera, sino que, contrariamente, suelen afectar a varios Estados y ordenamientos jurídicos. Hoy en día todavía se hace más patente esta característica debido al alcance de las *nuevas tecnologías* que, si bien por un lado, garantizan una comunicación y transmisión de obras de forma fluida y rápida, de otro, dan lugar a constantes lagunas legales que impiden un tráfico jurídico seguro. Si a esta situación le añadimos la diferente regulación y *grado de protección* que recibe la propiedad intelectual en los diferentes países desarrollados o en vías de desarrollo, las consecuencias pueden ser nefastas.

Ante dicha inseguridad, los operadores jurídico-mercantiles optan por buscar las fórmulas de resolución de conflictos más aptas y acordes con sus necesidades. Sin embargo, el carácter internacional del conflicto hace que, necesariamente, si se quiere una solución efectiva y a tiempo, se prescinda de las fórmulas estatales

por encontrarse con las limitaciones propias de soberanía. Resulta, pues, muy común encontrar contratos generales en los que se incluyen cláusulas de arbitraje por los que las partes deciden optar por someter el posible conflicto a la jurisdicción arbitral. No extraña, por tanto, ni la proliferación que en esta última década se ha producido en relación con estas fórmulas⁸⁵⁹ ni tampoco que la presente materia haya pasado a formar parte de los cometidos de Naciones Unidas, bien de la mano directa de la *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual* (OMPI) o a través de otros organismos como es la *Organización Mundial del Comercio* (OMC), encargado de administrar el Acuerdo *Trade-Related Intellectual Property Rights* (TRIPS)⁸⁶⁰.

Dicho esto, debemos observar los *pros y contras* del sistema de protección internacional que estudiamos. Si la autonomía de la voluntad se convierte en la protagonista de este tipo de fórmulas e impregna de carácter informal y flexible al procedimiento arbitral, su faceta transnacional todavía lo acentuará más, por el hecho de haber una disputa entre nacionales de diferentes países, diferentes ordenamientos en juego, y ciertos actos procesales que requieren la intervención de un órgano jurisdiccional, atendiendo al diverso grado de reconocimiento que estas fórmulas tienen en los diferentes ordenamientos estatales. No resulta en absoluto extraño que la característica más saludable del arbitraje, a saber, su flexibilidad puede llegar a convertirse en uno de sus óbices⁸⁶¹.

Por último, resta aludir al relevante papel que desempeñan las instituciones gestoras de arbitraje dentro de este marco internacional. El Tribunal arbitral

⁸⁵⁹ Según las estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional, el incremento ha sido del 16% (1990-1997) en materia de propiedad intelectual, PLANTEY, A., «A major realisation of ICC: International arbitration», *International Chamber of Commerce Review*, núm.V/1, pág. 7.

⁸⁶⁰ SCHRICKER, G./BEIER, F., «GATT or WIPO? New ways in the international protection of Intellectual property», ICC Studies, vol.II, 1989.

⁸⁶¹ CREMADES, B., «Nuevas reglas de arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional», *Derecho de Negocios*, Año 8-núm.85, pág. 5. En el arbitraje se busca el equilibrio entre la flexibilidad y cierta rigidez garantista, creándose pautas procedimentales tales como la «fijación de un calendario arbitral» en una «conferencia preparatoria» con el fin de dotar de cierta eficacia al procedimiento y de una suerte de «vinculación moral» a los árbitros a la hora de actuar.

compuesto por árbitros procedentes de cualquier país y, posiblemente, especialistas en propiedad intelectual o en nuevas tecnologías, pero no necesariamente en derecho internacional privado, requieren de un constante asesoramiento que garantice el éxito del mismo. Mediante esta heterocomposición, queda asegurada la especialización del órgano decisor, celeridad, confidencialidad y efectividad de un procedimiento celebrado conforme al reglamento de un arbitraje institucionalizado. En especial el arbitraje de la OMPI, aunque condicionado por su corta vida y experiencia, responde a las líneas de los arbitrajes institucionales internacionales paradigmáticos de la *American Arbitration Association* y el de la Corte Internacional de arbitraje de la *International Chamber of Commerce* de París, de indubitable arraigo y experiencia, y ello le augura un ya tangible éxito.

2. EL MARCO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA ADR EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Antes de pasar a estudiar los principales sistemas arbitrales internacionales destinados a proteger la propiedad intelectual, nos parece necesario hacer una breve enumeración de los límites de los que nacen dichos sistemas de protección, a saber, OMC, OMPI, y CCI. No debemos confundir, sin embargo, las diferentes motivaciones que dieron lugar a estos tres sistemas; mientras que los dos primeros tienen como base acuerdos multilaterales destinados únicamente a proteger tal propiedad, el sistema arbitral de la CCI representa un supuesto de arbitraje institucional cuya práctica ha alcanzado incluso a los derechos inmateriales, aunque no nacieran con tal vocación.

Existe una «comunicación» intergubernamental por la que se acuerda dar protección a la propiedad intelectual, de forma que, tanto los países miembros de OMPI como OMC -ambos bajo los mínimos del Convenio de Berna y de París-, se comprometen a adoptar las medidas previas necesarias para obtener unos estándares de protección. Sin embargo, la OMPI nace como organismo de

Naciones Unidas destinado única y exclusivamente a proteger tal propiedad; la OMC, contrariamente, goza de una vocación más amplia y sólo extendida a los derechos que ahora nos atienden, por razón de la administración que tiene encomendada del acuerdo TRIPS⁸⁶². Lamentablemente, el procedimiento arbitral establecido por la OMC no llega a desarrollarse por ser el último recurso tras diferentes procedimientos de índole administrativo, donde se motiva a las partes en sucesivas ocasiones a llegar a un acuerdo.

También parece lógico, por su parte, que la práctica arbitral existente en la materia se haya concentrado en los centros de arbitraje internacional más experimentados, aunque se encuentra fuera del marco convencional regulador de la propiedad intelectual. La OMC y la OMPI son cauces alternativos de patente juventud y, por tal razón, los operadores jurídicos optan, por tanto, por un centro de arbitraje que, aunque no se encuentre especializado en la materia, le garantice un éxito procedimental y, a su vez, le permita elegir el experto en la materia que considere más apropiado para el caso.

Por tal razón, consideramos conveniente el estudio extranjero entre el arbitraje intergubernamental y el institucional con el fin de observar las posibles mejoras a efectos de su futuro funcionamiento. Nos proponemos, por tanto, observar cómo debe ser en un futuro el arbitraje de la OMPI y para ello nos valdremos del éxito que se desprende del Rto. de la Cámara de Comercio Internacional.

1. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

Por el Convenio de Estocolmo de 14 de julio de 1967, se incorporaba como cometido de Naciones Unidas, el resultado de una cooperación entre los Estados que, desde casi un siglo, se había llevado a cabo la presente materia. Nace así la

⁸⁶² *Implications of the TRIPS Agreement on treaties administered by WIPO*, publicación OMPI, núm.464, 1997; SCHRICKER, G./BEIER, F., «GATT or WIPO? New ways in the international protection of Intellectual property», ICC Studies, vol.II, 1989; CASADO CERVIÑO, A./CERRO PRADA, B., *Gatt y propiedad industrial*, Tecnos, 1994.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Se trata de un organismo especializado de Naciones Unidas creado para la protección y fomento de la propiedad intelectual en el mundo.

El organismo predecesor de la OMPI fue el conocido *Bureaux Internationaux réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle* (BIRPI) creado en 1893, fruto de la unión de dos Oficinas internacionales preexistentes: por un lado, dentro del marco del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial de 1883 y, por otro, el «International Bureau» del Convenio de Berna para la protección de las Obras Artísticas y Literarias de 1886. Los Estados firmantes de estos Tratados constituían una «Unión» y, aunque tenía autonomía financiera y organizativa, el hecho de estar sitas en Suiza, les hacía estar bajo los auspicios y control del gobierno suizo. Así, en 1893 éste las unió y adoptaron el nombre de *Bureaux Internationaux réunis*, que años después trasladaría su sede a Ginebra.

Paralelamente, se fueron creando nuevas «Uniones», fruto de la firma de nuevos convenios en la materia, hasta llegar a un total de seis⁸⁶³ administradas por BIRPI, resultado de ello, en los años sesenta comenzó a prepararse una Conferencia Diplomática⁸⁶⁴ para la creación de una nueva organización en materia de Propiedad Intelectual, la OMPI, que pasaría en breve a formar parte de la Organización de Naciones Unidas.

En 1967 se firmaba en Estocolmo el Convenio por el que se creaba dicha Organización para fomentar la protección de «la propiedad intelectual» y «asegurar la cooperación administrativa entre la Uniones» (art.3). Una vez creada

⁸⁶³ En este sentido, encontramos el Acuerdo de Madrid para el Registro Internacional de Marcas de 1891; el Acuerdo de Niza para la clasificación Internacional de bienes y servicios a efectos del Registro de marcas de 1957; el Acuerdo de Madrid para la represión de falsedades en la producción de bienes de 1891; el Acuerdo de Lisboa para la protección de las Denominaciones de origen y su registro Internacional de 1958; el acuerdo de la Haya de 1925.

⁸⁶⁴ Vid. *The First Twenty Five Years of the World Intellectual Property Organization*, WIPO 1992; Bogsh, A., *Brief History of the First 25 Years of the World Intellectual Property Organization*, Documento OMPI Núm.882, 1992.

ésta, se dio el consentimiento para formar parte de Naciones Unidas, como agencia especializada, tal y como se nos presenta en nuestros días⁸⁶⁵.

En 1993, la Asamblea General creó, haciéndose eco de las tendencias existentes en materia de resolución de conflictos, el Centro de Arbitraje, cuyos Reglamentos de Mediación, Arbitraje y Arbitraje acelerado se encuentran en vigor desde el 1 de octubre de 1994⁸⁶⁶, con el fin de dar solución a aquellas disputas que surjan en la materia.

«El Centro fue establecido como puente entre dos esferas de actividad y dos comunidades de profesionales, las cuales han sufrido en paralelo un proceso de cambio (...). Ambas esferas de actividad son, de un lado el arbitraje o con carácter general, las fórmulas de *ADR*, y de otro, la propiedad intelectual» que, en definitiva, sirven a los focos económicos y de tráfico jurídico básicos en la sociedad, es decir, negocios e industria⁸⁶⁷.

El Centro de Arbitraje de la OMPI ofrece las soluciones más acordes a la naturaleza de los conflictos que se puedan derivar de la propiedad intelectual, a su carácter transnacional y a la consecuente limitación de la soberanía territorial que trae consigo el mismo concepto de ordenamiento nacional; a su vez, una adecuada especialización de los árbitros, una flexibilidad procedimental y la garantía de la confidencialidad, hacen de estas fórmulas alternativas de

⁸⁶⁵ Forman parte de la misma, conforme al artículo 5 del Convenio, cualquiera de los Estados miembros integrantes de cualquiera de las Uniones, así como todo miembro de Naciones Unidas, formen parte o no de dichas Uniones y cualquier invitado a ser parte del Convenio por la Asamblea General.

Su composición es cuatripartita, formada por la Conferencia (compuesta por todos los Estados parte del Convenio, pero no de las Uniones), Asamblea General (integrada por todos los miembros parte del Convenio y de las Uniones) y Comité de Coordinación (Compuesto por todos los Estados parte del Convenio que sean miembros del Comité Ejecutivo de la Unión de París o de Berna), junto a una Secretaría o Buro Internacional (dirigida por el Director General y demás directores adjuntos), según los artículos 7, 6, 8 y 9, respectivamente.

⁸⁶⁶ Documento OMPI núm.446.

⁸⁶⁷ *Vid. Intellectual Property Reading Material*, Documento OMPI núm.476, pág. 363.

resolución de conflictos un cauce garantizado y adecuado para el restablecimiento de este tipo de derechos⁸⁶⁸.

2. La Organización Mundial del Comercio

Frente a tal sistema, encontramos dentro del marco de la *Organización Mundial del Comercio* el denominado «*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement Disputes*» (DSU) dentro del marco establecido por TRIPS bajo los auspicios de la OMC(art.64)⁸⁶⁹.

La OMC nació con una vocación mucho más amplia. Tras el denominado «Acuerdo de la Ronda de Uruguay» de 1993, se le atribuye a la OMC la administración del acuerdo TRIPS. El presente acuerdo establece los mínimos para que se entiendan garantizados los derechos de propiedad intelectual, de acuerdo con lo ya establecido en las Convenciones de París y Berna. Allí se fija además el compromiso de cada uno de los Estados-parte de adoptar los procedimientos internos que aseguren la efectividad de tales derechos distinguiendo entre las políticas de los países desarrollados y aquellos que se encuentran en vías de desarrollo. En concreto, y por lo que se refiere a estas fórmulas alternativas de resolución de conflictos, el art.64 de TRIPS remite a los arts.XXII y XXIII de acuerdo GATT de 1994 en lo referido al establecimiento de mecanismos para resolver disputas⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ En este sentido *vid.* GURRY, F., «The WIPO Arbitration Center», *Alternative Dispute Resolution Guide*, AIPLA, enero, págs. 71 y ss.

⁸⁶⁹ Art.64 «1. The provisions of Articles XXII and XXIII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 as elaborated and applied by the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes shall apply to consultations and the settlement of disputes under this Agreement except as otherwise specifically provided herein». *Vid.* GERVAIS, D., *The TRIPS Agreement*, Sweet and Maxwell, 1998, págs.373 y ss.; BOTANA AGRA, M. «Los derechos de autor y afines en el marco del acuerdo de la creación de la Organización Mundial del Comercio: anotaciones al régimen contenido en la sección 1 de la parte II del acuerdo sobre los ADPIC o TRIPS», *ERG*, mayo, 1995, pág.5291 y ss.

⁸⁷⁰ ABBOTT, F., (COTTIER/GURRY), *The international intellectual property system: Comentary and materials*, KLUWER International, 1999, pág. 353.

De esta forma, cualquier país miembro de la OMC puede utilizar tal vía de resolución de controversias teniendo en cuenta que quedan excluidas y, por tanto, no se encuentran legitimadas, las personas privadas así como cualquier otra organización que no sea parte de la OMC⁸⁷¹. Cualquier incumplimiento de los mínimos establecidos en el acuerdo TRIPS deberá antes pasar por un procedimiento de consultas bilaterales y, en segundo lugar, mediante los buenos oficios, conciliación y mediación. El denominado DSU utiliza como último recurso el arbitraje y son tales los mecanismos existentes hasta llegar a utilizarlo que, en la actualidad, hace que no exista una práctica. Nada obsta a que este incipiente sistema funcione con el tiempo; la regulación existe y el tráfico jurídico es tan variado que no faltará ocasión en la que podamos observar la eficacia de este instrumento internacional. Por tal razón consideramos de mayor utilidad al objeto de este trabajo, el estudio comparado entre el sistema arbitral y mediador establecido por la OMPI con el arbitraje institucional que, en la actualidad goza de mayor arraigo, a saber, el arbitraje impartido por la CCI.

3. La Corte Internacional de Arbitraje de París

Se encuentra sita en la *Cámara de Comercio Internacional* (1919). En concreto, ésta es una organización empresarial mundial, cuyos objetivos son comerciales, dentro de una economía de libre mercado. De entre sus servicios, uno de los más esenciales, es el ofrecido por la Corte Internacional de Arbitraje. Su importancia en el foro internacional es decisiva: «tan solo un año después de la creación de las mismas, se concedió a la CCI el carácter consultivo de primer nivel ante las Naciones Unidas»; hoy tiene voz y voto en todos los encuentros internacionales de relevancia comercial⁸⁷².

⁸⁷¹ «The dispute settlement mechanism is essentially an inter-governmental forum. Private parties have no right to get directly involved. They should ask to be represented by their respective governments», *vid.*, www.wto.org/eol/.

⁸⁷² Publicación CCI núm.581, pág. 58.

La Corte Internacional de Arbitraje de París fue creada en 1923, asistió al nacimiento del Convenio de Nueva York de 1958 o al de Ginebra de 1961 y desde sus inicios se ha configurado como un centro de gestión de arbitrajes de reconocido prestigio⁸⁷³. Su procedimiento arbitral es muy cuidadoso y garantista, sobre todo, tras esta última reforma y ello le ha enarbolado como primer centro de arbitraje internacional en materia de propiedad intelectual.

Se trata de un arbitraje institucional, inmerso en una Cámara de Comercio, destinado a resolver los conflictos que se generen dentro del ámbito negocial internacional, cuando exista convenio de arbitraje. Junto a la *Corte de Arbitraje*, órgano administrativo o de gestión de naturaleza independiente respecto de la Cámara, coexiste con un *Comité ejecutivo* con representantes de diferentes países, con un *Consejo* encargado de nombrar a estos, una *Secretaría Permanente*, cuyos miembros se encuentran sujetos a un estrictas incompatibilidades a la hora de ser árbitros⁸⁷⁴. La misión de la Corte consiste en supervisar cada uno de los procedimientos arbitrales con el fin de comprobar si son acordes a sus normas y asegurar la ejecutabilidad del futuro laudo arbitral, nombramiento o sustitución de árbitros, costes, el lugar del arbitraje a falta de mención de parte, etc., pero nunca decide sobre cuestiones de fondo⁸⁷⁵.

Una de las grandes ventajas que ofrece este procedimiento se manifiesta a través del denominado *pre-arbitral referee Procedure*. Con el fin de solventar los problemas que pueden surgir durante el tiempo que transcurre entre la firma de un convenio y el nombramiento de árbitros, es posible que el presidente de la Corte, nombre de forma inmediata un árbitro. Este goza de un plazo máximo de 30 días para adoptar la decisión en cuestión y ésta decisión no produce efectos de cosa juzgada ni tampoco goza de los efectos negativo y de litispendencia. Se trata

⁸⁷³ Recientemente su Reglamento de arbitraje ha sido modificado y está en vigor desde el 1 enero de 1998.

⁸⁷⁴ Arts.2 y 3 del Rto. interno de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.

⁸⁷⁵ *Guide to ICC Arbitration*, Publicación ICC núm.448. En torno a estas cuestiones véase también, PLANTEY, A., «A major realisation...», *op.cit.*, pág. 10.

éste de un mecanismo que asegura la celeridad de la tutela del sujeto desprotegido ante una violación de su derecho de propiedad intelectual que, de no darse de forma inmediata, sería ineficaz.

III. EL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA OMPI

De todos los posibles arbitrajes aludidos, el único centro realmente creado con vocación internacional y especializada es el de la OMPI. Observemos, pues, qué notas le caracterizan como el organismo más indicado para proteger la propiedad intelectual y darle una tutela más adecuada, más allá de los ordenamientos estatales.

Anunciábamos que se trata de una institución de vocación internacional cuyo cometido tiende a proteger, en interés de la comunidad internacional unos derechos que, por definición, son de naturaleza privada pero sujetos en mayor o menor grado a limitaciones legales, dependiendo de la regulación otorgada por cada Estado. Por tanto, para que el arbitraje impartido por ésta sea válido, se debe atender al juego de los ordenamientos nacional e internacional, a efectos de que no contradiga la Ley de arbitraje del país donde deba el laudo ejecutarse (art.3 Reglamento de Arbitraje de la OMPI y art.3 LA).

1. Características

Se trata de un *arbitraje institucional*, conforme al artículo 10 de nuestra Ley de Arbitraje, por ser gestionado por una Corporación de Derecho Público internacional, a la que «las partes le encomiendan la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, de acuerdo con su reglamento». De las normas reguladoras de tal arbitraje internacional se extraen las mismas características que de cualquier otro arbitraje administrado por una corporación nacional; sus límites fijados a efectos de un futuro reconocimiento y ejecución, en el Estado en cuestión (art. V del Convenio de Nueva York), coinciden con los señalados en el artículo 45 de la LA.

El Centro de arbitraje de la OMPI, como toda institución administradora, goza de un *Reglamento* que regula, conforme al Estatuto de la OMPI, su estructura interna y procedimiento de actuación. En este caso, el Estatuto del Centro se encuentra conformado por su propio Reglamento que, de cualquier modo, cumple con las finalidades atribuidas a la Organización por el Convenio de Estocolmo. Dicho Centro fue creado por unanimidad por la Asamblea General de la Organización por lo que el Reglamento ha sido legitimado por el órgano competente para ello y su sola aprobación⁸⁷⁶ ya le dota de carácter vinculante, sin necesidad de previa protocolización⁸⁷⁷.

El Rto. de la Cámara de Comercio Internacional es muy sencillo, compuesto de 35 artículos, donde se marcan cuatro momentos claves para la celebración de un arbitraje: el inicio, la composición y establecimiento del tribunal, el procedimiento arbitral, laudo y costas. Frente a ello, el Rto. de la OMPI duplica el número de artículos, ascendiendo a 78, aunque los momentos o fases arbitrales sea idénticos: inicio, constitución del tribunal, procedimiento, laudo, costas, confidencialidad y un apartado destinado a un miscellaneous.

2. Composición

El Centro de resolución de controversias de la OMPI se encuentra integrado por tres órganos, a saber, la *Comisión consultiva*, el *Consejo de arbitraje* y el *Centro*, encargado de su administración. Mientras la Comisión, integrada por expertos de alto nivel en materia de arbitraje, suple cualquier duda o deficiencia durante la celebración de estos, prestando asesoramiento al Tribunal sobre cualquier aspecto procedimental, el Consejo planifica la política del Centro y

⁸⁷⁶ Los Proyectos de Reglamento de Arbitraje, así como el de Mediación y el de Arbitraje acelerado de la OMPI, fueron creados por un grupo de expertos integrado por cuatro miembros del Consejo como son Marc Blessing (Presidente de Swiss Arbitration Association), Gerold Herrmann (Secretary, UNICTRAL), Jan Paulsson (Vicepresidente LCIA) y Albert van den Berg (Netherlands Arbitration Association). Después de ser presentados dichos proyectos en los círculos de mayor relevancia en la materia, fueron aprobados por el Consejo de Arbitraje de la OMPI.

⁸⁷⁷ Vid. ALVÁREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *La anulación del laudo arbitral*, Granada, 1996, pág. 196.

aprueba, en su caso, cualquier modificación del Reglamento. Por su parte, el Centro de arbitraje, propiamente dicho, será el encargado de hacer viable el mismo y nombrar el tribunal que llevará a cabo la celebración de éste.

Por lo que al Centro de arbitraje *-strictu sensu-* se refiere, es el encargado de gestionar el arbitraje, no sólo conforme a su propio Reglamento, sino también es competente para actuar como institución imparcial que desempeña ciertas funciones y servicios conforme al Reglamento de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁸⁷⁸ en materia de propiedad intelectual.

3. Funciones

A pesar de su dicción literal, no sólo se encarga de administrar y asegurar la celebración de arbitrajes, sino que sus servicios incluyen la posibilidad de acabar las controversias mediante mediaciones, buenos oficios, arbitrajes acelerados y mediaciones seguidas de arbitrajes⁸⁷⁹.

⁸⁷⁸ Vid. Documento OMPI núm.447. Dicho Reglamento se creó en 1976 con el fin de fomentar, mediante una completa legislación, el arbitraje dentro de las relaciones comerciales internacionales.

Su intervención queda limitada a actuar como autoridad nominadora del Tribunal o del árbitro único (art.7 Reglamento CNUDMI) conforme a los sistemas de listas del citado Reglamento o las del mismo Centro de arbitraje de la OMPI.

En segundo término, el Centro de Arbitraje podrá decidir conforme a las recusaciones de árbitros que las partes les planteen (art.12 Reglamento CNUDMI), así como el nombramiento de cualquier árbitro sustituto e incluso, cuestiones económicas fundamentales durante la celebración del arbitraje como la delimitación de los honorarios de los mismos (art.39) o la realización de depósitos (art.41).

En cuanto a sus servicios administrativos, el Centro de Arbitraje deberá prestar todos los medios físicos y materiales para la celebración del mismo y velar por la realización de un procedimiento garantista y eficaz, conforme de su propio reglamento se puede derivar.

⁸⁷⁹ Recientemente, y fruto de las necesidades creadas por el uso de la propiedad intelectual a través de las redes de comunicación y negocios de Internet se ha introducido nuevas fórmulas como es el procedimiento de impugnación de nombres de dominio administrativo o *Administrative Domain Names Challenge Panels*, destinado a impugnar aquellos nombres de dominio que coincidan con marcas internacionalmente conocidas, *vid.* Documento OMPI núm.TDN/CM/I/3 Anexo I. Así mismo, al arbitraje, arbitraje acelerado y mediación existentes, se les ha dotado de un carácter más dinámico y acorde a las características de este tipo de novedosas relaciones jurídicas, de modo que van a poder celebrar *on-line* o a través de las infraestructuras de internet.

Otra función encomendada al Centro es la de asesorar durante la elaboración de *contratos* entre las partes y, en concreto, a la hora de realizar los *convenios* de sometimiento de controversias a la competencia de dicho Centro.

1. *Mediación*: Nos encontramos ante una fórmula de autocomposición. Las partes son las encargadas de adoptar la solución al conflicto y, por tanto, el mediador tan sólo hace viable la aproximación de ambas, tan sólo hace viable su comunicación, en la medida que estas han acudido ante el mismo pero, en última instancia, quienes deciden son ellas⁸⁸⁰; el acuerdo al que lleguen tendrá la eficacia de un contrato y de no alcanzar el mismo, quedará expedita la vía judicial y arbitral⁸⁸¹. La OMPI ha creado su propio Reglamento de mediación.

2. En segundo lugar, encontramos los servicios de *arbitraje* que ofrece el Centro. En este caso, la heterocomposición marca la naturaleza de esta fórmula de resolución de controversias. Para ello, la OMPI ha creado un pormenorizado Reglamento garantista aunque, en ocasiones, mejorable por otorgar excesivos poderes al Centro y al Tribunal.

Mención especial merece el proyecto de Reglamento que, en materia de medidas cautelares, ha creado el Centro siguiendo el modelo ya consolidado del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (*Pre-Arbitral referee Procedure*)⁸⁸². Aunque con carácter contractual se van a poder adoptar medidas cautelares sin necesidad de acudir al auxilio judicial internacional.

3. *Arbitraje acelerado*: A la fórmula anterior podemos añadir ciertas modificaciones en relación con sus plazos y, consiguientemente, a sus costes. Para asuntos de poca cuantía, el Centro recomienda acudir a las partes a este tipo de arbitraje, pues las garantías quedan igualmente salvaguardadas y económicamente resulta más rentable que el arbitraje ordinario, atendiendo al carácter transnacional que normalmente tienen estos litigios.

⁸⁸⁰ Al respecto *vid.* GURRY, F., «The WIPO Arbitration Center», *Alternative Dispute Resolution Guide, op.cit.*, pág. 74.; también *vid.* MNOOKIN R., y FRIEDMAN, G. *WIPO Training Program on Mediation in Intellectual Property Disputes*, Mayo, 1997.

⁸⁸¹ Es tal la transcendencia práctica de la presente fórmula en materia de propiedad intelectual que se hace necesario un estudio profundizado de la misma merecedor de un capítulo expresamente dedicado a ello, por lo que a lo dicho allí nos remitimos.

Si bien el Reglamento de arbitraje permite diferenciar en el tiempo la presentación de la solicitud del escrito de demanda y de contestación, en el arbitraje acelerado se exige la presentación conjunta de ambos. Junto a esto existe una concentración de las audiencias en un periodo máximo de tres días, con la limitación temporal existente que impide que la duración de dicho arbitraje sea superior a un periodo de tres meses. Por último, el árbitro es único y elegido por las partes, salvo falta de acuerdo, en cuyo caso le corresponderá al Centro formular la designación. En todo lo demás, se regirá por el Reglamento de arbitraje objeto de estudio en el presente trabajo.

4. *Arbitraje seguido de mediación*: Es posible que las partes que se encuentra celebrando una mediación acepten la propuesta del mediador. Así lo expresa el artículo 13.b) del Reglamento de Mediación. Aceptada dicha propuesta por las partes se pasará nuevamente de una fórmula autocompositiva a una heterocompositiva⁸⁸³.

Al respecto, son tres las posibles arbitrajes que propone el mediador:

- En primer lugar, el Reglamento permite al mediador que proponga pasar a un arbitraje sin más. Aunque nada se dice, debería firmarse un convenio en ese mismo momento en el que se reflejará la voluntad de las partes, conforme a las cláusulas propuestas por el mismo Centro de Arbitraje⁸⁸⁴ con el fin, al mismo

⁸⁸² *Vid.*, Documento OMPI núm. ARB/AC/95/3, de 27 de octubre de 1995 y WIPO/ARB/DR/5, de 19 de abril de 1996.

⁸⁸³ «Cuando el mediador estime que cualesquiera de las cuestiones controvertidas entre las partes no sean susceptibles de ser resueltas mediante mediación, el mediador podrá proponer para que lo consideren las partes, los procedimientos o medios que considere más apropiados para resolver tales cuestiones, teniendo en cuenta las circunstancias de la controversia y cualquier relación comercial existente entre las partes, de la manera más eficaz, menos onerosa y más productiva. En particular, el mediador podrá proponer en su caso: (...) ii) el arbitraje; iii) la presentación por cada parte de las ofertas finales de solución y, en ausencia de solución mediante la mediación, la realización de un arbitraje sobre la base de esas ofertas finales y con arreglo a un procedimiento arbitral se circunscriba a determinar cuál de las ofertas finales prevalecerá; iv) un arbitraje en el que el mediador actúe, con el consentimiento expreso de las partes, como árbitro único, entendiéndose que el mediador podrá tener en cuenta en el procedimiento arbitral la información recibida durante la mediación» (art.13).

⁸⁸⁴ *Vid.* Anexo Reglamento de Arbitraje de la OMPI, Documento OMPI núm.446, en lo relativo a la *cáusula recomendada de mediación seguida, en ausencia de solución, de arbitraje*, la cual asegura que

tiempo, de no contradecir el mandato del artículo 5 de nuestra LA al constituirse como norma de *ius cogens*, a efectos de posterior reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. La manifestación inequívoca de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje debe hacerse de modo fehaciente, por ser ésta la fuente de poder de actuación del árbitro.

- En segundo lugar, puede llegarse hasta el final de la mediación y, ante la falta de solución entre las partes, sea el mediador el que proponga la firma del acuerdo, con lo que comenzará un arbitraje, pero sobre la base de las ofertas finales por las partes propuestas. Conforme al Reglamento de arbitraje deberá designarse al Tribunal o al árbitro único y será este tercero *supra partes* el que decidirá condicionado por las propuestas de las partes.

- Por último, el procedimiento de mediación se convierte en arbitraje, en sentido estricto, pues el mismo mediador, bajo pacto expreso de las partes, podrá

una vez surgida la controversia, como es el caso, las partes firmantes de dicho acuerdo someten «la controversia siguiente a arbitraje para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la OMPI: (Breve descripción de la controversia)

El tribunal arbitral estará compuesto por (tres árbitros) (un árbitro único). El arbitraje tendrá lugar en ... El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será... Se resolverá la controversia de conformidad con el derecho...».

Por contra, puede que esta posibilidad de sometimiento a arbitraje una vez fracasada la mediación, sea acordada incluso antes de que surja la controversia. Dicha previsión se llevará a cabo conforme a la siguiente cláusula: «Toda controversia, diferencia o reclamación que surja del presente contrato y de toda enmenda al mismo o relativa al presente contrato, incluyendo en particular, su formación, validez, obligatoriedad, interpretación, ejecución, incumplimiento o resolución, así como las reclamaciones extracontractuales, será sometida a mediación de conformidad con el Reglamento de Mediación de la OMPI: la mediación tendrá lugar en...El idioma que se utilizará en la mediación será...»

Si la controversia, diferencia o reclamación no ha sido solucionada en la mediación, o en la medida en que no haya sido solucionada, ésta será sometida a arbitraje, mediante la presentación de una petición de arbitraje por una de las partes, para la resolución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI. No obstante, si antes de la expiración del plazo de (60) (90) días, una de las partes se abstiene de participar o deja de participar en la mediación, se someterá la controversia, la diferencia o la reclamación a arbitraje mediante la presentación de una petición de arbitraje por la otra parte para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI. El Tribunal arbitral estará compuesto por (tres árbitros) (un árbitro único). El arbitraje tendrá lugar en... El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será... La controversia, diferencia o reclamación sometida a arbitraje se resolverá de conformidad con el derecho de...».

En todo caso, dichas cláusulas no son más que meras recomendaciones, con lo que cualquier otro acuerdo de sometimiento sería válido.

convertirse en árbitro, pasando a utilizar toda la información y documentación recibida en el siguiente procedimiento.

Se pone, entonces, en tela de juicio la imparcialidad del órgano decisor que ha tenido conocimiento previo del asunto y de las posibles alegaciones de las partes, el cual, haciendo uso del pacto de confidencialidad que se deriva de estas fórmulas, puede haber dado informaciones que, efectivamente, condicionen al árbitro, que pasa a actuar *supra partes*. No obstante, el Reglamento recoge los mecanismos de abstención y recusación tendentes a garantizar dicha imparcialidad.

IV. EL ARBITRAJE EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL: OMPI *VERSUS* CCI

1. Naturaleza jurídica

En el arbitraje internacional el tema de la naturaleza jurídica también ha sido objeto de numerosos estudios⁸⁸⁵. Al igual que en derecho nacional, encontramos frente a la teoría contractualista, las posturas jurisdiccionalistas y mixtas y, en esencia, en nada difieren de éstas⁸⁸⁶.

Una vez más se reconoce una fase puramente contractual y otra procesal: Como todo arbitraje, tras el mismo se ubica la autonomía de la voluntad de las partes fijada en un pacto o *convenio arbitral*, por lo que no deja de ser un contrato⁸⁸⁷ del que se derivan efectos procesales, aunque lo impartan árbitros

⁸⁸⁵ DAVID, R., *Arbitration in International Trade*, Kluwer, 1985, págs. 77 y ss.; ARETS, J., «Reflexions sur la nature juridique de l'arbitrage», *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1962, pág. 175; RUBELLIN-DEVICHI, J., *L'arbitrage: nature juridique: droit interne et droit international privé*, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1965.

⁸⁸⁶ Para un estudio pormenorizado de cada una de estas posturas, SAMUEL, A., *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West German Law*, Publicación Institut Suisse de Droit Comparé, núm.11, págs. 31-74.

⁸⁸⁷ En torno a la naturaleza jurídica del convenio arbitral *vid.*, BÁDENAS CARPIO, J.M., «El arbitraje institucional: Breve comentario al Reglamento de la Corte de Arbitraje de Valencia», *Actualidad Civil*,

incardinados dentro de una organización pública internacional. Los efectos negativos y de litispendencia son igualmente reconocibles en este tipo de arbitraje. Aceptado el encargo arbitral, surge el efecto procesal por excelencia: el inicio del proceso arbitral. Debiera surgir también responsabilidad, pero precisamente se trata ésta de una de las grandes lagunas del arbitraje internacional, al incluir tales reglamentos de modo expreso cláusulas de exoneración de responsabilidad tanto para el centro de arbitraje, como para los árbitros o para la misma organización en las que se encuentren sitios.

El resultado de la actividad producirá igualmente la eficacia de cosa juzgada y será ejecutable conforme al Convenio de Nueva York de 1958. Eficacia propia de las sentencias y ejecutividad siguen siendo sus características principales, encontrando su mayor límite en materia de medidas cautelares.

2. Elemento objetivo: el convenio arbitral

Una vez admitida la posibilidad del artículo 10 LA de deferir la administración del arbitraje a una institución, sea o no de carácter internacional, resulta necesario tener en cuenta, dado el carácter internacional del Reglamento de arbitraje de la OMPI, que el sistema arbitral allí regulado deberá ser lo suficientemente flexible como para que el laudo resultante pueda ser luego ejecutado en los diferentes sistemas nacionales, pues de otra forma se podrá dar lugar en ocasiones a la nulidad del laudo y, en otros casos, a una simple anulabilidad del mismo⁸⁸⁸. Para ello deberemos observar, con carácter principal, la adecuación entre el Convenio de Nueva York y el Reglamento de arbitraje de la OMPI en sus contenidos

núm.15/12-18 abril 1993, pág. 270. En contra de dicho carácter contractual, *vid.* LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje interno e internacional*, Tecnos 1989, pág. 63.

⁸⁸⁸ En todo caso, cuando haya un cumplimiento voluntario del mismo resulta intrascendente cualquier vicio. El problema surge cuando ese laudo queramos ejecutarlo -coactivamente- dentro de nuestro Estado. En este caso, sí que tendremos que tener en cuenta la gravedad del vicio atendiendo a las causas de denegación del Convenio de Nueva York porque el artículo.6.3 Cc. y el mandato del artículo.11.2 LOPJ impide a los órganos jurisdiccionales del Estado que se les pase desapercibido nuestro *orden público* y legislación interna imperativa..

mínimos imprescindibles y, subsidiariamente, con el sistema arbitral establecido según la CCI.

A. *Requisitos objetivos*

El concepto de convenio arbitral aparece definido de modo muy similar tanto en las legislaciones nacionales como en el artículo II del Convenio de Nueva York, requiriéndose de un «acuerdo por escrito» que «expresé la voluntad inequívoca» de las partes de «someter sus controversias», «presentes o futuras», «sean o no contractuales», «a la decisión de uno o más árbitros», bien se encuentre incluido en un «contrato principal» o en un «compromiso o acuerdo independiente» «contenido en canje de cartas o telegramas». Con ello se evita cualquier género de discrepancias interpretativas, dado que, al tener un carácter universal para España, el Convenio debe entenderse aplicable y no, por contral, la legislación nacional.

En tal sentido, tanto el artículo 1 Reglamento de la OMPI, como la cláusula de arbitraje recomendada por la CCI, parecen claras al respecto. Para la OMPI el concepto de *«acuerdo de arbitraje»* debe de entenderse como aquel *«por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas; un acuerdo de arbitraje puede adoptar la fórmula de una cláusula compromisoria en un contrato o la de un compromiso»*. Sin embargo, en nuestra opinión, la cláusula modelo que recomienda la Corte de Arbitraje Internacional es mucho más directa y parece no dejar dudas en relación con la voluntad de sometimiento, cuando advierte que *«todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste, serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este reglamento»*.

Pero en torno a este elemento convencional se deben distinguir diferentes mínimos con el fin de fijar cuándo un convenio arbitral es válido «formal» y «materialmente». A la primera se refiere el art.II.2 Convenio de Nueva York y 1.2 del Convenio de Ginebra de 1961, conforme al principio de *favor validitatis*⁸⁸⁹; respecto de la segunda, el art.V.1.a) regula la validez sustancial de dicho convenio y atenderá a aquellos requisitos que afecten al «fondo» del mismo, conforme el Derecho aplicable al fondo⁸⁹⁰; en el caso español, los arts.60 y 61 LA.

B. Requisitos subjetivos

Junto al contenido formal del convenio arbitral, el tutelado que acude al arbitraje debe cuidar aquellos otros presupuestos que afecta a la persona, como son la *capacidad*, *disponibilidad* sobre la controversia, pues se encuentran en relación directa con conceptos procesales tales como la *capacidad procesal* y también la *legitimación*. En todos estos casos, las partes firmantes deberán estar a la Ley que se haya elegido como aplicable.

⁸⁸⁹ Art.II.2 Convenio de Nueva York afirma que «La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas». Este artículo ha sido duramente criticado por no esclarecer los requisitos necesarios para considerar un acuerdo como válido; así lo señala SAMUEL, A., *Jurisdictional Problems in International ...*, *op.cit.*, págs. 81-82 cuando confirma que «Article II (2) is perhaps the most poorly drafted provision of the entire Convention. There are two type of problems with it. The first is that the english and french versions of the paragraph mean quite different things. It is, therefore, impossible to say categorically what the provision actually means. The second groups of problems related to the french text which appears to exclude, from the ambit to the Convention, agreements made by means of communication which are, or are becomming increasingly common in international trade».

Por su lado, el art.1.2 del Convenio Europeo sobre arbitraje internacional confirma que tal acuerdo debe estar «firmado por las partes o contenido en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor...». En el mismo sentido podemos encontrar la propia Ley Modelo UNCITRAL cuando confirma que «The arbitration agreement shall be in writting. An agreement is in writting if it is contained in a document signed by the parties or in a exchange of letters, telex, telegrams or other means of communication which provide a record of the agreement, or in a exchange of statements of claim and nor denied by another» (art.7).

⁸⁹⁰ Al respecto, *vid.*, ESPLUGUES MOTA, C., (junto a MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., CORDÓN MORENO, F., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., MASCARELL NAVARRO, M.J.) *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, *op.cit.*, págs. 311 Y 317.

Al arbitraje de la OMPI puede acudir cualquier sujeto físico o jurídico, que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, que afirme ser titular de un derecho de propiedad intelectual, del tipo que fuere. Es decir, entidades de gestión, asociaciones de usuarios que afirmen ser titulares de derechos de propiedad intelectual.

a. Capacidad

El tema de la capacidad se presenta como una cuestión fundamental hasta tal extremo que, su falta condicionará la jurisdicción del tribunal arbitral y podrá ser fundamento de un posterior recurso de anulación del laudo resultante o, incluso, servir como causa de denegación del reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera (art.V.1a) CNY).

Para la determinación de la misma, el Rto. de la OMPI remite, conforme al artículo 59 c), a las normas que sean de aplicación al *fondo* del litigio o bien a la ley aplicable de conformidad con su párrafo b) del citado precepto, es decir, la ley aplicable al *procedimiento arbitral*⁸⁹¹. Con tal técnica se pretende dar seguridad al éxito del arbitraje, considerando este requisito interpretable según el derecho que le resulte más favorable a su validez, sea como cuestión procesal o de fondo.

Si el derecho aplicable resulta ser el español, deberá de estarse al artículo 1263 del Código Civil relativo a la capacidad de las partes para contratar. No podrán comprometerse contractualmente y, por tanto, celebrar convenio arbitral, los menores no emancipados, los locos o dementes y sordomudos que no sepan escribir. En los demás casos se podrá prestar consentimiento válidamente haciéndose imprescindible que exista una libre disposición del derecho objeto del

⁸⁹¹ Nos encontramos ante una norma de conflicto con punto de conexión múltiple de carácter alternativo, orientado a dar validez al convenio arbitral en todo caso.

convenio, con el fin de que éste, además de válido, otorgue el poder de decidir a los árbitros⁸⁹².

Por su parte, conforme a la posibilidad ofrecida en ese párrafo b) del art.59 del Rto., las normas de Derecho Internacional privado de las Leyes nacionales de arbitraje, pueden identificar, según acontece en el caso español, la capacidad para contratar con la exigida por la Ley personal del contratante «para disponer de la materia controvertida» (art.60 LA). Nuevamente, se plantea el concepto de arbitrabilidad como el elemento clave del convenio arbitral, de modo que «su validez última, dependerá directamente de la arbitrabilidad de la materia que se somete a arbitraje»⁸⁹³.

b. Arbitrabilidad

La importancia de este concepto es meridiana. A través de él queda afectado el objeto del proceso y el poder del árbitro para decidir en el laudo. Cualquier extralimitación en estos sentidos, constituiría causa de anulación del laudo arbitral o motivo de no reconocimiento (art.V.II. a) Convenio Nueva York). La arbitrabilidad de la cuestión litigiosa es un requisito *ad validitatem*⁸⁹⁴. Para saber qué materias pueden ser objeto de arbitraje se deberá de estar al concepto de *orden público* del ordenamiento nacional donde el laudo se pretenda ejecutar (art.V.II.b).

⁸⁹² En este sentido, resulta muy interesantes las afirmaciones de CORDÓN MORENO, F. (y otros), *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, *op.cit.*, págs. 47 y 48, por las que diferencia los conceptos de *capacidad* y *legitimación*. «El origen de la «jurisdicción arbitral» -dice el citado autor-, se encuentra en la voluntad de las partes y si nadie puede dar lo que no tiene o aquello sobre lo que no puede disponer, difícilmente pueden conferir las partes «jurisdicción» a los árbitros para que decidan el conflicto relativo a una materia indisponible. (...) No es que quien carezca de poder de disposición no tenga capacidad para otorgar el convenio, sino que no está legitimado para disponer del objeto sobre el que el convenio recae». En contra *vid.* BÁDENAS CARPIO, J.M., «*El arbitraje institucional...*», *op.cit.*, pág. 272; O'CALLAGHAM, X., «*El contrato de compromiso...*», *op.cit.*, pág. 5.

⁸⁹³ ESPLUGUES MOTA, C., *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, *op.cit.*, pág. 317.

⁸⁹⁴ LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje Español*, (junto a SILGUERO ESTAGNAN, J.), Dykinson, Madrid, 1994, pág. 86.

Intimamente relacionado con este concepto, se ubica el de *disponibilidad material y legitimación procesal*. Pues bien, el arbitraje solo tendrá sentido si es iniciado por quien afirma ser titular de dichos derechos (*legitimación procesal*), independientemente de que a través del proceso se deduzca y demuestre dicha titularidad (*legitimación material*)⁸⁹⁵. Por tanto se encontrará legitimado activa y pasivamente para iniciar el proceso arbitral y ser demandado en el mismo, respectivamente, aquellos que hayan firmado el convenio⁸⁹⁶.

Para averiguar cuál es la Ley aplicable se deberá de estar a lo dispuesto en los Reglamentos de arbitraje (art.V CNY). Para la OMPI (art.59.a) para interpretar la disponibilidad, se deberá estar al derecho aplicable al fondo elegido por ellas o, en caso de silencio, al derecho que estime el tribunal como más apropiado para el caso. En nada difiere en este aspecto la postura adoptada por el Reglamento de la CCI (art.17).

Si observamos también el Convenio de Nueva York vemos que coinciden los requisitos hasta ahora estudiados (titularidad, capacidad y arbitrabilidad) con los exigidos para dotar de validez dentro del territorio nacional al laudo arbitral internacional.

Del Reglamento de la OMPI se desprende una gran flexibilidad de su articulado, con el fin de salvar las especiales características que cada ordenamiento nacional posee, aunque no faltan ocasiones en las que tal laxitud o flexibilidad contribuyen a un fracaso en el arbitraje. Por tal razón, creemos más apropiado el talante mantenido tras la reforma de la CCI, donde el «acta de

⁸⁹⁵ MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 37 y 38.

⁸⁹⁶ Cabría preguntarnos en este caso si habría posibilidad de otorgar poderes a un tercero representante para firmar el convenio en nuestro nombre. La Ley guarda silencio al respecto al igual que el Reglamento de Arbitraje de la OMPI. Algún autor como ESPLUGUES MOTA, C., siguiendo al Convenio de Ginebra de 1961 admite tal posibilidad y considera que para su adecuación a Derecho debe de optarse por «el sistema de Derecho Internacional Privado que parezca más apropiado para el caso» a la hora de admitir el otorgamiento del convenio en nombre y por cuenta de otra persona, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje, op.cit.*, págs. 315 y 316.

misión» está destinada a puntualizar sobre ciertos mínimos que, tras la práctica de la institución, se han presentado como los puntos débiles del arbitraje.

C. Requisitos formales

Para conseguir la validez formal del convenio arbitral, son diferentes las observaciones que podemos realizar⁸⁹⁷:

a) En primer lugar, resulta criticable la terminología que utiliza la OMPI en su Reglamento, hoy desechada⁸⁹⁸. Conocida es la problemática que, especialmente, en el ámbito internacional conllevó la diferenciación entre figuras como el «contrato preliminar o cláusula compromisoria» y el «compromiso»⁸⁹⁹.

b) Sería deseable que el Reglamento de la OMPI hubiera formulado cierta delimitación del «tipo de controversias jurídicas» que pueden someterse a este arbitraje institucional, es decir, las derivadas de la propiedad intelectual. Tal mención no se encuentra establecida, aunque se deriva de la misma justificación de esta corporación de derecho público, si el Reglamento de lo ponemos en conexión con el Convenio de Estocolmo de 1967. Ante tal situación, debe entenderse el ámbito objetivo en un sentido amplio, teniendo en cuenta el derecho aplicable al fondo del asunto y el del lugar de ejecución del laudo.

⁸⁹⁷ Vid. VULLIEMIN, J., «La Ley de arbitraje y la especificidad del Arbitraje comercial internacional», *La Ley*, 1990, pág. 919; ESPLUGUES MOTA, C., (y otros), *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, *op.cit.*, pág. 317.

⁸⁹⁸ No obstante lo dicho, somos conscientes de que es ésta la terminología utilizada dentro del ámbito internacional conforme se desprende de la Ley Modelo de UNCITRAL de 21 de junio de 1985, Reglamento de la misma de 15 de diciembre de 1976 y Convenio de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958. Desde 1988 tan sólo se habla de «convenio arbitral».

⁸⁹⁹ Vid. BÁDENAS CARPIO, J.M., «El arbitraje institucional: Breve comentario al reglamento de la Corte de Valencia», *op.cit.*, pág. 37; Díez-PICAZO, L., «El pacto de compromiso y la nueva Ley de Arbitraje», *ADC*, 1954, págs. 1155 y ss.; GARCÍA RUBIO, P., «El convenio arbitral en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1988-1989, pág. 72; GULLÓN BALLESTEROS, A., «Algunos problemas que suscita la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *La Ley*, 1989-2, pág. 1046; GUASP, J., *El arbitraje en el Derecho español*, Bosch, 1956, pág. 37; O'CALLAGHAN, X., «El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *AC*, núm.1 semana 2-8 enero de 1989; LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje Español*, *op.cit.*, págs. 73-80.

c) Ante la OMPI queda abierta la posibilidad de someter controversias emergentes en el mismo momento de pactar el convenio o puede crearse un compromiso respecto de controversias futuras, siempre y cuando, como mínimo, quede establecida *a priori* la relación jurídica de la que pueden surgir las controversias⁹⁰⁰. La tendencia actual es, a la luz de la práctica de la CCI, la de estipular la denominada «Acta de Misión» o *Terms of Reference*, por la que la Corte aprueba un pacto establecido entre las partes ante el tribunal arbitral, con el fin de fijar el objeto de la controversia, los plazos, condiciones de actuación etc. De esta forma, cualquier otra modificación de los términos allí establecidos requerirá de la autorización del tribunal (arts.4 y 9 CCI).

d) Otro requisito fundamental a la hora de crear un convenio es el relativo a la expresión de una «voluntad inequívoca» de sometimiento. Si la autonomía de la voluntad de las partes es el origen o fuente del arbitraje, su falta debe desencadenar la nulidad del mismo⁹⁰¹. Manifestada ésta, resultará innecesaria la expresión contractual de esa «obligación de cumplir» y de someterse a la decisión, por ser retórica y no aportar nada⁹⁰².

No importa el medio por el cual se establezca tal voluntad (art.4 Rto. OMPI) siempre que se haga «por escrito», sin que tampoco sea imprescindible la firma

⁹⁰⁰ Vid. entre otros, CORDÓN MORENO, F, (y otros), «Comentario Breve a la Ley de Arbitraje, *op.cit.*, pág. 48; BADENAS CARPIO, J.M, «El arbitraje institucional...», *op.cit.*, pág. 272; OCALLAGHAN, X., «El contrato de compromiso según la Ley...», *op.cit.*, pág. 2; FONT SERRA, E., «La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español», *Justicia 1989*, pág. 351. Esta delimitación es fundamental, como se verá más adelante, a efectos de cumplir con la obligación de fallar y de congruencia que se deriva para los árbitros.

⁹⁰¹ Así se deriva de la dicción literal de los artículos 5 y 6 LA. No obstante, en los casos en los que se haya prestado un consentimiento por escrito, derivado de conversaciones preliminares al contrato, o de cualquier forma que deje constancia documental de la que se pueda derivar dicha voluntad de sometimiento, el convenio arbitral podrá entenderse como defectuoso y ser subsanado en cuanto tal. Incluso la falta de firma no debería ser obstáculo para ello, sobre todo, a tenor del artículo.6.2 LA. Al respecto, *vid.* ARTUCH IRIBERRI, E., «El convenio arbitral defectuoso», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1995, pág. 417 y 419; BÁDENAS CARPIO, J.M., «El arbitraje institucional...», *op.cit.*, pág. 270; ALBALADEJO, M., «La forma del contrato de arbitraje y el llamado arbitraje informal», *AC*, núm.4, 1990, pág. 64.

⁹⁰² En este sentido encontramos otras opiniones como la de BÁDENAS CARPIO, J.M, «El arbitraje institucional...», *op.cit.*, pág. 271; FONT SERRA, E., «La nueva configuración...», *op.cit.*, pág. 351.

del mismo⁹⁰³. La práctica arbitral de la Corte internacional es clara al respecto, al admitir la existencia del convenio y, por tanto, del consentimiento en someterse, tanto en supuestos en los que de las propias características del contrato así se deriva (v.gr. en los casos de personarse grupos de empresas cuando alguna de ellas no ha dado expresamente el consentimiento), como por la propia conducta mantenida por la parte implicada en el arbitraje, etc⁹⁰⁴.

Para lograr el éxito del arbitraje tanto el Reglamento de la OMPI como el de la CCI han publicado igualmente unas cláusulas contractuales recomendadas para evitar todo este tipo de deficiencias.

e) Resta tan sólo poner de relieve la confirmación que dichos Reglamentos realizan en torno al *principio de separabilidad* del convenio arbitral respecto del contrato principal⁹⁰⁵. No falta práctica arbitral en tal dirección. Son muchas las razones por las que se intenta invalidar un acuerdo arbitral tomando como base el contrato principal, unas veces, alegando defectos en la formación del mismo, otras veces, por falta de poder o autorización en su firma, etc.⁹⁰⁶; corresponde, por tanto, al centro que lo gestiona, averiguar *ad casum* cuándo realmente debe ser inoperativo el convenio arbitral, a los efectos de conseguir la validez exigida por el art.II.3 Convenio de Nueva York.

⁹⁰³ En relación al Convenio de Nueva York, SAMUEL, A., *Jurisdictional Problems in International ...*, *op.cit.*, págs. 82, cuando confirma que «Where the arbitral clause or agreement is contained in a exchange of letters or telegrams, no signature is required for the conditions contained in Article II (2) to be satisfied».

⁹⁰⁴ DIMOLITSA, A., «Issues concerning the existence, validity and effectiveness of the arbitration agreement», *Rev.CCI*, núm.7/2, 1996, págs. 17 y 18.

⁹⁰⁵ La doctrina sobre la separabilidad de ambos contratos se encuentra internacionalmente aceptada por varias razones: a) Porque ello parece más conforme con la voluntad de las partes que estipularon el arbitraje; b) Porque así se reducen las posibilidades de impugnar la jurisdicción del árbitro; c) Porque así se pone fin a la irracional distinción entre cláusula arbitral y acuerdo complementario de arbitraje; d) Porque es la cláusula arbitral la que debe producir efectos sobre el arbitraje. *Vid.* SAMUEL, A., *Jurisdictional Problems in International ...*, *op.cit.*, págs. 155 y ss.

⁹⁰⁶ DIMOLITSA, A., «Issues concerning the existence, validity and effectiveness of the arbitration agreement», *Rev.CCI*, núm.7/2, 1996, pág. 19.

El artículo 6.4 del Reglamento de la CCI no deja lugar a dudas al respecto⁹⁰⁷, pero la misma afirmación podría derivarse del art.36.b) del Rto. de la OMPI⁹⁰⁸.

f) Por último, dos son los requisitos que pueden contribuir a la validez formal del convenio. Nos referimos a la determinación del procedimiento para la designación de árbitros y al procedimiento arbitral⁹⁰⁹. Su ausencia nunca puede afectar al mismo sino, en todo caso, pondría en marcha los mecanismos creados por el Centro de Arbitraje para suplir la autonomía de la voluntad de las partes no expresada en el convenio.

4. El inicio del arbitraje

A. *El control de la validez del convenio*

Dada la importancia del convenio arbitral, como fuente de todo arbitraje, éste deberá ser válido desde el primer momento, *ab initio*. Por esta razón, en todas las normativas de arbitraje institucional internacional, se requiere que sea presentado junto a la solicitud del arbitraje al Centro⁹¹⁰.

En relación con el control de su validez, son dos las posibles posturas que encontramos. Por un lado y conforme al arbitraje de la OMPI, corresponderá sólo al tribunal arbitral y nunca al centro su control de oficio, según el principio de

⁹⁰⁷ «Salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El Tribunal arbitral conservará su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones».

⁹⁰⁸ *Vid.* Documento OMPI núm.446. Respecto a esta posible autonomía entre ambos contratos *vid.* GETE ALONSO, M.C, «La caracterización del convenio arbitral en la Ley de 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje», *La Ley*, 2 de marzo de 1990, pág. 3

⁹⁰⁹ El Reglamento tampoco exige expresamente la incorporación de este tipo de reglas en el convenio arbitral. Sin embargo, si se observa las cláusulas recomendadas e, incluso, los documentos que deben de presentarse junto con la petición de arbitraje (art.9) sí que parece ser considerada la posibilidad de dicha estipulación.

⁹¹⁰ *Vid.* art.2.3 AAA Rules ; art.3.2.c) ICC Rules ; art.1.b) LCIA Rules ; art.3.3.c) UNCITRAL Rules ; art.9.iii) WIPO Arbitration Rules, entre otras.

intervención mínima por el que se rige el Centro de Arbitraje⁹¹¹. El problema surge cuando el tribunal todavía no se ha constituido: corresponde a las partes en tal caso autorizar al centro gestor para que realice su control.

Sin embargo el arbitraje de la CCI va más allá y otorga competencias a la Corte a quien corresponde la misión de controlar *ex officio* la validez y correcta constitución del convenio, con el fin de asegurar el éxito del arbitraje, siempre que se haga de manera somera y sin afectar al fondo del asunto⁹¹².

B. El escrito de solicitud de arbitraje

Una vez surgida la disputa y firmado el convenio arbitral, «el demandante transmitirá la *petición* de arbitraje al Centro y al demandado» (art.6 Rto. OMPI). Comienza, pues, la administración o gestión por el Centro a través de este «escrito de solicitud» que, en ningún caso, debe confundirse con el de demanda, sin perjuicio de que ambas puedan presentarse conjuntamente⁹¹³. Esta posibilidad no siempre se reconoce en todas las regulaciones internacionales⁹¹⁴.

⁹¹¹ Vid. GURRY, F., *Conference on Rules for Institutional Arbitration and Mediation*, Ginebra, 20 enero, 1995, doc.741, donde se reconoce que la autoridad administrativa «should, in so far as possible, not become involved in questions that may be left to the arbitral tribunal or the courts for decision. In conformity with this position, article 36.a) of the WIPO Arbitration Rules sets out a well-known kompetenz-kompetenz rule» con el fin de poder controlar de oficio su propia jurisdicción.

Véase también, STALEV, Z., «La "competencia-competencia" de los Tribunales Arbitrales», *Estudios de Derecho Procesal en honor a Victor Fairén Guillén*, *op.cit.*, pág. 535.

⁹¹² KLEIN, T., «Disagreement on the scope of an arbitration», *Rev. CCI*, núm.7/2, 1996, pág. 25 cuando afirma que «the Court will follow the letter of the text and will make a "surface" examination of the will of the parties. This is a purely factual examination and consists in noting the existence or non-existence of the clause. Given that it is disconnected from any applicable law, the Court's examination will be the same regardless of the law applicable to the dispute agreement (...). This aspect clearly distinguishes the Court's work from that of an arbitral tribunal».

⁹¹³ Así se desprende de los arts.10 y 12 en relación a los arts.41 y 42 Rto. de la OMPI, por los que se admite la presentación del escrito de demanda y contestación a la demanda con carácter simultáneo a de los escritos de solicitud del arbitraje.

⁹¹⁴ Por ejemplo, la AAA Rules (arts.2 y 3), entre otras, tan sólo admiten la presentación de la solicitud de arbitraje y demás documentación junto con la presentación de la demanda. Es lo que se denomina sistema «one-stage» a la hora de presentar la demanda. Frente a esto, encontramos el sistema establecido por la OMPI, LCIA (art.1,2 y 6). Vid., GURRY, F., «The commencement of Arbitral Proceedings», *Conference on Rules for institutional arbitration and mediation*, Geneva, 1995, Documento OMPI, núm. 741, pág. 11.

Paralelamente, el Reglamento de la CCI establece un sistema muy similar. En su artículo 4.5 se establece que, tras la presentación de la demanda de solicitud de arbitraje ante la Corte, le corresponde a ésta dar traslado de las respectivas copias de demanda bajo la condición de que haya mediado pago anticipado o «provisión de fondos»⁹¹⁵. La presente petición de arbitraje por parte del demandante, en nuestra opinión, debe obligar al Centro a ponerse en marcha, debido a la oferta pública de sus servicios, pero pudiera pedirse un resarcimiento indemnizatorio (art.77 Rto. OMPI y art.34 Rto. CCI)⁹¹⁶.

Sin embargo, a tal respecto el artículo 6.2 del Reglamento de la CCI no deja lugar. Allí establece específicamente que «si la Corte no estuviere convencida de la posible existencia (del convenio), se notificará a las partes que no se puede proseguir. *En este caso, las partes conservan el derecho de solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no un acuerdo de arbitraje que les obligue*» (la cursiva es mía). Aunque la reserva que hace la Corte es idéntica a la establecida por la OMPI, pone su acento en la idea de que las partes en ningún caso podrán utilizar tal situación con carácter perjudicial, sino que conservan su derecho a recibir una tutela judicial efectiva.

C. Inicio del arbitraje

La fecha del inicio es decisiva tanto a efectos de presentación del escrito de contestación a la solicitud de arbitraje como del comienzo de la fase procesal⁹¹⁷. De esta forma, será computado como *dies a quo* del comienzo del arbitraje el día

⁹¹⁵ En el caso del Reglamento de arbitraje de la CCI (arts.4 y 5), calificado como «two-stages», pero por el cual se someten las partes mediante sus escritos de demanda y contestación, existiendo una segunda fase a continuación por la que las partes y árbitros corroboran cuál es exactamente la «misión» del tribunal arbitral, los datos y mínimos que deben concurrir para celebrar con éxito ese arbitraje.

⁹¹⁶ Paralelamente la existencia de un convenio arbitral podría ser causa de denegación de la tutela jurisdiccional provocando este hecho una absoluta indefensión al demandante o, lo que es lo mismo, un defecto de jurisdicción.

⁹¹⁷ Vid. GURRY, F. *Conference on Rules...*, *op.cit.*, pág. 16, «... the date of commencement of the arbitration is the date on which the Request for arbitration is received by the WIPO Arbitration Center. Under Article 8, the Center must inform the claimant and the respondent of the receipt of the request for arbitration and of the date of the commencement of the arbitration».

en el que el Centro de arbitraje de la OMPI recibe el escrito de solicitud del mismo, que no coincide necesariamente con el del procedimiento arbitral⁹¹⁸. Tampoco existe esa identidad de actos y, por tanto, de fechas en el arbitraje de la CCI, sino que se diferencia claramente entre el momento de *inicio* del proceso arbitral y el de la firma del Acta de misión, momento a partir del cual, verdaderamente, comienzan a correr el plazo de 6 del que dispone el Tribunal para dictar laudo (art.4.2).

Cabe señalar el especial valor que la Cámara de Comercio Internacional le ha dado al pago de una caución tras la reforma de su Reglamento. Con el fin de que la Corte pueda dar traslado del expediente a los árbitros, se hace necesario el abono de una cantidad a título de anticipo sobre gastos administrativos (art.4.4 Rto. CCI y Apéndice III sobre honorarios y costos del arbitraje). Sin tal provisión no puede continuar el arbitraje⁹¹⁹, debe suspenderse si, una vez iniciado, no fuera suficiente y la Corte reclamara una segunda cantidad (art.30.1). Similar sistema y de igual eficacia es el establecido por el Rto. de la OMPI (arts.70 y 71), donde le corresponde al Secretario fijar tal cantidad en relación al monto de la demanda y los previsibles honorarios del árbitro.

4. El órgano arbitral

Una vez aceptada por el Centro o Corte de arbitraje la administración del procedimiento, deberá velar porque las partes lleguen a un acuerdo, tanto en cuanto al procedimiento de designación del Tribunal, como en lo referente a la composición del mismo. Sólo a falta del acuerdo de ambas partes debería de intervenir el Centro con el fin de designar al árbitro⁹²⁰. Se aprecia un diferente

⁹¹⁸ Vid. artículo 37 del presente Reglamento, el cual resulta muy controvertido.

⁹¹⁹ CREMADES, B., «Nuevas reglas de arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional», *Derecho de los Negocios*, año 8, núm.85, pág. 4.

⁹²⁰ Efectivamente, con el fin de evitar que quede frustrado el arbitraje, el Centro de arbitraje de la OMPI se inmiscuye, en ocasiones, excesivamente. Su justificación, según vemos es clara, pues el Rto. lo permite si «only that degree of supervision on the part of WIPO Arbitration Center as is necessary to

talante entre ambas normativas, siendo el reglamento de la CCI en mayor medida garantista.

A. Número de árbitros y el procedimiento para su designación.

Doble es el enfoque que se debe hacer al tratar el tema de la composición y establecimiento del tribunal. Por un lado, la determinación del número de árbitros; por otro, el procedimiento de designación de los mismos que, en ocasiones, responderá a un acuerdo de las partes y otras veces, la única vía será la de formular designación mediante el denominado «procedimiento por defecto», según la terminología del Rto. de la OMPI (art.19)⁹²¹. A su vez, las diferencias oscilarán entre aquel tribunal que se encuentre compuesto por un solo árbitro y aquel que sea colegiado o tripartito.

«El Tribunal constará del número de árbitros convenido por las partes»⁹²². Sólo a falta de acuerdo, le corresponde a los Centros de arbitraje decidir sobre el número de árbitros; bajo la óptica de ambos Reglamentos, el órgano arbitral será unipersonal, salvo que existan razones para motivar al Centro a que decida lo contrario, «en cuyo caso el Tribunal constará de tres árbitros» (art.14 Rto. OMPI y art.8.2 Rto. CCI).

Obviamente, la autonomía de la voluntad de las partes prima y, sólo ante la falta de pronunciamiento de las mismas en torno a dicho procedimiento de

ensure that the essential elements of the arbitral procedure are set on foot», GURRY, F., *Conference on Rules...*, *op.cit.*, pág. 16.

⁹²¹ El establecimiento de este tipo de procedimiento por el que se otorga competencia al Centro en numerosas ocasiones para garantizar el éxito del arbitraje podría equipararse a la figura de la «formalización judicial del arbitraje» de la Ley de Arbitraje de 1988 (art.38), con la diferencia de que no es un juez el que decide -debido al carácter supranacional de las controversias y de este arbitraje internacional en sí- sino un órgano de naturaleza administrativa, que en ningún caso tampoco podrá enjuiciar la validez del convenio (art.42 LA).

⁹²² No obstante dicha libertad, las partes deberán asegurarse de que el número convenido está permitido por el Derecho del lugar de celebración del arbitraje, aplicable al procedimiento. Para evitar problemas es aconsejable acudir al asesoramiento del Centro. En el caso español la LA exige un número impar con el fin de evitar posibles empates y en el caso de que las partes guarden silencio el Tribunal tendrá carácter colegiado al integrarse por tres árbitros

designación, se pondrán en marcha los mecanismos sustitutivos aplicables por el Centro, en especial, nos referimos al «procedimiento por defecto» (art.19 Rto. OMPI).

Son varias las posibilidades que recogen los Reglamentos:

1º) Resulta posible que el «Tribunal» se encuentre compuesto por un sólo árbitro; en este supuesto, primará la autonomía de la voluntad de las partes (arts. 15.a) y 16.a) Rto. OMPI y 8.3 Rto. CCI). Pero, es más, en caso de alcanzar tal acuerdo sobre la persona que ha de decidir, en el supuesto de la CCI, le corresponde confirmar tal nombramiento a la Corte, una vez corroborada la independencia de sus miembros. Sin embargo, lo más usual es que las partes en conflicto no lleguen a un consenso, cuando se trata de un solo árbitro; interviene, entonces, la Corte y selecciona uno de los *Comités Nacionales que componen la Cámara de Comercio Internacional* para que propongan un árbitro. La propuesta realizada debe ser igualmente corroborada por la Corte⁹²³. El sistema de la CCI nos parece a todas luces adecuado, pese a que la misma denominación de «tribunal» pudiera resultar antagónica con la configuración unipersonal del órgano.

Frente a éste, en el arbitraje diseñado por la OMPI le corresponde al Centro nombrar un árbitro directamente de la oferta que permanentemente tiene y, tan sólo, atendiendo a las razones que «subjétivamente» entienda como más oportunas.

2º) Puede ser, sin embargo, que el Tribunal tenga, efectivamente ese carácter colegiado, bien porque ha mediado mención expresa de las partes en relación al

⁹²³ En este sentido se pronuncia IMHOOS, C., «The ICC arbitral process: Constituting the arbitral tribunal», *Rev. CCI*, 1994, núm.II/2, pág. 4, cuando afirma que «In practice, however, parties rarely reach agreement on a person to act as sole arbitrator, and thus it almost always falls to the Court to proceed on their behalf. The Court selects an ICC National Committee to propose an arbitrator and once the proposal has been made and the Court has accepted it, the arbitrator nominated by the National Committee is "appointed" by the Court».

número de árbitros, o bien porque, ante su silencio, los Reglamentos atribuyen a sus Centros tal determinación, «dadas las circunstancias del caso». Son dos las posibilidades que encontramos al respecto:

a) *Dualidad de posiciones compuestas por una sola parte*. En tal caso rige la autonomía de la voluntad de las partes (art.15.a) Rto. OMPI y art.8.4 Rto. CCI); elegido el árbitro por cada una de ellas, ambos deberán ser los que nombren al árbitro presidente (art.17 Rto. OMPI)⁹²⁴, sin olvidar la posibilidad ofrecida por el Rto. de la CCI de que sea directamente la Corte quien designe al presidente, salvo que la reserva de las partes en favor de tal designación la hiciera un tercero⁹²⁵.

b) La otra posibilidad que ofrecen los Reglamentos es la dualidad de posiciones integrada, a su vez, por pluralidad de partes, es decir, *arbitraje multi-parte*. Rige, como en los otros supuestos, con carácter prioritario el acuerdo de las partes, de forma que, cada posición elige a un árbitro y ambos, de común acuerdo, elegirán al árbitro presidente⁹²⁶. En el supuesto establecido para la CCI,

⁹²⁴ El art.17 adolece de ciertas contradicciones. En el párrafo c) se le otorga a la parte demandante un plazo de 15 días para designar un árbitro, contados a partir de la fecha en que el demandante recibe la notificación del Centro comunicando el carácter tripartito o colegiado del tribunal. Por contra, el demandado -erróneamente designado *demandante* en la versión española-, afortunadamente, dispone del plazo de 30 días para la formulación de su propuesta, contados a partir de la recepción de la propuesta del demandante. Con ello se incurre en una grave discriminación para la parte actora.

Cualquier tipo de irregularidad en la designación que sea contraria al principio de igualdad enunciado en el art.38.b) del Rto., es causa suficiente para la anulación del laudo arbitral dentro de la legislación española o causa de no reconocimiento y ejecución conforme al Convenio de Nueva York de 1958.

⁹²⁵ IMHOOS, C., «The ICC arbitral process: Constituting the arbitral tribunal», *op.cit.*, pág. 4 señala The parties occasionally provide that they or a third person (for example, the Chairman of the ICC or the Chairman of the International Court of Arbitration) will appoint the chairman of the tribunal arbitral (or even the sole arbitrator).

⁹²⁶ Por su parte, debemos señalar el sentido erróneo e injustificado del presente artículo 18 en su letra b). Si nos atenemos al tenor literal del precepto su contenido puede ser controvertido y un tanto paradójico, y no necesariamente se presenta como un supuesto de laboratorio. Allí se estipula que ante la falta de acuerdo entre las partes de la posición pasiva en los 30 días siguientes a la recepción de la petición de arbitraje, «todo nombramiento de un árbitro anteriormente efectuado por él o por los demandantes se considerará nulo y el Centro nombrará a dos árbitros».

Por un lado, puede que los demandantes no hubieran nombrado un árbitro comúnmente y se hubiera tenido que acudir al procedimiento por defecto del art.19, sin perder de vista el tiempo que ello conlleva. Con posterioridad y en aplicación del párrafo b) del presente art.18, ante la falta de acuerdo de

ante el desacuerdo, le corresponde a la Corte solicitar del Comité Nacional la propuesta de un miembro para que ejerza tal función y sólo excepcionalmente podrá designarlo ella misma sin acudir a este sistema de comités⁹²⁷ (art.9.3 y 4 Rto. CCI).

3º) El arbitraje de la OMPI hace referencia al denominado «nombramiento por defecto» *ex art.* 19. En este precepto se alude a los supuestos en los que existe una ausencia de pronunciamiento de parte.

Se diferencia entre los casos en los que el tribunal es colegiado (19.a), en cuyo caso «el centro procederá inmediatamente» a su nombramiento, y aquellos otros en los que el órgano arbitral es unipersonal o falta nombrar al presidente, cuyo sistema de nombramiento resulta algo más complejo.

El Centro procede a la realización de unas listas de árbitros en los que concurren las posibles características y aptitudes solicitadas por las partes⁹²⁸. Cada parte puede suprimir a los candidatos que no desee y deberá enumerar, de entre los restantes, su orden preferente. Se dispone de un plazo de 20 días para la devolución al Centro de la lista confeccionada y el silencio se entenderá positivo, es decir, en favor del orden establecido previamente por el mismo. De entre los candidatos comunes, el Centro elige al árbitro presidente en su caso. A falta de coincidencia, igualmente, procederá el Centro a su designación⁹²⁹.

los demandantes, «todo nombramiento de un árbitro anteriormente efectuado (...) se considerará nulo y el Centro nombrará (nuevamente) los árbitros». Por tanto, si nos atenemos al tenor del precepto se podría desembocar en este tipo de situaciones; aunque en la práctica dicho nombramiento realizado por el Centro se mantendría como válido, no deja de ser objetable. Además, para estos casos de falta de colaboración y acuerdo entre las partes, es para los que se ha regulado el sistema «por defecto».

⁹²⁷ «The Court may choose the sole arbitrator or the charmain from a country that has no National Committee, if the parties do not object, within the periode to them by the Court; this sitaution arises when, for example, the facts in the file require the selection of an arbitrator from the country where there is no National Committee (countries of Eastern Europe).

⁹²⁸ Con este sistema, lo que se pretende evitar es el denominado «burning factor». Frecuentemente, la parte tiende a denegar el árbitro propuesto por la otra parte por el sólo hecho de prevenir dicha designación de ella, *vid.* GURRY, F., *Conference on Rules...*, *op.cit.*, pág. 20.

⁹²⁹ Resulta adecuado a la naturaleza del arbitraje que, ante la falta de acuerdo de las partes y para que éste no quede frustrado, el Centro acuda al procedimiento del artículo 19 y que, junto a la colaboración de

El sistema resulta complejo y costoso. En el arbitraje impartido por la Cámara de Comercio Internacional no existe tal procedimiento sino que, la propuesta de candidatos, se delega siempre a esas sedes de representación nacional. Sólo en el caso «de no aceptar la Corte la propuesta, o si el Comité nacional no presenta la propuesta en el plazo fijado por la Corte, o si la parte en cuestión es nacional de un país en el que no se haya constituido Comité nacional, la Corte quedará en libertad de elegir a la persona que estime apropiada» (art.9.6 Rto. CCI).

Al nombrar o confirmar la designación de un árbitro, los centros de arbitraje deben de tomar en consideración la nacionalidad de las partes, su residencia, la complejidad de la disputa, la existencia de una demanda reconvenional, cualquier otra relación que dicho árbitro tuviere con los países de los que son nacionales las partes o los demás árbitros, así como su disponibilidad y actitud para dirigir el arbitraje.

B. El ejercicio del cargo arbitral: su imparcialidad

«Todo árbitro será imparcial e independiente» (art.22 Rto. OMPI). Con un tenor distinto, hace igualmente alusión el Reglamento de la CCI cuando afirma: «todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje» (art.7.1).

Tal *status* viene garantizado en la práctica de forma muy variada. En ocasiones, encontramos que los centros de arbitraje se decantan por asegurar que el órgano decisor goce de una nacionalidad diferente a la de las partes, con el fin de evitar cualquier tipo de hostilidades (art.20 Rto. OMPI y art.9 Rto. CCI); otras

las partes, llegue a designarse al árbitro; ésta es, por definición, la función que debe desempeñar el Centro, equivalente, en ocasiones, a la «formalización judicial del arbitraje», de modo que posibilita que éste llegue a buen fin. Pero no resulta en absoluto respetuoso con la naturaleza del mismo y la autonomía de la voluntad, la suplantación que de ésta se hace en el art.19.c). Si las partes han colaborado y llegado a un acuerdo entre ellas, consenso que es, en definitiva, el que legitima y da poder a un árbitro, en ningún caso debería ser suplantado por la decisión unilateral del Centro, conforme se desprende del citado precepto. Como mínimo, y para evitar posibles arbitrariedades, el Reglamento debería delimitar las causas por las que «a su juicio (podría considerar que) el procedimiento descrito en este párrafo no es apropiado para el caso» (art.19.c) *in fine*). Este criterio nos parece demasiado vago y flexible.

veces, se observa asegurada la imparcialidad a través de una serie de prohibiciones establecidas entre el árbitro y las mismas (art.21Rto. OMPI); en ocasiones, a través de la intervención de los citados comités nacionales (art.9 Rto. CCI), pero, sobre todo, mediante los mecanismos procesales destinados a lograr una efectiva imparcialidad, como son, la recusación y la abstención⁹³⁰.

Ante la pregunta: ¿quiénes pueden ser árbitro?, parece que estos Reglamentos no aportan una línea explicativa exhaustiva. Las exigencias del derecho nacional en cuanto a ser abogado ejerciente parecen no ser necesarias en este caso. En especial, para la propiedad intelectual se hace aconsejable una especialización del sujeto encargado de resolver el conflicto antes que un técnico en derecho. En última instancia, los conocimientos jurídicos debe y puede aportarlos el Centro encargado de *administrar* el arbitraje. Por esta razón estos Reglamentos exigen del árbitro propuesto, tan sólo, disponibilidad para el ejercicio de su función desde el momento de la aceptación por escrito de su cargo (art.23)⁹³¹.

⁹³⁰ En principio, dichas exigencias no dejan de ser simples postulados si no son acompañadas de un verdadero régimen de recusación y, en su caso, de abstención, que aseguren el *desinterés del árbitro en el caso concreto* que se le presente. A ésta idea se le denomina imparcialidad y su ausencia constituye, en todo caso, causa de anulación del laudo dentro del derecho interno (art.18.2 LA), así como en el Derecho Internacional (art.V.1.d) del Convenio de Nueva York y art.12 del Reglamento de Arbitraje CNUMDI.

Con el fin de evitar una laguna tan peligrosa en relación a los conceptos que ahora estudiamos, encontramos, dentro de este ámbito internacional, una equiparación casi unánime entre las causas de abstención y recusación que podrían afectar dentro del ámbito de cualquier derecho interno a los jueces y magistrados, con las que pueden predicarse de los árbitros. De este modo, se expresa los artículos 10 y 12 del Reglamento y de la Ley Modelo, respectivamente.

Respecto a la independencia, es doctrina procesal unánime en todos los ordenamientos, el concebirla como el no sometimiento del órgano decisor a ningún otro «poder», de modo que, lejos de cualquier influencia externa, deberá ser independiente no sólo respecto de la controversia concreta sobre la que ha de decidir -es decir, imparcialidad- sino que verdaderamente es titular de una jurisdicción en la que se impide entrar a jueces y magistrados o a cualquier otro tipo de agente externo. Dicho esto, es preciso observar que el Centro encargado de administrar el arbitraje no puede, en ningún caso, extralimitarse de sus funciones de *mero* gestor que procura la consecución del arbitraje, no pudiendo impartir el mismo. Es el presente Reglamento arbitral el que debe de asegurar dicha independencia en el árbitro a la hora de ejercer sus funciones que, si se llevan a cabo conforme al mismo, deberán producir la eficacia de cosa juzgada de ese laudo arbitral.

⁹³¹ La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, también a la Corporación que administra el arbitraje a cumplir fielmente su encargo. Tal es la obligación que se genera para estos en la Ley de Arbitraje Española que, ante su incumplimiento, derivaría en responsabilidad por daños y perjuicios a favor de las partes, bien de modo directo o indirecto. Se concibe, pues, el arbitraje como fuente de derechos y obligaciones para todos los intervinientes y, por lo que a la responsabilidad de los árbitros y del Centro se refiere, podría equipararse a la que de la actuación del Estado puede derivarse a través de

Si en el momento del nombramiento del órgano arbitral todo transcurre con regularidad, y el árbitro acepta el encargo, deberá darse noticia de ello al Centro y éste se encargará de hacerlo a las partes. Sin embargo, nada se dice en cuanto al silencio que el árbitro pudiera guardar ante dicha propuesta de parte, pero debe sobreentenderse, por la naturaleza del cargo, que goza de un sentido negativo y, llegado el caso –según acontece acertadamente en el arbitraje de la OMPI- podrá el Centro adoptar las conclusiones que considere oportunas a efectos de posibles nombramientos futuros⁹³². Contrariamente, sí parece aludirse a la posibilidad de llegar a ser nombrado árbitro y que «sin ninguna razón válida, dej(e) de participar en la labor del tribunal»; al igual que en el caso anterior, tampoco aquí se hace mención expresa en torno a la responsabilidad del árbitro⁹³³.

A nuestro parecer, una mejor solución es la ofrecida en derecho nacional, cuando se afirma que «la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación (...) a cumplir fielmente su encargo incurriendo si no lo hicieren en responsabilidad por daños y perjuicios (...)» (artículo.16.1 LA), pero no es lo que encontramos en el arbitraje impartido por tales Centros⁹³⁴.

sus representantes. En definitiva, es una forma de garantizar y asegurar a las partes que el sistema por el que se ha optado es fiable, que diligentemente y de forma rápida se resolverán sus disputas. De ahí la conveniencia de la creación de un código deontológico común a todos los árbitros, así como de lo beneficioso que resulta la celebración de una «conferencia preparatoria» donde se fijen unos mínimos comunes insalvables para las partes, un calendario arbitral, etc. que obligue a los mismos aunque sólo sea éticamente. Así se recoge en el presente Reglamento de la OMPI (artículo 47), Reglamento de Arbitraje de la ICC (artículo 18), entre otros.

⁹³² En este punto parece coincidir con la situación establecida para el derecho interno; tal vez se eche falta un precepto de tal tipo en el arbitraje celebrado ante la CCI con el fin de asegurar el futuro cumplimiento del cargo arbitral.

⁹³³ En la práctica, estas situaciones pueden crear posibles susceptibilidades para las partes en relación con el derecho que tienen las mismas, que constituye, por contraposición, una obligación para los árbitros, en torno a la idea de confidencialidad, cuestión fundamental a tener en cuenta en el arbitraje.

⁹³⁴ En principio, aceptado el cargo y surgida la obligación de participar, ante el incumplimiento de la misma no nace para el perjudicado una acción directa contra la Corporación gestidora (art.77) ni tampoco respecto del árbitro en cuestión (art.16 LA)

De la observancia de otros arbitrajes internacionales institucionalizados no llegamos a la misma conclusión. En primer lugar porque siempre incluyen la cláusula de responsabilidad directa del Centro para estos supuestos. En segundo, por recoger códigos deontológicos que contienen «Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y otros órganos interesados en relación con los arbitrajes sometidos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI» en las que se aconsejaba en relación con la recusación de los árbitros la inclusión de dichos códigos «o principios escritos (...) para determinar la

a. Abstención

La figura de la *abstención* aparece también regulada en ambos Reglamentos de arbitraje. Al igual que acontece en el derecho nacional, no se trata ésta de una verdadera abstención, sino más bien de una obligación de poner en conocimiento de las partes y del centro de arbitraje de la existencia de causas que impiden la imparcialidad del órgano decisor. Tal requisito es parte de la «*fundamental public policy*»⁹³⁵.

Por un lado, el artículo 22 del Reglamento de la OMPI establece la obligación de comunicar al Centro y a las partes cualquier causa por la que él considera que podría no ser parcial, tanto en el momento de aceptar el cargo como en cualquier otro momento del arbitraje. En este caso, se entiende que el árbitro renunciaría al ejercicio de su cargo voluntariamente (art.28) y sería revocado en su nombramiento (art.30)⁹³⁶.

Frente a tal sistema, encontramos una obligación similar en el Reglamento de la CCI cuando afirma el deber de suscribir, *ab initio* y por escrito, un documento de declaración de independencia en el que de «a conocer a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia» (art.7.2). A tal obligación quedará igualmente sujeto durante todo el *iter* procedimental.

independencia e imparcialidad de los árbitros». Estos son ya una realidad según se observa, por ejemplo, en la AAA Rules en su *The Code of ethics for arbitrators in commercial disputes*, 1977, Doc. CMPI ARB/WK/GE/96/2, pág. 117.

⁹³⁵ BOND, S., «The constitution of the arbitral tribunal», *Rev.CCI*, 1997, núm.586, Suplemento especial, pág. 22.

⁹³⁶ Se ha de tener siempre en consideración el derecho interno del país donde se pretenda hacer valer el futuro laudo arbitral incluso a efectos de imparcialidad. En tal sentido, se plantea la duda sobre la posibilidad de que un sujeto que hubiera sido declarado judicialmente responsable o que con anterioridad hubiera incumplido su encargo fuera, sin embargo, nombrado por las partes en un arbitraje internacional auspiciado por el Centro, considerando dicha causa contraria al orden público de nuestro ordenamiento interno y, por tanto, tenido en cuenta a efectos de una denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero (art.45.5).

Puede que la revocación del nombramiento sea a solicitud de propio árbitro (art.30). En este caso se requiere el consentimiento de ambas partes o bien del Centro para dar validez a la pretendida abstención y, la calificamos de «pretendida», porque no necesariamente puede darse por razones de imparcialidad, sino que puede ser una decisión unilateral del árbitro; por este motivo se exige el consentimiento mutuo o del Centro. Estos sujetos tendrán necesariamente que conformarse con dicha renuncia con el fin de no continuar con un árbitro que no quiere ejercer «fíelmente su encargo».

b. Recusación

El concepto de *recusación* que delimitan estos Reglamentos de arbitraje, requiere de un acto de parte por el que se alegue la existencia de causa objetiva⁹³⁷ de imparcialidad. En el supuesto de la OMPI, tal comunicación se debe hacer al centro, al Tribunal -si estuviere constituido- y a la otra parte en los 15 días siguientes contados a partir de la recepción de la notificación del nombramiento o bien de tener conocimiento de la causa que le inhabilita para ser árbitro (art.25). Contrariamente, el Reglamento de la CCI establece un único escrito de comunicación en la Secretaría de la Corte, pero con un plazo y más amplio (30 días), a contar «desde la recepción de la notificación de nombramiento del árbitro o de su confirmación» por la Corte o, en caso de que la causa hubiere sido conocida con posterioridad a tal nombramiento, el *dies a quo* se computará a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento de la condición de *arbiter suspectus* (art.11.2 Rto. CCI).

En el arbitraje de la CCI no importa quién designó al árbitro recusado. Sin embargo, siguiendo los esquemas establecidos para el derecho interno,

⁹³⁷ En la práctica, las causas que se suelen alegar son las siguientes: relaciones comerciales y vínculos personales entre los árbitros y las partes, el hecho de ser el árbitro funcionario en el país de alguna de las partes, por haber sido nombrado en varias ocasiones en diferentes procedimientos pero con la misma compañía o empresa, por haber mediado contactos preliminares entre el árbitro y una de las partes, por mediar relaciones filiales entre el árbitro y abogado de parte, relación de subordinación, vínculos

consideramos acertado el mecanismo creado por la OMPI, por el que si la parte nombró ese árbitro, sólo podrá recusarlo por las causas conocidas *tras* su designación. En este caso, el Reglamento habilita al Centro para que impida a esa parte volver a designar otro árbitro (art.33).

A partir de dicho momento procesal, los procedimientos establecidos por ambos reglamentos son en cierta forma distintos. En el arbitraje de la OMPI, una vez dado traslado a la otra parte para que se pronuncie sobre la misma causa impeditiva, la continuación del procedimiento queda sujeta a voluntad de ésta y/o a la aceptación de tal causa por el árbitro. El Centro sólo interviene en el caso de que la otra parte no acepte tal recusación, o bien porque tampoco la admita el árbitro afectado (art.29). Frente a esto, la Corte de arbitraje de la CCI establece un sistema enteramente distinto por el que contrae la obligación de «pronunciarse sobre la admisibilidad y (...) sobre el fondo de la demanda de recusación», después de oídas todas las partes y demás miembros del tribunal. «*Dichos comentarios deberán ser comunicados a las partes*» (la cursiva es mía)⁹³⁸.

Las situaciones por las que puede ser revocado un árbitro en su cargo son diversas. La situación recogida por el arbitraje de la CCI es bastante más sencilla que la descrita por el arbitraje de la OMPI. En realidad son tres las situaciones que podemos encontrar:

profesionales entre los abogados, etc. *Vid.*, HASCHER, D., «ICC practice in relation to the appointment, confirmation, challenge and replacement of arbitrator», *Rev.CCI*, 1995, núm.VI/1, págs. 4-18.

⁹³⁸ A tal respecto, no le falta razón a BOND, S., «The constitution of the arbitral tribunal», *op.cit.*, pág. 24, cuando se pronuncia en torno a la problemática que un precepto como éste puede traer consigo por la publicidad que se le dan a tales pronunciamientos sobre la causa de recusación en cuestión. «..the 1998 Rules provide that comments to a challenge by the arbitrator concerned, any other arbitrators and other parties "shall be communicated to the parties and to the arbitrators. It will have to be seen whether the advantage of transparency in the challenge procedure outweighs the risks of a lengthier challenge procedure, violation of the " *secrets du délibéré*" and frank comments giving rise to disharmony within the Arbitral Tribunal. I would predict that the ICC Court will have to develop internal procedures to avoid giving the parties comments by arbitrators that reveal the inner workings of the tribunal or the thinking of the Tribunal on substantive issues before it».

- Por un lado, que exista acuerdo entre las partes a la hora de solicitar la recusación de un árbitro o, sin existir éste, que sea el propio árbitro el que decida aceptar la situación (arts. 28 Rto. OMPI y 12.1 Rto. CCI).

- También es probable que no exista consenso de ningún tipo ni por parte del árbitro ni de la otra parte; en este caso, le corresponde al Centro decidir sobre tal recusación, «de conformidad con sus procedimientos internos» -siguiendo la terminología del arbitraje de la OMPI (art.29)- o a la Corte de arbitraje (art.12.1 Rto. CCI). «No se exigirá al Centro que explique las razones de su decisión»⁹³⁹. Es más, incluso puede que la propia Corte decida unilateralmente cesar en su cargo al árbitro por existir razones *de iure o de facto* que le impiden cumplir con sus funciones arbitrales (aarts.12.2 Rto. CCI y art.32 Rto. OMPI).

Dentro de la potestad discrecional que se reserva el Centro, el Reglamento de la OMPI ha tomado la cautela de ofrecer la oportunidad a las partes de ser oídas⁹⁴⁰. Afirmando expresamente que serán de aplicación «los Artículos 26 al 29 (...) *mutatis mutandis*», es decir, se refiere al respeto por el principio de contradicción y audiencia que debe regir este proceso arbitral, así como la posibilidad de suspensión del procedimiento en tanto en cuanto se decide sobre la sustitución del árbitro⁹⁴¹.

⁹³⁹ A la luz de lo que acabamos de exponer, concluimos que dicha resolución no sólo es irrevisable sino que «el interesado podrá, en su caso, hacer valer la recusación al solicitar la anulación del laudo» (artículo 18.2 LA); en este supuesto, al pretender la denegación del laudo conforme al CNY, por no haberse dado un nombramiento regular y acorde con la institución del arbitraje.

⁹⁴⁰ Sería recomendable la introducción de cláusulas de este tipo en los diferentes supuestos problemáticos hasta ahora vistos, sobre todo, ante cláusulas tan laxas como la referida a la «imposibilidad de hecho o de derecho» que impida al árbitro el ejercicio de la misma. Además, consideramos que resulta totalmente compatible cierto grado de pomenorización en la norma con el carácter flexible que lógicamente debe de tener este tipo de artículos. Esta misma cuestión quedó reflejada en la discusión del artículo 14 de la ley Modelo, precedente de este artículo 32, por la amplitud de sus términos ; allí se concluyó que esas causas de hecho o de derecho por las que el árbitro se ve impedido para realizar sus funciones serían aquellas que le impidieran realizar su cometido «con prontitud razonable», *vid. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 18ª sesión*, núm.17 (A/40/17).

⁹⁴¹ Resulta indiferente que la parte acepte (art.28) o no (art.29) la recusación o incluso que árbitro decida renunciar voluntariamente una vez recusado, pues el artículo 29 en relación con el 32, permite al Centro que decida sobre la recusación e incluso que *motu proprio* sea él quien la proponga con independencia de cuál sea la voluntad de las partes ; ésta será respetada con sólo darle audiencia. No nos

c. Sustitución

La *sustitución* de los árbitros es un tema no carente de controversia. En todo caso, debiera respetarse la voluntad de las partes cuando se decantaron por un determinado procedimiento de designación, de forma que, aceptada la recusación, debería ser ésta la misma vía de designación del nuevo árbitro. Por su lado, íntimamente relacionado con este aspecto es la determinación que estos Reglamentos hagan en torno al principio de mediación y la posibilidad de suspender o no las actuaciones durante este trámite sustitutorio.

Acertadamente, en nuestra opinión, el Reglamento de la OMPI distingue entre aquellas situaciones en las que, bien la recusación no responde a una falta de diligencia por parte del sujeto que designó el árbitro, bien la revocación se realiza de mutuo acuerdo de las partes o bien porque el árbitro renuncia voluntariamente tras la recusación. Ante esta triple alternativa, se debe acudir al procedimiento ordinario para nombrar un árbitro (arts. 15 a 18) y, en su caso, al procedimiento por defecto, previsto en el Reglamento (art.19).

Contrariamente, la reserva discrecional en favor del centro es muy amplia a la hora de nombrar un árbitro sustituto en los arbitrajes internacionales. En los supuestos en los que no hubo acuerdo de las partes a la hora de aceptar la recusación, el árbitro no renunció voluntariamente (art. 29) o hubo una falta de diligencia, incluso mala fe en la parte que designó ese árbitro o, simplemente, por encontrarnos ante el supuesto del artículo 32, es el Centro quien puede asumir la

parece convincente la solución adoptada por el Reglamento por no ajustarse «al acuerdo celebrado por las partes o, en defecto de tal acuerdo, (porque) no se ha ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje» (art.V.1.d) CNY y art.34 Ley Modelo CNUMDI).

Es comprensible que el Centro pretenda evitar dilaciones indebidas y gastos innecesarios en el proceso arbitral, como serían, por ejemplo, la renuncia injustificada de un árbitro con perjuicio -intencionado o no- para la parte que no lo designó. Como se argumenta en los trabajos legislativos de la Ley Modelo (artículo 13) se ha de encontrar a través de la norma una «armonía entre la necesidad de impedir la obstrucción o las prácticas dilatorias y el deseo de evitar una pérdida innecesaria de tiempo», pero siempre sin perder de vista el objetivo y fundamento del arbitraje, *vid.*, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 18º periodo de sesiones* núm.17 (A/40/17).

competencia de designar a ese nuevo árbitro (art. 33). Resulta criticable tal amplitud en favor del Centro. En todo caso, entendemos que debería hacerse uso del principio de contradicción, como mínimo para la parte que actuó acorde a derecho. El Reglamento solo prevé la posibilidad de sancionar a la parte que no actuó diligentemente, no permitiéndole volver a designar a otro⁹⁴². Pero en nada difiere esta situación de la mantenida en el Reglamento de la CCI⁹⁴³.

Sustituido el árbitro, conforme a esa suerte de *principio de inmediación* propio del arbitraje, queda a decisión del tribunal arbitral la suspensión del procedimiento y/o repetición de actuaciones. Debemos de entender que si el arbitraje fuera conducido por un sólo árbitro debería ser el nuevo sustituto el que, tras la lectura de las actuaciones documentadas, solicitara al Centro y consultara con las partes sobre la repetición de cualquiera de aquellas, sobre todo, lo que a pruebas se refiere. Así se pronuncian las legislaciones internas⁹⁴⁴; en última instancia, en nuestra opinión, consideramos que, si ambas partes se sintieron suficientemente oídas, no habría lugar a tener que repetir ninguna actuación. De no ser así, deberán practicarse en los mismos términos que en su momento se propusieron dichos actos.

La CCI y la OMPI establecen una excepción a todo lo dicho para el caso de que el tribunal se haya «truncado» una vez realizada la instrucción del asunto (arts.12.5 y 35 respectivamente). Ambos Reglamentos permiten a un Tribunal

⁹⁴² Como vemos, esa sanción sólo será efectiva si realmente el Centro no hace uso de esa facultad discrecional que se ha reservado. De otro modo, no sólo se dejaría de castigar la falta de diligencia o, en su caso, de mala fe, sino que se sancionaría la posible buena fe de la parte que cumplió con sus obligaciones durante el procedimiento.

⁹⁴³ El procedimiento arbitral establecido por la CCI no hace referencia alguna a tal respecto sino que se limita a establecer una potestad discrecional para la Corte de arbitraje. «En caso de sustitución de un árbitro, decidirá de manera discrecional, si sigue o no el procedimiento original de designación. Una vez reconstituido, el Tribunal Arbitral resolverá, después de haber invitado a las partes a presentar sus observaciones, si y en qué medida se repetirán las actuaciones» (art.12.4). Tal facultad nos parece excesiva y, en tal sentido, nos parece más garantista el sistema establecido por la OMPI.

⁹⁴⁴ Acorde con el panorama de Derecho interno la sustitución que se diera durante la fase de audiencia y práctica de pruebas debería suspender el procedimiento, salvo que de la lectura de dichas actas se diera por enterado el nuevo árbitro, a efectos de cumplir con los mínimos procesales internacionalmente exigidos y las partes se dieran por suficientemente oídas (véase artículos 28 y V.1.b) de la Ley Española de Arbitraje y del CNY, respectivamente).

incompleto continuar con el procedimiento sobre la base de la actuación de los dos restantes miembros, sin necesidad de suspender. Solo «en caso de que los dos árbitros decidan no continuar el arbitraje sin la participación de un tercer árbitro, el Centro, previa prueba satisfactoria de que el árbitro ha dejado de participar en la labor del Tribunal, declarará la plaza vacante y, en ejercicio de su plena jurisdicción, nombrará un árbitro sustituto, salvo acuerdo contrario de las partes» (art.35 Rto. OMPI). Si esta situación puede resultar grave a la hora de dictar el laudo arbitral, todavía resulta más criticable cuando la decisión le corresponde tomarla unilateralmente al Centro, según acontece en el arbitraje establecido por la CCI. En este caso, tan sólo se exige que «al tomar dicha decisión, la Corte tome en consideración la opinión de los árbitros restantes y de las partes, así como cualquier otra cuestión que considere pertinente» (art.12.5 Rto. CCI).

Constituido el Tribunal se dará comienzo de inmediato al procedimiento arbitral conforme a los artículos 37 y siguientes.

5. El inicio del procedimiento arbitral

Una vez constituido el tribunal arbitral, debe dar comienzo el procedimiento, es decir, tras la constitución de la relación procesal arbitral deben desarrollarse los trámites sucesivos necesarios hasta llegar a obtenerse el laudo arbitral. Debemos atender al momento a partir del cual se puede entender iniciado el mismo, instante en el que debe llevarse a cabo la instrucción de la causa y la fase de audiencia. Pero para ello se hace muy recomendable el acuerdo previo entre las partes y el tribunal sobre aquellos mínimos procedimentales que deben respetarse durante éste, evitando así cualquier tipo de contradicciones con posterioridad. Nos referimos a la denominada «acta de misión», práctica habitual hoy en día (art. 18 Rto. CCI).

A. La firma del Acta de Misión

En la práctica arbitral, son numerosos los problemas que se derivan durante la determinación de ciertos aspectos procedimentales, en especial, cuando el árbitro intenta delimitar los puntos litigiosos a decidir, pues «las partes pueden sospechar que su formulación carece de neutralidad»⁹⁴⁵. Esta acta de misión - comúnmente denominada *terms of reference*- no se encuentra regulada en el arbitraje de la OMPI (art.47).

En nuestra opinión, siempre es aconsejable la celebración de este momento, bien sobre la declaración directa de las partes o bien sobre los documentos y alegaciones presentados por las partes, describiendo todo aspecto que éstas y el árbitro consideren relevantes durante el procedimiento. Entre tales aspectos, el Reglamento de Arbitraje de la CCI ha considerado acertadamente como mínimos los siguientes: a) reiteración del nombre de las partes y posible representación de las mismas; b) dirección certera a efectos de notificaciones; c) pretensiones de las partes y sumas reclamadas tanto en la demanda principal como reconventional; d) lista de los puntos litigiosos a resolver a menos que el tribunal no lo considere adecuado por las circunstancias del caso; e) nombre y apellidos completos, así como dirección de los árbitros; f) sede del arbitraje; g) normas aplicables al procedimiento; h) en su caso, poderes de los árbitros para actuar en equidad.

La vinculación que tal acta produce alcanza hasta el punto de que «una vez firmada (...) o aprobada por la Corte, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas, principales o reconventionales, que estén fuera de los límites fijados en ella, salvo autorización del tribunal arbitral, el cual, al decidir al respecto, deberá tener en cuenta la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en la que se encuentre el proceso arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes» (art.19 Rto. CCI). Con ello se agilizan los plazos y asegura el procedimiento

⁹⁴⁵ CREMADES, B., «Nuevas reglas de arbitraje en la Cámara...», pág. 4.

arbitral⁹⁴⁶, pues se garantiza que, en el plazo de dos meses desde la entrega del expediente por la Corte al tribunal, quedarán establecidos tales mínimos procedimentales. Si alguna de las partes se niega a firmarla, le corresponde a la Corte decidir sobre la eficacia de la misma evitando, con ello que tal negativa suponga un retraso o posible fracaso del arbitraje pues una vez que el acta se encuentra firmada o aprobada, le corresponde al tribunal comenzar con el procedimiento (art.18.3 Rto. CCI).

En nuestra opinión, el sentido del acta es el de garantizar el éxito y agilidad del arbitraje, pero siempre bajo ese mínimo o voluntad establecidos *inter partes*. La facultad de la Corte no es tanto discrecional sino *supletoria* del acuerdo entre éstas y el tribunal. En tal sentido, no creemos posible que el Centro no apruebe el acta firmada por las partes y el tribunal.

Por último, resta aludir al «calendario» que se debe establecer en este mismo momento (art.19.4 Rto. CCI). El tribunal, «previa consulta de las partes deberá establecer en un documento separado el calendario provisional que pretenda seguir en la conducción del proceso arbitral, y lo comunicará tanto a la Corte como a las partes. Cualquier modificación posterior lo comunicará» igualmente a las mismas. No faltan, sin embargo, pronunciamientos en contra del establecimiento de tal calendario por ser acto unilateral de la corte y por su naturaleza provisional, modificable durante el *iter*⁹⁴⁷.

B. Efectos

El inicio del procedimiento conlleva, al menos, dos importantes efectos:

⁹⁴⁶ Al respecto *vid.* SCHNEIDER, E., «The terms of reference», *Rev. CCI*, 1997, núm.586, suplemento especial, págs. 26-37 y SCHÄFER, E., «The ICC arbitral process: Terms of reference in the past and in the present», *Rev. ICC*, núm. III/1, págs. 8-13.

⁹⁴⁷ «Esto no resultaba muy aconsejable pues el incumplimiento de dicho calendario, cosa bastante normal por las eventualidades imprevistas a lo largo de un procedimiento arbitral, implicaría causas posteriores de anulación de la sentencia arbitral ya que la conducta de los árbitros pudiera entenderse como incumplimiento de los compromisos fijados en el acta de misión», CREMADES, B., «Nuevas reglas...» *op.cit.*, pág. 5.

arbitral⁹⁴⁶, pues se garantiza que, en el plazo de dos meses desde la entrega del expediente por la Corte al tribunal, quedarán establecidos tales mínimos procedimentales. Si alguna de las partes se niega a firmarla, le corresponde a la Corte decidir sobre la eficacia de la misma evitando, con ello que tal negativa suponga un retraso o posible fracaso del arbitraje pues una vez que el acta se encuentra firmada o aprobada, le corresponde al tribunal comenzar con el procedimiento (art.18.3 Rto. CCI).

En nuestra opinión, el sentido del acta es el de garantizar el éxito y agilidad del arbitraje, pero siempre bajo ese mínimo o voluntad establecidos *inter partes*. La facultad de la Corte no es tanto discrecional sino *supletoria* del acuerdo entre éstas y el tribunal. En tal sentido, no creemos posible que el Centro no apruebe el acta firmada por las partes y el tribunal.

Por último, resta aludir al «calendario» que se debe establecer en este mismo momento (art.19.4 Rto. CCI). El tribunal, «previa consulta de las partes deberá establecer en un documento separado el calendario provisional que pretenda seguir en la conducción del proceso arbitral, y lo comunicará tanto a la Corte como a las partes. Cualquier modificación posterior lo comunicará» igualmente a las mismas. No faltan, sin embargo, pronunciamientos en contra del establecimiento de tal calendario por ser acto unilateral de la corte y por su naturaleza provisional, modificable durante el *iter*⁹⁴⁷.

B. Efectos

El inicio del procedimiento conlleva, al menos, dos importantes efectos:

⁹⁴⁶ Al respecto *vid.* SCHNEIDER, E., «The terms of reference», *Rev.CCI*, 1997, núm.586, suplemento especial, págs. 26-37 y SCHÄFER, E., «The ICC arbitral process: Terms of reference in the past and in the present», *Rev. ICC*, núm. III/1, págs. 8-13.

⁹⁴⁷ «Esto no resultaba muy aconsejable pues el incumplimiento de dicho calendario, cosa bastante normal por las eventualidades imprevistas a lo largo de un procedimiento arbitral, implicaría causas posteriores de anulación de la sentencia arbitral ya que la conducta de los árbitros pudiera entenderse como incumplimiento de los compromisos fijados en el acta de misión», CREMADES, B., «Nuevas reglas...» *op.cit.*, pág. 5.

1) El *dies a quo* es muy diferente en ambos Reglamentos de arbitraje. A tenor del artículo 63 Rto. OMPI, el tribunal dispone de nueve meses para dictar el laudo a partir del día en el que se contestó a la demanda o del establecimiento del tribunal⁹⁴⁸. Transcurridos estos nueve meses, el tribunal dispone de tres meses más para pronunciar su laudo definitivo. Tal afirmación debe ponerse, pues, en conexión con la formulada en el artículo 37 del presente Reglamento, de modo que, solo se puede entender como establecido el tribunal «tras (el) nombramiento» de los árbitros, día a partir del cual «el Centro transmitirá el expediente». Ante esta afirmación son varias las dudas que se nos presentan.

En primer lugar, aunque nada se diga, en nuestra opinión debe el tribunal debe entenderse constituido *tras* la aceptación de los miembros del mismo y su comunicación al centro de arbitraje (art.23) y, además, entendiéndose sin perjuicio de las posibles recusaciones que pudieran darse durante esta fase. Incluso nos parece más acertado pensar que debería entenderse darse por iniciado a partir de solucionada la última recusación.

No resulta, en absoluto, una cuestión carente de problemática la que presentamos. Por un lado, el hecho de que se entendiera el inicio del procedimiento *tras* la última recusación, haría que el laudo final debiera dictarse en los nueve meses siguientes a partir de la incorporación del árbitro sustituto. Si, por el contrario, realizamos una interpretación acorde con la celeridad intrínseca al arbitraje, tras esa aceptación por escrito del árbitro (art.23), comienza a computar el *dies a quo* del procedimiento, con lo que puede haber un mes de diferencia (15 días durante los que se recusa al árbitro y otros 15 para la contestación de la otra parte) a la hora de cumplir los plazos estipulados para dictar el laudo (art.63), sin perjuicio de la posibilidad de que disfrutan los árbitros

⁹⁴⁸ Una u otra fecha dependerá de que se haya utilizado o no el sistema de interposición conjunta del escrito de solicitud y de la demanda (*one stage-system*) o se haya hecho por separado (*two-stages system*), respectivamente.

de suspender o no las actuaciones durante la fase de recusación (arts.34 y 35, 33.c) y 27).

Ya aludíamos con anterioridad a un supuesto, más bien teórico, por el que el árbitro no contestara a la propuesta de nombramiento a él dirigida: ¿podría considerarse el silencio positivo contrariamente a lo que acontece en la Ley de Arbitraje Española (art.15.2)? Nada dice el Reglamento en relación a esta cuestión pero, si bien no podría entenderse así, pues el arbitraje no puede comenzar hasta que no se encuentre «establecido el Tribunal», incluyendo este momento, no sólo el nombramiento y la aceptación del árbitro por escrito y comunicada al Tribunal (art. 23.b) Rto. OMPI), sino que tal comunicación del «establecimiento» debe alcanzar *a ambas partes* (art. 23.c) Rto. OMPI). En el arbitraje estipulado por la CCI la situación resulta más clara por corresponder con exclusividad a la Corte de Arbitraje la confirmación de cada uno de los nombramientos o la designación a través de los Comités Nacionales, en su caso, de éstos (art.9).

2) Finalmente, podríamos plantearnos la posibilidad de condicionar la validez de dicha aceptación y, por tanto, del inicio del procedimiento al hecho de que los árbitros propuestos hayan tenido conocimiento, aunque sea con carácter amplio, del *thema decidendi*. A tal respecto encontramos acertada el *acta de misión*. El artículo 18 Reglamento CCI deja fuera de discusión tal cuestión. Si la controversia se encuentra totalmente indeterminada, incluso en el convenio arbitral, no debería el árbitro o árbitros seguir conociendo para no «suplant(ar) los deseos de los afectados, inconciliable con el principio dispositivo y el deber de congruencia». Cuestión distinta es que la indeterminación del objeto sea relativa y las partes hayan adoptado una actitud medianamente activa, pues el poder del árbitro para integrar la controversia es limitado, incluso en el arbitraje internacional.

6. Principios

El Reglamento de la OMPI recoge en su artículo 38 el principio de *libertad de forma*. Las partes son libres para determinar plazos, requisitos, documentos, etc. y le corresponde al Tribunal y a la Corte comprobar la licitud de tales expectativas plasmadas en el acta⁹⁴⁹ siempre respetuosas de los principios de *audiencia y/o contradicción*⁹⁵⁰, *igualdad*⁹⁵¹ y *celeridad*⁹⁵².

El propio artículo 38 Reglamento de la OMPI autoriza a los árbitros para que dirijan el procedimiento «del modo que consideren apropiado»⁹⁵³ y sin perder de

⁹⁴⁹ La exigencia de estos principios se debe a la presencia de un cauce de resolución de conflictos consecuente con una estructura heterónoma como es el *proceso*. Se precisa de este instrumento jurídico-público si se quiere que el resultado de la actividad sea vinculante, ejecutivo y dotado de la eficacia de cosa juzgada. Contradicción e igualdad se constituyen como los principios comunes a todos los procesos, sin la concurrencia de los cuales no ha lugar al mismo y ningún tercero puede erigirse como *supra partes* con el fin de imponer una solución. A esto, en nada afecta el origen contractual del arbitraje.

⁹⁵⁰ Son numerosas las manifestaciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a estos principios. A pesar de poder entender incluido el *principio de contradicción* dentro del principio procesal y derecho fundamental a *ser oído* y *defenderse* (art.24.2 CE) de cualquier alegación o prueba formulada por la parte contraria -principio que alcanza no sólo al proceso penal sino también al civil, *vid.* STC 14 julio de 1981, entre otras-, algún autor reconoce un límite preciso entre el derecho a ser oído y defenderse frente al derecho a contradecir dichas alegaciones (LORCA NAVARRETE, J., *Derecho de Arbitraje Español*, Dykinson 1994, pág. 324) o incluso es posible encontrar referencias doctrinales que equiparan el *principio de contradicción* con el de *dualidad de posiciones* y entienden el de *audiencia* como una manifestación del derecho fundamental de *defensa* (ALVÁREZ ALARCÓN, A., «Procedimiento de Arbitraje», *op.cit.*, pág. 917); MASCARELL NAVARRO, M.J, matiza todavía más el contenido del derecho y *principio de contradicción* y los configura como el derecho «no ya a intervenir en el procedimiento, derecho que quedaría garantizado por el *principio de audiencia*, sino a contradecir las alegaciones que puedan determinar el contenido del laudo, lo que presupone el derecho a conocerlas», *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, (coordinador MONTERO), *op.cit.*, pág. 117.

⁹⁵¹ El derecho a recibir durante el proceso un trato igualitario y a ser oído y a defenderse se encuentra establecido en el artículo 38 *WIPO Rules* cuando dice que «En todos los casos el Tribunal se asegurará de que se trate a las partes con igualdad y que se dé a cada una de ellas la oportunidad de hacer valer debidamente sus derechos»; en el mismo sentido encontramos la *American Arbitration Association Rules* que en su artículo 16 reconoce estos mismos derechos al afirmar «...the parties are treated with equality and that each party has the right to be heard and is given a fair opportunity to present its case»; de igual modo, el *Reglamento de Arbitraje de la Ley Modelo Uncitral* determina en su artículo 15 que «provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case».

⁹⁵² Por lo que al principio de celeridad se refiere, nada obsta, para que el Tribunal otorgue, en su caso y a la vista de circunstancias excepcionales, la posibilidad de extender los plazos más allá de los plazos preclusivos que para las partes él pudiera imponer (arts.38.c) Rto., a pesar del tenor literal del art. 25.2 LA).

⁹⁵³ Esta libertad debe tener en consideración tres grados de «jerarquía normativa», según argumenta acertadamente BLESSING, M., *Conference on Rules...*, *op.cit.*, pág. 43. Para este autor, existiría un primer nivel de normas integrados por aquellas cuestiones de «ordre public and the mandatory provisions of law applicable to the arbitration from which the parties cannot derogate», mandato deducido del art.3.a)

vista que el procedimiento se rige por la ley arbitral y procesal elegida por las partes o, a falta de mención expresa, por la que rige en el lugar donde se está celebrando el procedimiento arbitral (art.59.2). Este mismo sistema es el diseñado por el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Solo decide el tribunal qué normas quiere que sean de aplicación en defecto de pronunciamiento de partes, sin encontrarse sujeto a ordenamiento procesal alguno (art.15.1 Rto. CCI).

No obstante, existen límites *inderogables* por ser inherentes al procedimiento arbitral⁹⁵⁴. De este modo entendemos que, con independencia de los diferentes trámites que se quieran pactar, el procedimiento deberá regirse por los principios de *oportunidad, disposición, aportación de parte, impulso oficial, preclusión e inmediatez* relativa⁹⁵⁵.

del Rto., salvo que las partes hayan elegido como derecho aplicable al procedimiento arbitral una norma diferente a la del lugar de celebración; en segundo lugar, constituirían otro límite a esta libertad formal aquellas normas fijadas como indisponibles por el propio Reglamento de Arbitraje, normas que siempre tienden a salvaguardar cierta flexibilidad durante el procedimiento arbitral con el fin de poderlo acoplar a cada caso concreto; por último, pueden existir ciertas normas procesales consensuadas con carácter previo por las partes y sólo ante la falta de éstas, el tribunal «may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate». El *standard* mínimo siempre es el *right to be heard*.

⁹⁵⁴ El propio Rto. de Arbitraje de la OMPI, que sigue en torno a este punto el Rto. de Arbitraje de CNUDMI (art.15), legitima cualquier actuación que lleve el árbitro que respete la igualdad y contradicción de las partes, independientemente de la forma en que se dé.

⁹⁵⁵ En relación al principio de *aportación de parte*, nada obsta a que se habilite a los árbitros para solicitar cualquier prueba de oficio si se tiene en cuenta la tendencia a la búsqueda de la verdad material a la que debe servir al arbitraje (art.48 Rto.).

Junto a esto, es muy posible que entre las partes o el propio Tribunal fijen unos plazos *preclusivos* para asegurar la dinámica procedimental y afianzar el principio de igualdad (art.47). Pero debe entenderse, en todo caso, en relación con el *impulso oficial* que seguirá el procedimiento a pesar de la inactividad de una de las partes durante el mismo, pudiendo el Tribunal continuar hasta dictar el laudo arbitral (artículo.56.c) Rto. La inactividad de ambas partes debe entenderse por el Tribunal como desistimiento, contrariamente al nuestro mandato del art. 22.2 LA).

Por último, el principio de *inmediatez* propio de los procedimientos orales debe entenderse de plena vigencia respecto a aquellas pruebas que no se encontraran documentadas y que, por tanto, el árbitro sustituto no pudiera formular un juicio sobre la base de las mismas. De no ser así -pues el propio artículo 35 habilita al Tribunal para negarse a repetir audiencias-, sería posible encontrar casos en los que el árbitro se negará a firmar el laudo arbitral con el fin de evitar cualquier tipo de responsabilidad (artículo 62).

En relación directa con todo lo expuesto, se encuentra la idea de responsabilidad de los árbitros⁹⁵⁶, y -en nuestra opinión- también la de la institución que administra el arbitraje, en estos casos. Respecto de la responsabilidad de los árbitros, ni el art. 23 del Reglamento de la OMPI ni el 7 del Reglamento de la CCI, la recogen; la única sanción que estos podrían sufrir ante una falta de diligencia sería, a lo sumo, su prohibición de participar en futuros arbitrajes celebrados bajo los auspicios de dicha Institución. En ambos casos existe una exoneración absoluta (arts.70 Rto. OMPI y 35 Rto,CCI), aunque en el supuesto de la OMPI parece hacerse responsable en los casos en los que haya mediado dolo o culpa. En tal sentido, acertadamente, CREMADES confirma la ajenidad que supone esta exclusión de responsabilidad en el sistema de derecho continental que «chocan con problemas graves de infracción de normas no dispositivas»⁹⁵⁷.

Para finalizar, los artículos 38 Reglamento de la OMPI y 7 Reglamento de la CCI obligan a los árbitros a ser cuidadosos con la ponderación del binomio *celeridad-contradicción o audiencia*, ambos en relación directa con la *obligación de congruencia* derivada del *principio de oportunidad y dispositivo*. Es posible el acuerdo entre las partes o, incluso, que el tribunal de *motu proprio*, proceda a la fijación de unos plazos preclusivos, así como a la ampliación con carácter *excepcional* de estos. En el Reglamento de la CCI el control sobre las audiencias lo tiene con exclusividad el tribunal, frente a lo establecido en el Rto. de la OMPI por el cual le corresponde a las partes el pactar la prohibición de dar nuevas

⁹⁵⁶ DE ANGEL YAGÜEZ, R., *op.cit.*, pág. 361. Resulta en todo punto interesante la argumentación del autor por la que conecta la *libertad* de la que gozan los árbitros con el principio de *contradicción o audiencia*, por un lado, y con la obligación de *congruencia* y el derecho a *anular* el laudo arbitral ante los Tribunales, por otro (págs. 364 a 371). Todo gira en torno al *principio dispositivo*, de modo que, «cuando el laudo versa sobre materias que el Tribunal no puede introducir de oficio, se produce indefensión por entrañar un pronunciamiento sobre cuestiones no debatidas en el proceso», sin la debida contradicción y por eso le es exigible un «mayor cuidado en la observancia» de dichos principios. Al respecto, *vid.* también en relación a la nulidad del laudo por esta causa en BARONA VILAR, S., «El recurso de anulación del laudo arbitral», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1988-1989, págs. 125 y ss.

⁹⁵⁷ CREMADES, B., *op.cit.*, pág. 10.

audiencias a la parte que le precluyó su derecho como una parte más de la libertad procedimental que imbuye este procedimiento (art.57.b) Rto OMPI.).

7. Lugar e idioma del arbitraje

Se tratan estos de esos mínimos que deben establecerse en el acta de misión con el fin de que, firmado por las partes ese acuerdo aprobado por la Corte, se haga imposible su impugnación posterior ante los órganos jurisdiccionales de un Estado. Para ello, le corresponde a la Corte comprobar que los términos allí establecidos no contradicen el ordenamiento nacional donde se pretenderá ejecutar el laudo con posterioridad.

- En relación con el *lugar* de celebración del arbitraje, el Reglamento de la OMPI sigue las directrices ya consolidadas por el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (art.16) y acogidas por el propio Reglamento de la CCI⁹⁵⁸, pues con carácter previo, queda sujeta su determinación a la voluntad de las partes (art.39 Rto. OMPI). Éstas deberán tener en cuenta que el laudo se entiende dictado en el lugar donde se celebre el arbitraje y, por tanto, a los requisitos que allí se exijan para la celebración del mismo deberá de estarse (art.39.c) Rto. OMPI).

También deberemos observar dicho lugar a efectos de la Ley de Arbitraje nacional objeto de aplicación con la consecuente repercusión que esto tendrá a efectos de medidas cautelares y garantías mínimas exigibles en relación a un posterior reconocimiento y ejecución del laudo arbitral⁹⁵⁹. La sede de celebración del arbitraje, por último, alcanza incluso al convenio arbitral: la Ley aplicable al

⁹⁵⁸ Artículo 14 de la nueva *ICC Rules* de 1998 y BLESSING, M., «The procedure before the arbitral tribunal...», *op.cit.*, págs. 25-26 establece un listado de cuestiones que pueden dar lugar a diferentes interpretaciones en torno al lugar de celebración.

⁹⁵⁹ Por esta razón se recomienda elegir lo que se denomina «arbitration-friendly country» a la hora de determinar el lugar de celebración del arbitraje, *vid.* BLESSING, M., *Drafting Arbitration Clauses*, WIPO doc. núm.728, págs. 112 a 114., *idem*, «The procedure before the arbitral tribunal...», *op.cit.*, pág. 26 cuando afirma «this is a difficult question, given the fact that arbitrators may not, be able to predict the country of enforcement (...). Thus, arbitrators may not able to do more than to keep in mind the grounds for refusal of *exequatur* on the basis of the New York Convention of 1958».

mismo, por lo que se refiere a forma, existencia, validez y alcance podrá ser la del lugar de celebración del mismo⁹⁶⁰.

En segundo lugar, y a falta de acuerdo entre las partes, corresponde al Centro la elección del lugar de celebración del mismo (art.39 Rto. OMPI y 14 Rto. CCI). Son múltiples las circunstancias que pueden influir en la determinación de éste. Desafortunadamente, ni los regímenes de protección de los derechos de propiedad intelectual son similares en los diferentes países ni tampoco los poderes de los árbitros o el reconocimiento que esta institución recibe, gozan de una protección homogénea. Por tanto, resulta de significativa transcendencia el asesoramiento que el Centro preste a las partes en estas circunstancias a los efectos antes aludidos (art.62.e)⁹⁶¹.

Es posible que el Tribunal decida, oídas las partes, celebrar ciertas audiencias en lugar distinto al establecido con carácter previo (art.39.b). Se trata ésta de una de las novedades sobre las que ha hecho hincapié el nuevo Reglamento de la CCI con el fin de contrarrestar los problemas que en la práctica se ha generado a la hora de adoptar esta decisión. CREMADES, con criterio acertado, confirma la conveniencia de que sea la figura del Secretario quien intervenga como moderador en aquellas ocasiones en las que «considere abusiva la decisión del Tribunal sobre el lugar de reunión, provocando gastos innecesarios y desproporcionados para las partes del procedimiento»⁹⁶². Aunque el Reglamento de la OMPI nada dice al respecto, no existe óbice alguno a que tal decisión la adopten los árbitros tomando como base esos poderes generales concedidos por el Reglamento sobre la base del artículo 39.a).

⁹⁶⁰ Como afirma LORCA NAVARRETE, J., «la sede del Tribunal Arbitral supone la vinculación de la decisión a un fuero judicial y su fijación es libre», *op.cit.*, pág. 361, por eso se ha de ser muy cuidadoso a la hora de establecer dicho fuero.

⁹⁶¹ En este sentido coinciden también los arts.16 UNCITRAL Rules; 20 UNCITRAL Model Law, 13 AAA Rules y 7.1 LCIA Rules. *Vid.* BLESSING, M., «Drafting Arbitration Clauses», WIPO Pub. Núm.728, 1994.

⁹⁶² CREMADES,B., «Nuevas reglas de arbitraje en ...», *op.cit.*, pág. 8.

El Reglamento ha optado por imponer a las partes la obligación de designar un domicilio, a efectos de notificaciones y, a falta de mención expresa, se entenderá como dirección válida, el último más reciente de la parte interesada (arts.4.b Rto. OMPI).

- Por último, el *idioma* del procedimiento arbitral será el idioma en que se haya realizado el convenio arbitral, «a menos que las partes hayan llegado a un acuerdo en contrario» (art.40 Rto. OMPI). No obstante, el Tribunal «habida cuenta de cualquier observación formulada y de las circunstancias del arbitraje» podrá decidir sobre el la lengua del procedimiento. En tal punto parecen coincidir ambos Reglamentos (art.16 Rto. CCI y 40 Rto. OMPI). En ningún caso debe quedar vinculado por la lengua del contrato⁹⁶³.

Cualquier documento que se acompañe podrá exigirse que sea traducido al citado idioma. Debiera entenderse excluida la posibilidad de que los árbitros elijan una lengua que sea desconocida para las partes, pues así se estipula en nuestro arbitraje interno (art. 24.2 LA), por la merma de garantías que para las partes podría conllevar. De todas formas se podría llegar a aceptar, contrariamente a lo estipulado en dicho precepto, un idioma que no sea el oficial en el lugar de celebración del procedimiento, si las partes lo conocieran y lo aceptarían⁹⁶⁴.

⁹⁶³ CREMADES,B., «Nuevas reglas de arbitraje en ...», *op.cit*, pág. 9.

⁹⁶⁴ No se nos pasa inadvertida la numerosa doctrina tendente a reconocer que junto al «deber de fidelidad» que nace para el árbitro a la hora de desempeñar su cargo que surge tras la aceptación del arbitraje, nace un derecho a saber -con carácter previo- y a que permanezcan inamovibles -durante el procedimiento arbitral- las condiciones de *lugar e idioma*. Puede resultar tan determinante para la aceptación del oficio de arbitraje tener constancia tanto del objeto litigioso o la relación jurídica de la que puede derivarse éste, como del idioma en el que deben trabajar los árbitros o el lugar de celebración del mismo a efectos de posibles responsabilidades. Estamos de acuerdo con VERDERA Y TUELLS, E., «La elección del lugar y del idioma del procedimiento arbitral», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1995, pág. 96, en que tras la aceptación del cargo arbitral no debería permitirse a las partes la modificación de estas condiciones sin previa consulta y aceptación del árbitro, pues él aceptó sujetándose a unas condiciones por las cuáles y, sólo por ellas, puede sentirse responsable.

8. La inactividad de las partes

Una vez establecido y comunicado a las partes el tribunal resultante, la actora dispone de un plazo de 30 días para la *interposición de la demanda*, de la que dará notificación tanto al demandado como al mismo Tribunal (art.41.a) Rto. OMPI)⁹⁶⁵. Nos encontramos, pues, ante el denominado procedimiento compuesto o *two-stages*, en el que quedan diferenciados el inicio del arbitraje (*escrito de solicitud*) y el momento en el que inicia el procedimiento arbitral (*escrito de demanda*). Contrariamente, en el Reglamento de la CCI el artículo 4.2 establece la presentación conjunta de ambos documentos, así como el necesario anticipo requerido por la secretaría de la Corte.

Y es precisamente aquí cuando se nos presenta un dudoso problema: ¿surge para el Tribunal una obligación de fallar? Veamos que posibilidades ofrece el sistema:

- Por lo que al arbitraje de la OMPI hace referencia son diferentes las situaciones que podemos encontrar:

a) En primer lugar, debemos atender a la inactividad que se produzca con carácter previo al inicio del procedimiento arbitral. Es decir, nos referimos a aquella falta de actividad que se da tras la solicitud del arbitraje, nombramiento y aceptación del órgano decisor, bien por encontrarse designado en el convenio o por proceder a hacerlo con posterioridad conforme estipula el Reglamento. De un lado, es probable, a tenor del art.56.a) Reglamento que el *demandante* deje de actuar. Llegado este caso, los árbitros deben dar por acabado el procedimiento pues, en puridad, nos encontramos ante un *desistimiento*. Salvo que la parte

⁹⁶⁵ Son dos las posibilidades que debemos de diferenciar en este primer párrafo. Cuando el Reglamento dice: «A menos que el escrito de demanda acompañe la petición de arbitraje...», se está refiriendo al supuesto de presentación de *escrito de solicitud y de demanda* conjunta o *one-stage system*, según se vio. En segundo lugar, el citado precepto alude al supuesto de presentación separada de ambos escritos, «dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la notificación por el Centro del establecimiento del Tribunal».

demandada quisiera reconvenir, no ha lugar a continuar con el procedimiento arbitral⁹⁶⁶; si los árbitros no se encontraban nombrados, se acudirá el procedimiento *por defecto* del art.19 Reglamento sustituyendo el Centro el silencio del demandante que permanece inactivo.

Si por el contrario, es el *demandado* el que permanece pasivo, el Tribunal *debe* –que no «*podrá*», según reza el art.56.b) Rto.- continuar hasta dictar el laudo arbitral *secundum allegata et probata*. Las repercusiones derivadas de la previa existencia de un árbitro designado o no en el convenio son idénticas a las anteriores.

b) En segundo lugar, puede que la inactividad se dé durante el procedimiento arbitral. En esta ocasión, el art.56.c) habilita al Tribunal para que continúe con el procedimiento, teniendo en cuenta el principio de preclusión. Nuevamente, podemos diferenciar dos situaciones generadoras de repercusiones de diferente índole:

Efectivamente, si la inactividad fue *unilateral*, con independencia de la parte que la llevare a cabo, el procedimiento continúa hasta que llegue a dictarse laudo arbitral. No es una mera posibilidad para el árbitro, sino una obligación.

Sin embargo, la inactividad puede provenir de *ambas partes*. Los problemas a los que antes aludíamos en torno a esa obligación de fallar parecen solucionarse al no existir en el Rto. un mandato similar al establecido en el art.22.2 LA. En este caso, la inactividad deberá poner fin al procedimiento, pues sin un precepto de este tipo, no es posible presumir una voluntad proclive a continuar con el arbitraje. Esta vez, el desistimiento bilateral no debe de ser expreso (art.31 LA).

⁹⁶⁶ De esta forma, si el demandante –ahora demandado- no prueba y el demandado que reconviene si lo hace, el primero sufrirá las consecuencias de no defenderse, y el órgano dictará laudo arbitral, en su caso, a favor del demandado.

Finalmente, el citado art.56.d) habilita al Tribunal para que «sa(que) las conclusiones que considere oportunas» ante la inactividad o incumplimiento de cualquier mandato del Rto. No entendemos, por nuestra parte, a qué tipo de conclusiones puede referirse este precepto, si no son las derivadas de una preclusión y sus características consecuencias.

- Por lo que al arbitraje de la CCI se refiere, la situación resulta más sencilla:

a) Con carácter previo al procedimiento arbitral la postura de la parte *demandante* solo puede ser una: la de presentación del escrito de demanda incluyendo -de entre sus mínimos- la designación del árbitro que crea oportuno.

Sin embargo la parte *demandada* puede presentar desde un primer momento una actitud inactiva. Para ello el Reglamento ha dado poderes suficientes a la Corte (art.18), con el fin de que esta postura no imposibilite la continuación del procedimiento arbitral, para que haga continuar el procedimiento, afirmando que «si alguna de las partes rehusa o se abstiene de participar *en el arbitraje o en cualquier etapa de este*, el arbitraje procederá no obstante dicha negativa o abstención» (art.6.4 Rto. CCI)⁹⁶⁷.

b) La misma situación se hace extensible a la inactividad de parte durante el procedimiento arbitral. La obligación de fallar a la que se encuentra el tribunal una vez establecido no cesa por la inactividad de una de las partes. Tan sólo por acuerdo bilateral de ambas partes se podría poner fin al procedimiento pero, incluso en este supuesto, el acuerdo al que lleguen las partes debe adoptar la forma de laudo, y ser aprobado por el Tribunal, y luego por la Corte, como trámite meramente formal (art.26). Pero nuevamente, en el caso de que las partes no lleguen a ningún tipo de transacción y tan sólo quieran poner fin al

⁹⁶⁷ BLESSING,M., «The procedure before the arbitral tribunal...», *op.cit.*, pág. 28, reconoce que tal postura ha sido adoptada siguiendo las pautas de la Ley y Reglamento UNCITRAL, LCIA, AAA y permite en todo caso seguir al tribunal con el procedimiento a pesar de la anstención de la parte o su inasistencia.

procedimiento, deberán hacerlo de modo expreso, y ésta será otra diferencia frente al arbitraje de la OMPI. Nos parece correcta tal expresión por escrito de la voluntad de las partes a efectos de evitar futuras causas de oposición vía judicial.

9. Actitudes activas

Llegado este punto, una actitud diligente de las partes les debe llevar a formalizar el escrito de demanda, de contestación o, en su caso, a oponerse. Existen claras diferencias entre los sistemas establecidos por los Reglamentos que ahora estudiamos. Mientras que el arbitraje de la OMPI permite un doble sistema de inicio del procedimiento, manifestado en una presentación conjunta o separada de los escritos de solicitud de arbitraje y de demanda *strictu sensu*, el procedimiento arbitral establecido por la CCI es unitario, aunque sometido a un segundo momento procesal, como es que el inicio de tal *iter* no puede dar comienzo hasta que se apruebe por la Corte el acta de misión.

A. La presentación del escrito de demanda

No importa que el contenido de la demanda se presente en una única solicitud o en dos fases, según se trate de un tipo de procedimiento simple o compuesto. En definitiva, lo importante es que figuren los presentes datos: a) Nombre completo de la demandante y calidad en la que interviene; b) Descripción de la naturaleza y circunstancias o hechos que han dado lugar a la demanda; c) Relación completa de los *hechos y fundamentos* de Derecho en apoyo de la demanda, con inclusión de una indicación del *objeto* de la misma; d) Cuestiones procedimentales oportunas; e) Así como, «En la mayor medida de lo posible, el escrito de demanda deberá contener las *pruebas documentales* en las que se apoye el demandante, junto con la lista de esos documentos» (art.41.b y c) Rto. OMPI y 20.6 Rto. CCI).

De este modo, se afirma que la labor del tribunal es la de clarificar los hechos aportados por las partes y sobre los que en un futuro deberá pronunciarse, por

tanto tiene un papel activo tanto en uno como en otro arbitraje (art.20 Rto. CCI y art.38 Rto. OMPI)⁹⁶⁸.

Obviamente, nos encontramos ante un procedimiento predominantemente *oral* y se entiende, entonces, que se exija esa *concentración* de documentos y actos procesales en el menor número de audiencias posibles; a la demanda deberá acompañar las pruebas de que se disponga así como cualquier otro tipo de declaración exigida por el Tribunal (art. 43 Rto. OMPI) o documentos que debían acompañarse al escrito de solicitud de arbitraje (art.9 Rto. OMPI y 20.6 Rto. CCI), que pueden servir para integrar la demanda.

Ya adelantábamos que es posible que la demanda se interpusiera simultáneamente al escrito de solicitud de arbitraje conforme recoge el artículo 10 Reglamento de la OMPI. De esta forma, establecido el Tribunal y, por tanto, contestada la solicitud y escrito de demanda, pasará éste a conocer inmediatamente del conflicto sin dilación, comenzado *ipso iure* el computo del plazo de nueve meses o de seis establecido para dictar laudo, según los Reglamentos de la OMPI y CCI, a contar desde la fecha en que se dio la última sustitución o de la confirmación por la Corte del acta de misión (arts.63 y 24, respectivamente).

B. *El escrito de contestación a la demanda*

Radica en torno a este punto una diferencia fundamental entre el procedimiento de la OMPI y el fijado en Reglamento de la CCI. Debido a la unicidad documental de este último, se simplifican los elementos que componen este escrito de contestación, y quedan *ab initio* establecidos. Tan sólo se sujeta a su aprobación, una vez estipulada el acta de emisión. Además debemos tener en cuenta el control *de oficio* que tuvo el convenio arbitral en los primeros momentos del arbitraje por la Corte conforme el Reglamento de la CCI (art.6.2).

⁹⁶⁸ BLESSING, M., *Op.cit.*, pág.29.

Por lo demás parecen similares sus mínimos y coinciden con los establecidos para la demanda.

Transcurridos los 30 días siguientes a la recepción del escrito de demanda⁹⁶⁹, «o, a más tardar, dentro de los 30 días siguientes a la notificación por parte del Centro del establecimiento del Tribunal, el demandado comunicará su contestación a la demanda al demandante y al Tribunal». Con ello se confirma la doble posibilidad que admite el Reglamento de Arbitraje de acumular el escrito de contestación a la solicitud de arbitraje y el de contestación a la demanda (arts.12 y 42 Rto. OMPI), o por el contrario, presentarlo separadamente.

«La contestación a la demanda deberá responder a los elementos del escrito de demanda prescrito en el artículo 41.b). Deberá ir acompañada de las pruebas documentales correspondientes descritas en el artículo 41.c)» y esto es algo que debe hacerse extensivo a ambos procedimientos arbitrales (art.5 Rto. CCI). Especial transcendencia adquiere, sin embargo, la posibilidad de *reconvenir* y de interponer la *excepción de compensación* de los artículos 42.c) y 11 del Reglamento OMPI y art.5.5 y 6 del Reglamento CCI, cuyos contenidos deben ser los mismos que los requeridos para el escrito de demanda.

Por lo que a la *excepción de compensación* se refiere, no se presenta como tema pacífico en la doctrina y derecho extranjeros. Existen normas que exigen que dicha excepción se derive del mismo contrato que es objeto de arbitraje para poder ser tenida en cuenta (*arising out of the same contract*)⁹⁷⁰. A veces, dichas excepciones reciben tratamiento procesal y, en ocasiones, es cuestión de fondo y, por tanto, a tratar con el derecho sustantivo⁹⁷¹.

⁹⁶⁹ En este punto coinciden los plazos de contestación en ambos Reglamentos.

⁹⁷⁰ *Vid. Reglamento UNCITRAL* (art.19). Contrariamente, Rto. Arbitraje de la OMPI art.42.c).

⁹⁷¹ El caso español es claro. No existe excepción procesal que recoja este supuesto ; el artículo 1195 Cc. sí que reconoce la posibilidad de compensar y tendrá su validez procesal al alegar las posibles excepciones materiales. El mismo tratamiento recibe en el Reglamento de la OMPI (art.42) aunque también se permita la alegación con carácter previo al presentar el escrito de contestación a la solicitud del arbitraje (art.11 Rto.), pues su tratamiento no será con carácter previo sino en la contestación a la

Por lo que a la posibilidad de *reconvenir* se refiere, nos encontramos ante una situación similar. El Reglamento de la OMPI no contiene limitación específica alguna. Es una cuestión de fondo y será alegable en la contestación a la demanda, o «en circunstancias excepcionales, en una etapa ulterior». No se entiende a qué circunstancias puede referirse, pues la reconvención sólo puede hacerse en el escrito de contestación; cuestión diferente es que pueda permitirse que se realice a través de una «enmienda al escrito de contestación a la demanda», una ampliación o nueva delimitación del objeto (art.44).

Por lo que atiene al Reglamento de la CCI el art.5 hace mención expresa a tal posibilidad cuando afirma: «Toda demanda reconvencional formulada por la demandada deberá ser presentada con la contestación y deberá contener: a) una descripción de la naturaleza y circunstancias de la controversia origen de la demanda reconvencional; b) una indicación de las pretensiones y en la medida de lo posible, de los montos reclamados». La demandante (ahora demandada) dispone de un plazo igualmente de 30 días para formular su réplica. Además, el Reglamento especifica claramente que tal posibilidad sólo será posible cuando no se haya firmado o aprobado el acta de misión (art.19) , pues llegado este momento, «ninguna de las partes podrá formular demanda alguna, principal o reconvencional, que estén fuera de los límites fijados en ella». *Mutatis mutandis* es de aplicación todo lo dicho en relación con el escrito de contestación a la demanda, pero en este caso deberá realizarlo el demandante, ahora convertido en demandado.

No parece posible que el demandado fuera declarado *rebelde* por no comparecer a presentar su contestación a la demanda⁹⁷² (art.56.b). Se permite al

demandada. Deberá ser resuelta en el laudo y, por tanto, no va encaminada a evitar el proceso sino a que se desestime la pretensión. *Vid.* al respecto, MONTERO AROCA, J., (y otros), *Derecho Jurisdiccional II*, *op.cit.*, págs. 159 y 164.

⁹⁷² Contrariamente, encontramos la postura de ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *op.cit.*, pág. 921, por la que niega que se pueda dar una rebeldía en el arbitraje pues efectos propios de la misma como serían «las notificaciones en estrados y la posibilidad de adoptar medidas cautelares (...) serían de aplicación dudosa. (...) Por tanto hay que concluir que no existe rebeldía en el procedimiento arbitral y que la inactividad del

Tribunal -cuando en realidad se trata más bien de una obligación- que continúe con el procedimiento arbitral hasta dictar el laudo obviamente, *secundum allegata et probata*, pues se trata más bien de inactividad que de *rebeldía formal*.

C. Enmiendas al escrito de demanda o al de contestación a la misma.

Concluida la fase de alegaciones iniciales, resta cuestionarse la posibilidad de que los árbitros abran nuevos periodos de alegaciones con el fin de enmendar los escritos de demanda y de contestación.

Tal posibilidad parece sólo plantear dudas ante el arbitraje de la OMPI pues, por el contrario, el Rto. de la CCI ha dejado clara la posibilidad en su art.19. «una vez firmada el acta de misión, o aprobada por la Corte, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas, principales o reconventionales, que estén fuera de los límites, *salvo autorización del tribunal*, el cual deberá tener en cuenta la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en la que se encuentre el proceso arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes». Por tanto, fuera de lo establecido en el acta de misión, si no se tiene la aceptación de la Corte no se admitirá modificación alguna del escrito de demanda y contestación en los términos pactados en el acta de misión.

Ante el arbitraje de la OMPI, el tribunal puede encontrarse con dos posibles situaciones:

a) De un lado, puede que *las partes hubieran establecido plazos preclusivos* para formular dichas alegaciones iniciales, tras los cuales no debería aceptarse modificación alguna del objeto del proceso. En este supuesto, las partes no parece que puedan realizar las pretendidas enmiendas por razón de que los arts.56 y 58 reconocen el principio de preclusión de los derechos. Solo ante «circunstancias excepcionales» (art.57), el Tribunal podría *motu proprio* recibir y

demandado sólo provoca la preclusión de las actuaciones, continuando el procedimiento sin que ello perjudique al laudo».

aceptar dichas nuevas alegaciones y pruebas. Tal afirmación resulta, en todo punto, criticable, atendiendo a la obligación de congruencia a la que les somete el Convenio de Nueva York por «excederse de los términos del compromiso» (artículo. V.1.c) CNY), por la vaguedad de los términos utilizados por el Reglamento para habilitar a los árbitros para abrir nueva fase de alegación.

b) Cuestión distinta es que *las partes de consuno no hubieran relegado tal posibilidad*. No existe precepto en el Reglamento que obligue a los árbitros a fijar plazos preclusivos, conforme acontece en nuestra LA (art.15.2) por lo que, en principio, debería permitirse la posibilidad de enmendar. Entendemos que una ampliación del objeto implica una futura obligación de congruencia para el órgano decisor. Podría ser que el Tribunal inadmitiera la modificación, alegando que la aceptación de su cargo, quedó supeditada a un objeto en concreto. Al margen de esto, no encontramos óbice alguno para no aceptar las enmiendas.

No es tema de solución sencilla el referido a la posibilidad que presentan dichas «enmiendas» a la demanda y contestación, escritos de reconvención o excepción de compensación, de modificar el objeto del proceso⁹⁷³. Ante todo, no se debe faltar al deber de *congruencia*, de modo que, aceptada la posible ampliación de estos escritos el árbitro deberá de contestar a todas y cada una de las pretensiones formuladas por las partes, pues, incluso, en el caso de haberse dado una *mutatio libelli* por una de las partes, debe el árbitro en todo caso dictar laudo adicional⁹⁷⁴.

⁹⁷³ De la interpretación que le demos al presente artículo 44 van a depender numerosos preceptos. En primer lugar, puede quedar afectada la fase de conclusiones del art.57 Rto. Debemos partir de la «facultad» que las partes poseen para excluir de mútuo acuerdo la posibilidad de ampliar o enmendar dicha demanda o contestación y demás supuestos, a través de la denominada «conferencia preparatoria» del artículo 47 Rto. De permitirse, es muy posible que el tribunal hubiera declarado concluidas las actuaciones o que éstas estuvieran tan avanzadas cuando se «enmendó» o «amplió» la demanda que se haga necesario reabrir las actuaciones (artículo 57.b) antes de dictar el laudo o, en su caso, también puede pedir al Tribunal que mediante un «laudo adicional» se resuelvan esas pretensiones que se introdujeron con carácter tardío (artículo 66.c).

⁹⁷⁴ Existe jurisprudencia muy clara al respecto. Así la SAP PM de 14 de febrero de 1992 (RVDPA, 3, 1993, págs. 387 y ss.) reconoce sobre la base de un convenio arbitral *sobre cuestiones futuras, esto es, que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas*, la viabilidad de que este *thema decidendi* sea

Si el árbitro tiende a obtener la verdad material, no sólo puede introducir *ciertos aspectos inescindibles de la relación jurídica controvertida ex officio*, sino que también deberá admitir los de la parte, en tanto en cuanto no le hubiera precluído el derecho a hacerlo (art.47 Rto, en relación a la posibilidad de pactarlo en un «conferencia preparatoria» y 58 Rto. sobre la preclusión de derechos). La transgresión de esta permisión en sus justos términos, tanto por exceso como por defecto, debería conllevar responsabilidad para el árbitro o para el Centro en su caso y la posibilidad de que se obtenga la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral⁹⁷⁵.

D. La oposición al arbitraje

Los tratamientos que recibe este trámite de oposición en uno y otro arbitraje son en gran medida distintos. Frente a la pormenorizada fase de oposición que se deduce del Rto. OMPI, encontramos una ausencia de tal momento en la regulación de la CCI, debido a que la propia estructura de este procedimiento la hace prácticamente innecesaria.

completado *ex officio* por los árbitros. (...) Si bien en la antigua LADP no era posible, «En la Exposición de Motivos de la nueva Ley se señala que con la intención de simplificar el procedimiento arbitral (...) se encomienda a los árbitros, en defecto de acuerdo de las partes, la delimitación de la controversia sometida a arbitraje, lo que permite descargar a la Administración de Justicia de alguna de las funciones que actualmente tiene encomendadas en la formalización judicial del arbitraje (...). (De esta forma, concluye la presente sentencia reconociendo) : 1º los árbitros pueden precisar aún al margen de las apreciaciones de las partes, el *thema decidendi* ; 2º la falta de competencia, por no estar la materia objeto de la reconvencción, dentro de lo estipulado en el convenio arbitral, es apreciable de oficio por los propios árbitros ; (...) 4º las cuestiones planteadas en la reconvencción y que han quedado imprejuzgadas pueden constituir objeto de otro procedimiento arbitral o (...) vía jurisdiccional (...).

⁹⁷⁵ Al respecto ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *op.cit.*, págs. 928 y 929, toma como base los arts.563 y 564 LEC para admitir la introducción de nuevos hechos acaecidos tras el periodo de alegaciones, «ccn tal de que tengan un influjo notorio en la decisión del pleito (...). Cuestión diferente es la de si podrá ampliarse la pretensión (...). Para que esto pudiera ocurrir -dice el citado autor- serán precisos los siguientes requisitos : a) Que las partes estén de acuerdo ; b) Que los propios árbitros acepten extender su arbitraje sobre esta nueva pretensión ; c) Que este segundo conflicto esté relacionado con el primero. Precisamente esta segunda cuestión nos hace pensar si no estaremos más bien ante un supuesto de aplicación de la teoría de la *acumulación de autos* (la cursiva es nuestra)». Estamos de acuerdo en los tres requisitos exigidos por el autor aunque discrepemos en torno a lo que él denomina *acumulación de autos*, por supuesto. En conclusión, cualquier ampliación mutuamente aceptada por las partes y por el órgano arbitral supondrá una novación contractual posible, en todo caso, en esta vía procesal.

Vid. BARONA VILAR, S., «El recurso de anulación del laudo arbitral», *Revista de la Corte Española* 1988-1989, págs. 125 y ss., aunque sea en relación con la anulación del laudo en el ámbito nacional.

En ambos Reglamentos se observa, no obstante, una clara dotación de poderes al árbitro. Se le otorga un papel activo al tribunal para que controle su propia jurisdicción, competencia objetiva, así como aquellos otros términos que puedan afectar a la validez de ese convenio arbitral fuente de poder de arbitraje o a la relación jurídica procesal en sí.

1. El sistema establecido por la CCI es sencillo. En puridad, no hace mención expresa a tal fase de oposición, pero nada obsta a admitirla cuando se afirma la falta de jurisdicción del tribunal y la validez del convenio (aunque sobre tales términos ya se haya pronunciado la Corte y el tribunal), arbitrabilidad subjetiva y objetiva, representación y posible contradicción del orden público⁹⁷⁶.

El Reglamento ha optado por otorgar a la Corte el ejercicio de un primer control sobre la validez y alcance del convenio. De esta forma, «si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte si estuviere convencida, *prima facie*, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso corresponderá al tribunal arbitral tomar la decisión sobre su propia competencia. Si la corte no estuviere convencida de dicha posible existencia, se notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir. En este caso, las partes conservan el derecho de solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no un acuerdo de arbitraje que les obligue».

Junto a esto, el hecho de que exista un acta de misión, facilita también el trámite de oposición. Precisamente, este momento procesal permite aclarar cualquier aspecto procedimental hasta ahora resuelto, atinente tanto a la forma, o con intención de darle solución en el fondo del laudo arbitral. Una vez firmada el

⁹⁷⁶ Al respecto véase BLESSING, M., «The ICC arbitral process: The procedure before the arbitral tribunal», *Rev. CCI*, núm.III/2, pág. 26 y ss.

acta, le corresponde a la parte formular oposición, so pena de entender renunciado su derecho, pues «se presumirá que una parte que proceda con el arbitraje sin oponer reparo al incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del Reglamento, de cualesquiera otras disposiciones aplicables al procedimiento, de cualquier instrucción al tribunal arbitral o de cualquier estipulación contenida en el acuerdo de arbitraje relacionadas con la constitución del tribunal o con el desarrollo del proceso, ha desistido de su derecho a objetar» (art.33 Rto CCI). El procedimiento, aunque nada se diga, será contradictorio (art.21 y 15.2).

El tribunal decidirá las excepciones de forma, atendiendo a lo dispuesto en el Reglamento de la Corte, y «en caso de silencio, a las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen ya sea o no con referencia a un Derecho Procesal nacional»; por lo que a las excepciones que afecten al fondo se refiere, el artículo 17 permite a las partes decidir cuál quiere que sea el derecho aplicable a los méritos y circunstancias que afecten a éste y, sólo a falta de mención expresa, le corresponde al Tribunal decidir cuál considera la norma jurídica aplicable al caso. Sólo actuará en equidad cuando las partes lo hayan estipulado de modo expreso (art.17).

2. En relación con la fase de oposición establecida en el Reglamento de la OMPI la situación es un tanto más compleja. De hecho, uno de los preceptos que producen mayor inquietud es el art.36 del Reglamento relativo al control de estos presupuestos procesales.

Son dos las posibilidades que presenta. Por un lado, se argumenta en el citado artículo que «El Tribunal estará facultado para conocer y decidir acerca de(...)(su) competencia», por otro, de oficio vemos que «incluso (podrá conocer de) las objeciones (relativas a) la forma, existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, examinado de conformidad con el artículo 59.b)».

Como ocurre en todo procedimiento regido por la autonomía de la voluntad, debemos contar con la posibilidad de que se pacte, entre éstas, un trámite donde se discutan de forma previa estas cuestiones (art.47 Rto. OMPI). De ser así, la situación cambia, pues tales términos quedan *a priori* decididos y, difícilmente, pueden dar lugar a causas de oposición.

Llegado el caso de que no se hubiera firmado tal acta de misión arbitral, no nos encontramos ante dos presupuestos procesales de *ius cogens* y, por tanto, deberían ser controlados de *oficio* y, en su caso, ponerse de relieve a instancia de *parte* (art.36).

Las causas por las que puede oponerse una parte son agrupables, por una lado, en aquellos supuestos que pueden afectar al *poder o auctoritas* del tribunal por afectar al convenio y/o jurisdicción arbitral, por otro, la falta de competencia por inarbitrabilidad/indisponibilidad del objeto de arbitraje y, por último, aquellos otros extremos que pueden afectar a la relación procesal arbitral y/o al fondo del asunto.

a) Falta de jurisdicción

Obviamente, la falta de jurisdicción debe de ser, en todo caso, observada y respetada, so pena de no reconocerse con posterioridad el laudo arbitral.

Los términos del Reglamento son poco precisos y se refieren a ella como «facultad» que tiene el Tribunal. Contrariamente, constituye una obligación para el mismo observar su jurisdicción, pues se trata de la *Kompetenz-Kompetenz*, según la cual *el «árbitro posee competencia para decidir sobre la validez e ineficacia del convenio arbitral (...)* (e) implica que los propios árbitros decidan acerca de su propia competencia en los casos en los que existan cuestiones perentorias o de fondo que se hallen dirigidas a cuestionar la validez autónoma y aplicación objetiva del convenio arbitral y que se concretarían en la existencia de

una *incompetencia objetiva del árbitro o árbitros*»⁹⁷⁷. Nos parece muy conveniente el reconocimiento de dicha posibilidad con el fin de evitar posteriores inejecuciones del laudo y, por ende, la frustración del arbitraje⁹⁷⁸.

Es planteable si por el silencio puede constituirse un *genuino convenio*. Pero el Reglamento de la OMPI es claro al exigir una «voluntad inequívoca»⁹⁷⁹. De lo contrario podríamos encontrarnos ante un arbitraje forzoso al que se accede por presunción de existencia de jurisdicción por el simple silencio del demandado, derivándose de ésta la posibilidad de impedir a los Tribunales entrar a conocer del asunto⁹⁸⁰. Ésta, que es su gran bondad, puede comportar también su inoperancia.

De hecho, esta causa de oposición debe apreciarse *ab initio*. Sólo por razones excepcionales podría admitirse esta causa de oposición al estudiar el fondo de la

⁹⁷⁷ LORCA NAVARRETE, J., *op.cit.*, págs. 356 y 357.

⁹⁷⁸ Este tema ha sido ampliamente estudiado por la doctrina extranjera. Excede de nuestro objeto el estudio pormenorizado de este concepto pero para entender la razón de ser de este control de oficio, STALEV, Z., «La "competencia-competencia" de los tribunales arbitrales», *Estudios de Derecho Procesal en honor de Victor Fairén Guillén*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990. Este control aparece ejercido en los arbitrajes institucionales de muy distintas formas:

a) Ciertos reglamentos atribuyen el control de la Competencia sólo a sus respectivos tribunales arbitrales, con el fin de ser subsanado ante éste. Para ello requiere de su previa existencia (ej: Arbitraje de Comercio Euro-árabe);

b) Que sea el Centro o Corte de Arbitraje quien tenga el control de dicha jurisdicción (ej: Arbitraje de la Cámara de Comercio de China);

c) Que el Centro examine *prima facie* sin vincular al Tribunal Arbitral que es, en definitiva, quien decide. «Pero si el Consejo ha rechazado la demanda por falta de jurisdicción la decisión obstaculiza cualquier otra decisión arbitral. La parte interesada en someter la controversia a arbitraje debe ejercitar su derecho ante el tribunal estatal competente para que declare que existe un convenio arbitral válido (ej: Reglamento de ICC).

Es condición de la validez del nombramiento del Tribunal arbitral, el propio convenio arbitral y, por tanto, condición de su jurisdicción de modo que, «al verificar la existencia de un convenio arbitral válido, el TA verifica simultáneamente las bases de su existencia misma como órgano de creación de justicia».

⁹⁷⁹ Realmente, de la presunción establecida en el art.58 Rto. no puede derivarse una posible novación contractual en el sentido aludido sino, tan sólo, podemos extraer del precepto el principio de preclusión.

⁹⁸⁰ Recuérdese aquí la STC 174/1995, de 23 de noviembre, BOE 310 suplemento, del 28 de diciembre, que declaró inconstitucional el párrafo 1º del artículo 38.2 de la Ley 16/1987 de Ordenación de Transporte Terrestre por tratarse de un arbitraje forzoso y contrario a la naturaleza del arbitraje. Véase mi artículo «La inconstitucionalidad del art.38.2, párrafo 1º, de la Ley de Transportes Terrestres: en torno a la STC 174/1995, de 23 de noviembre, BOE 28 de diciembre», *Actualidad Civil*, núm28, semana 7 al 13 de julio de 1997.

controversia⁹⁸¹. Se entiende que el Reglamento haya querido evitar dilaciones innecesarias o malintencionadas ante un posible laudo no favorecedor de las pretensiones del que «tardíamente» intenta oponerse⁹⁸².

b) Falta de competencia

Frente a todo lo argumentado, encontramos una segunda causa de oposición *por falta de competencia objetiva* o como en el Reglamento se define, «cuando el tribunal excede de los límites de su actuación» (36.b)⁹⁸³.

Nuevamente se le «faculta» al Tribunal para que controle de oficio su competencia. Si entendemos ésta en el sentido de «arbitrabilidad» de la cuestión litigiosa, nos encontramos, de nuevo, ante una cuestión de orden público, improrrogable y que difícilmente va a poder ser sanada por la voluntad de las partes, otorgada con carácter tácito. En nuestro derecho interno equivaldría tanto como admitir el control en los casos dispuestos en el artículo 2 LA.

Son varias las cuestiones que hemos de observar en relación a esta excepción:

- Respecto de la primera cuestión, aquellas materias de orden público sobre las que no alcanza la autonomía de la voluntad de las partes y, por ende, no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje, deben ser controladas por el propio Tribunal, incluso los casos de inarbitrabilidad parcial por encontrarse cuestiones arbitrales íntimamente unidas a aquellas otras que exceden de la competencia que objetivamente puede tener un árbitro.

⁹⁸¹ Según afirma STALEV, Z., «La "competencia- competencia" de los tribunales arbitrales», *op.cit.*, pág. 543., un supuesto claro sería el de un convenio y un contrato principal que son atacados por los mismos defectos.

⁹⁸² De hecho, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *op.cit.*, pág. 934, niega la posibilidad de oponerse cuando las alegaciones se «hicieron de consuno».

⁹⁸³ Sólo cabría plantearse dentro de este ámbito un posible causa de oposición por falta de competencia funcional en los casos en que por convenio se hubiera establecido el denominado *arbitraje de segundo nivel* o, lo que es lo mismo, se hubiera otorgado competencia a un tribunal arbitral de segunda instancia para que resolviera sobre ciertas incidencias. Al respecto *vid.* STALEV.Z., *op.cit.*, pág. 538.

Junto a éstas y en segundo lugar, se encuentran aquellas cuestiones que, por naturaleza, son disponibles y susceptibles de arbitraje pero no se establecieron en el convenio arbitral. Sobre éstas, y sólo sobre ellas, puede tener la autonomía de la voluntad virtualidad, voluntad que podrá plasmarse tácitamente a través de la falta de oposición al arbitraje.

Sólo respecto de los supuestos de «inarbitrabilidad» tiene sentido esta excepción de falta de competencia objetiva del artículo 36, pues respecto de la materia, por definición, indisponible, carece de sentido el arbitraje. Tal aspecto se encuentra fuera de discusión en el arbitraje de la CCI, pues la firma del acta de misión representa una delimitación exacta del objeto de la controversia y, de no ser arbitrable, bien el tribunal o la corte denegaría tal arbitrabilidad (arts.18 y 19 Rto. CCI).

- La segunda cuestión, que a nuestro juicio se debe de tener en cuenta, se refiere al momento de alegación. Resulta patente que, ante los supuestos de inarbitrabilidad, debería darse la oportunidad a las partes o al órgano de oficio, de poder ponerlo de manifiesto en cualquier momento del procedimiento. En el otro caso, consideramos aceptable el silencio con carácter positivo como causa de novación del convenio y, por tanto, alegable «tan pronto surja en las actuaciones la cuestión sobre la que se pretenda que el Tribunal exceda de los límites de su autoridad». No olvidemos que el silencio de las partes ante cualquier causa que afecte al procedimiento o a los méritos del proceso, se entiende como renuncia a tal alegación y no podrá ser utilizado con posterioridad como causa de anulación del laudo arbitral (arts.58 Rto. OMPI y 33 Rto. CCI).

«En cualquiera de estos casos el Tribunal podrá admitir una impugnación planteada con ulterioridad si considera que la demora es justificada». Nos parece excesivamente amplio el término utilizado para que el Tribunal pueda estimar una causa de oposición fuera de plazo. Ateniéndonos al tenor literal del precepto, lo normal sería que el Tribunal no estimara la falta de jurisdicción por no

parecerle la causa de la demora que le impidió en su momento alegarla, una causa suficientemente justificada.

- Para finalizar debe señalarse que el artículo 36.d) incurre en un grave abuso. Mientras que la parte sufre la imposición de un plazo, en principio, preclusivo para oponerse a la demanda, el Tribunal podrá resolver sobre dichos aspectos tanto como cuestión preliminar como en el laudo definitivo, pudiendo provocar graves perjuicios a la parte durante dicha litispendencia, impidiendo a los Tribunales estatales entrar a conocer cuando, en su caso, puede haber un convenio nulo o inexistente, que invalida el poder de los árbitros⁹⁸⁴.

«Una objeción a la competencia del Tribunal no impedirá al Centro administrar el arbitraje» (36.e). Esta afirmación pretende garantizar al Centro de Arbitraje el cobro de las costas y tasas derivadas de la bien incipiente o bien avanzada actuación arbitral.

c) Por no encontrarse bien constituida la relación jurídica procesal

Son varias las posibilidades incardinables en este supuesto; es decir, por existir litispendencia, por carecer alguna de las partes de la legitimación necesaria para litigar, falta de capacidad, excepción de cosa juzgada, etc.). Igualmente, por aquellas causas que afecten al fondo por alegarse hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la pretensión.

11. La prueba

Una vez presentadas las oportunas pruebas junto con el escrito de demanda y de contestación a la misma, resulta recomendable la realización de una

⁹⁸⁴ Este nos parece un supuesto claro de falta de diligencia durante las actuaciones arbitrales, y al artículo 77 del Rto. debería de estarse a efectos de derivar posibles responsabilidades ; por un lado, por impedir obtener la tutela judicial efectiva ante los Tribunales del Estado, por otro, por todos los gastos en los que se ha incurrido.

Para eximirse un árbitro de posibles responsabilidades llegado su caso, está perfectamente legitimado para no firmar el laudo arbitral (arts.61 y 62).

conferencia preparatoria entre el Tribunal y las partes, a efectos de «organizar y planificar las actuaciones subsiguientes» (art.47 Rto. OMPI y 18 Rto. CCI), en especial, resulta interesante para determinar el modo y tiempo en el que ha de practicarse la prueba, si se pactan o no plazos preclusivos, si su valoración podrá hacerse en algún caso de forma tasada, etc.

Por supuesto, esta libertad de forma que impera a la hora de fijar esta fase probatoria también tiene sus límites, a saber, esos mínimos esenciales y comunes a cualquier tipo de procesos. La libertad formal que sobrepasará los mismos será puesta de manifiesto mediante la protesta de la parte⁹⁸⁵, teniendo en cuenta que, el silencio está valorado negativamente en ambos Reglamentos.

De esta forma, es muy frecuente encontrar acuerdos por los que se incluye o excluye la posibilidad de repetir cualquier práctica de prueba incluso en caso de sustitución. Solo ante una falta de acuerdo, el Tribunal «determinará a su entera discreción si habrá de repetirse o no alguna o todas las audiencias celebradas con anterioridad» (art.34 Rto. OMPI y art.12.2 Rto. CCI). Resulta patente el carácter *difuminado* del *principio de inmediación* que en los procedimientos arbitrales preside la fase probatoria en el arbitraje, sea el de la OMPI, o cualquier otro arbitraje internacional, en general⁹⁸⁶.

A pesar de ser un proceso donde se discuten intereses disponibles, coexisten los *principios de aportación de parte e investigación oficial*, de modo que,

⁹⁸⁵ LORCA NAVARRETE, J., *op.cit.*, pág. 388.

⁹⁸⁶ Tanto el artículo 28 LA, 14 Rto. Uncitral como 34 Rto. Arbitraje de la OMPI, dejan a discreción del árbitro sustituto la decisión de repetir cualquier práctica de prueba. De entender que tan sólo hace referencia a aquellas pruebas que, a pesar de ser orales, perfectamente queda garantizado el conocimiento del órgano decisor a través de la lectura de su documentación, no por ello deja de ser criticable. Si añadimos a esto la falta de presencia de la figura del *Secretario*, la decisión discrecional del Tribunal de documentar las audiencias (art.53.d) y la amplitud de poderes que ostentan los árbitros en el procedimiento arbitral, parece más recomendable la vigencia estricta del *principio de inmediación* en la práctica de aquellas pruebas que sean orales. Además, como afirma MASCARELL NAVARRO, M.J., *op.cit.*, pág. 147, la *inmediación* en la práctica de las pruebas quiebra «cuando las pruebas se practiquen bajo la exclusiva dirección del juez de primera instancia». *Vid.* también DE ÁNGEL YAGÜEZ *op.cit.*, pág 442 y 451. En este caso, corresponde señalar al árbitro la pertinencia y admisión de la prueba que practicará el juez.

fijados los hechos en el acta de misión, se le reconoce al Tribunal poderes para solicitar pruebas y determinar su admisibilidad, pertinencia e importancia; por lo que a la *valoración* de la prueba se refiere, salvo manifestación en contra de partes y teniendo en cuenta el derecho aplicable al procedimiento arbitral, ésta puede ser *libre*.

Por tanto, ambos Reglamentos permiten al Tribunal que, *ex officio*, ordene a cualquiera de las partes que presente los documentos u otras pruebas adicionales que considere necesarias o apropiadas, o puede *motu proprio* nombrar a un experto, requerir el depósito de cualquier bien en su posesión para someterlo a una inspección o examen.

En la última reforma del Reglamento de la CCI se ha dado un gran paso al respecto. El art.20 otorga amplios poderes al tribunal para que actúe durante la instrucción de la causa, mediante el uso de los medios que estime apropiados, señalando las pruebas que en la práctica resultan más pertinentes en un proceso arbitral⁹⁸⁷. De este modo, se hace referencia a la audición de testigos, peritos, los testimonios que podrán presentarse en la posterior audiencia⁹⁸⁸, el interrogatorio previo de una gran número de testigos a modo de tamiz⁹⁸⁹, etc. Se echa en falta, sin embargo, un precepto en el que se ofrezca la posibilidad de solicitar el auxilio judicial a la hora de practicarlas⁹⁹⁰, lo cual nos parece razonable -e incluso

⁹⁸⁷ BLESSING, M., «The procedure before...», *op.cit.*, pág. 35 y JARVIN, S., «Aspects of the arbitral proceeding», *op.cit.*, pág. 38 cuando afirma «It is arbitrator's responsibility to establish the facts, and the arbitrator is given powers to do so by all appropriate means". The arbitrator may make procedural rulings, although this power is not specifically mentioned in article 20 (...). The arbitrator must also combat delaying tactics of one of the parties. This reflects an underlying philosophy of the new rules which aims at making ICC arbitration faster and more efficient».

⁹⁸⁸ Nos referimos a los denominados *deposition*, entendidos como «a written record of oral testimony given prior to hearing and without the presence of the tribunal. Both parties are represented at the taking of the deposition to examine and cross-examine the witness», JARVIN, S., «Aspects of the arbitral proceeding», *op.cit.*, pág. 39.

⁹⁸⁹ En los casos en los que se ha presentado un gran número de testigos, es práctica habitual el que las partes pre-examinen los mismos con el fin de tachar los que no valgan o simplemente hacer una selección con el fin de que el procedimiento se celebre en las sesiones señaladas, *vid.* BLESSING, M., «The procedure before...» *op.cit.*, pág. 34.

⁹⁹⁰ No ocurre lo mismo en torno a la adopción de medidas cautelares y la posible ayuda que pueden prestar los Tribunales nacionales. El legislador internacional parece haber olvidado dicha posibilidad

conveniente- dada la naturaleza del arbitraje, aunque somos conscientes del retraso procedimental que ello conllevaría. Además, existen infinidad de pruebas que requieren de la intervención de un tercero sobre el cual el árbitro no tiene ningún tipo de *potestas* para obligarle a colaborar.

Frente al arbitraje de la CCI, el Rto. de la OMPI establece un régimen similar. Bajo el título de «Experiments» (art.49), se presenta la posibilidad de alegar durante el procedimiento arbitral nuevos datos, bien a través de expertos o bien por las propias partes, como resultado de los «experimentos» por éstas practicados y cuya conclusión puede ser útil al proceso. La otra parte tiene el derecho de que sean practicados ante ella con el fin de poder hacer uso de su derecho a la *contradicción o audiencia*.

Se recoge la posibilidad de realizar visitas a lugares por el Tribunal o por un experto delegado por él, a una determinada «propiedad, maquinaria, instalación, línea de producción, modelo, película, material, producto o proceso que considere apropiado» (art.50). Junto a esto, es posible que el Tribunal solicite de las partes un peritaje del asunto y materiales por ellas presentados (art.51), comprometiéndose el Tribunal, en todo caso y bajo su responsabilidad (art.77), a no divulgar los secretos comerciales que allí puedan ponerse de relieve, así como ninguna otra información que no estuviera al alcance del público y siempre que, la parte que la alegue, invoque su carácter confidencial (art.52).

Con carácter aplicable a ambos Reglamentos, se confiere al Tribunal la facultad de adoptar las medidas especiales oportunas para proteger dicha información y pactar la parte a qué personas podrá extenderse el conocimiento de

cuando, en puridad, el fundamento de ambas actuaciones y la lógica necesidad de intervención de un órgano jurisdiccional puede ser el mismo, a saber, la posible limitación derechos que puede conllevar tanto la práctica de una inspección ocular, por ejemplo, como la adopción de cualquier medida cautelar no consentida por la parte pasiva. De esta forma vemos que se estipula en el artículo 27 de la Ley Modelo CNUDMI, siempre y cuando se hiciera «con la aprobación del Tribunal arbitral». Es una importante garantía de futuro reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

la misma, tomando como base la firma de un documento privado por el que se comprometa a no divulgar dicha información.

A petición de cualquiera de las partes, podrá solicitarse al Tribunal la práctica de pruebas testificales, debiéndose celebrar para ello las audiencias que se consideren oportunas. Notificada a las partes la fecha y lugar de comparecencia con suficiente antelación, deberán éstas notificar la identidad de los testigos propuestos. Es posible rechazar o tachar la admisión de alguno de ellos «por considerarse superfluo o no pertinente». Cada parte correrá con los gastos y costas ocasionados por la práctica de dicha prueba.

En la práctica, el órgano decisor se valdrá de las declaraciones de peritos. «La apreciación de la opinión de cualquiera de esos peritos sobre la cuestión o cuestiones que le hayan sido encargadas, queda sometido al poder de evaluación de dichas cuestiones por parte del Tribunal, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, a menos que las partes hayan acordado que la decisión del perito sea definitiva respecto de cualquier cuestión específica» (art.55).

Nada se dice sobre la forma del acuerdo o decisión tendente a aceptar o denegar la pertinencia de la práctica de una prueba. Debemos, a nuestro entender, estar a lo dispuesto en el artículo 61 Reglamento de la OMPI y art.25 Reglamento de la CCI sobre la toma de decisiones, por la cual sólo a falta de acuerdo mayoritario, se permite al presidente del Tribunal dictar la decisión «como si fuese árbitro único».

12. Modos de terminación del proceso

Llegado a este punto, lo lógico es que el Tribunal declare el terminación de actuaciones asegurándose «de que las partes han tenido una adecuada oportunidad para presentar sus argumentos y pruebas» y sólo «si el Tribunal lo considera necesario en razón de circunstancias excepcionales podrá decidir, por iniciativa propia o a petición de una de las partes, que se reabran las actuaciones

(...) en cualquier momento antes de dictarse el laudo» (art.57 Rto. OMPI y art.22 Rto. CCI)⁹⁹¹. A la parte sólo le queda la posibilidad de protestar u oponerse a este nuevo periodo de alegaciones ilícito con el fin de ser consecuente con la doctrina de los actos propios⁹⁹².

Es posible, sin embargo, encontrar una actitud en el demandante y demandado que influyan durante el procedimiento arbitral.

Por un lado y, consecuencia del *principio de oportunidad* imperante en el proceso arbitral, el *demandante* puede hacer una dejación de su derecho, no presentando su escrito de demanda, con lo que el Tribunal dará por concluido el procedimiento por *desistimiento* del actor⁹⁹³. Por otro, si es el *demandado* el que deja de contestar a la demanda, sufrirá las consecuencias de no defenderse y el Tribunal continuará con el procedimiento sin su presencia (art.56 Rto. OMPI y arts.6.2 y 6.3 Rto. CCI)⁹⁹⁴. Si por el contrario el demandado comparece y reconoce la pretensión del actor, a pesar del silencio que al respecto mantiene el Reglamento, debemos aceptar sin lugar a dudas, la existencia de un *allanamiento*, debiendo el árbitro dictar laudo estimatorio de la pretensión.

En segundo término, también podemos poner fin a la actividad arbitral mediante una *transacción* de las partes (art.65 Rto. OMPI y art.26 Rto. CCI). El pacto al que éstas lleguen podrá recogerse en un laudo o en un simple contrato

⁹⁹¹ Desconocemos cuáles podrían ser esas circunstancias excepcionales que podrían impedir seguir el curso normal del procedimiento. Tal vez podría entenderse aquí incluido el supuesto establecido en el artículo 44 Rto. OMPI y 19 Rto. CCI sobre la «ampliación del escrito de demanda o contestación a la misma» de modo que fuera necesario su observancia y la práctica de posibles pruebas derivadas de dicha ampliación a efectos de determinar el sentido del laudo arbitral. Por supuesto, cualquier actuación que se realice debe conllevar para ambas partes la posibilidad de pronunciarse. Como se observa esto es una cláusula abierta que da posibilidad de maniobra al Tribunal antes de dictar su decisión final en aras a obtener una resolución más equitativa.

⁹⁹² SANTOS VIJANDE, J., *op.cit.*, pág. 1055 en relación con el artículo 66 Rto. y la obligación que en su caso se derivaría para el órgano arbitral de dictar un laudo adicional que recogiera estas nuevas alegaciones.

⁹⁹³ Tal situación sólo resulta presicable respecto del arbitraje de la OMPI pues, ante la CCI existe una unicidad de actos entre el escrito de solicitud de arbitraje y el de demanda

⁹⁹⁴ De nuevo adquiere aquí relevancia la doctrina de los actos propios confirmada en el Rto. por el artículo 58 pero también reconocida en el artículo 30 del Rto. CNUDMI.

extra-procesal, aunque se haga más aconsejable la primera opción, y ello por la razón de que, aunque se debe de presuponer que habrá un cumplimiento voluntario, puede evitar problemas en posteriores procesos judiciales o arbitrales. Inmediatamente deberá ponerse fin al procedimiento arbitral derivándose, en el primer caso, la oportuna eficacia de cosa juzgada.

Sin embargo, tomando como base el art.65 Reglamento de la OMPI no parece tan clara la opción que se le ofrece al Tribunal de concluir el procedimiento cuando se haga «innecesaria o imposible» su continuación. Resulta excesivamente vaga la terminología utilizada en relación con las causas posibles que pudieran llevar a esta conclusión, pero se salva esa laxitud gracias a la obligada audiencia que el Tribunal debe ofrecer a las partes. La causa que en mayor medida imposibilitaría la continuación del mismo podría ser la negativa de ambas partes a actuar, por lo que se impediría continuar a los árbitros con la actividad (art.56), quedaría imprejuizado el fondo del asunto y expedita la vía judicial o, en su caso, nuevamente la arbitral, por haberse dado una novación contractual.

Pero si mediante laudo el árbitro recogiera de modo expreso la voluntad de concluir por imposibilidad sin que nadie se pronunciara en contra, debemos reconocer que nos encontramos ante una *renuncia* que pondrá fin a un proceso mediante un laudo desestimatorio de la pretensión. El Reglamento advierte, fruto de la prohibición del *non liquet*, que el Tribunal «comunicará a las partes su intención de concluir el arbitraje (...) y estará facultado para dictar dicha orden (...) a menos que una de las partes haga valer razones fundadas para oponerse» (artí.65.c). Tan sólo una manifestación expresa en contra privaría al Tribunal de poder para pronunciarse.

Por último, sería también posible encontrar una *caducidad en la instancia* por el transcurso de los nueve o seis meses -según se trate del arbitraje de la OMPI o de la CCI, respectivamente- estipulados para dictar el laudo sin que mediara

actividad de parte destinada a reanudar la actividad del proceso paralizado por acuerdo de las mismas. En este caso, el asunto debe de quedar imprejuizado y, por tanto, expedita la vía judicial o arbitral, en su caso.

13. El laudo arbitral

Desarrollada la actividad arbitral, resta a los árbitros dictar el laudo correspondiente que, respetuoso del Convenio de Nueva York de 1958, pasará a ser cumplido voluntariamente o, en caso contrario, requerirá del reconocimiento de su validez por la Sala Primera del Tribunal Supremo y, posteriormente, se ejecutará por el Juez de Primera Instancia del lugar donde deba llevarse a cabo tal ejecución.

Si bien la labor del Centro de Arbitraje era importante a la hora de establecer y aconsejar la determinación del lugar, tiempo y derecho aplicable al arbitraje, resulta ahora imprescindible llegado este momento, «particularmente para asegurarse de que el laudo sea ejecutable» (art.62.e) Rto. OMPI y 35 Rto. CCI).

A. *Forma y tipos de laudo*

De la lectura de los artículos 61 Reglamento de la OMPI y 25.1 Reglamento CCI se desprende que la toma de decisiones del Tribunal arbitral se rige por el acuerdo de mayorías y, sólo a falta de éste, el árbitro presidente dictará por sí sólo el laudo⁹⁹⁵. Llama la atención el silencio que el Reglamento de la CCI guarda en torno al régimen que deben seguir las firmas que se exigen en dicho laudo, señalando la OMPI a tal respecto el deber de indicar el motivo por el que un árbitro omite la misma, ante la negativa a suscribirlo. Esta afirmación debiera

⁹⁹⁵ No necesariamente se limita al laudo definitivo, sino a cualquiera de los tipos establecidos en el Reglamento.

conectar directamente con la obligación de responder por daños y perjuicios a que todo árbitro quede sujeto de no mediar causa razonable⁹⁹⁶.

En segundo término, el laudo arbitral deberá ser escrito⁹⁹⁷ y motivado⁹⁹⁸, «haciendo constar fecha y lugar del arbitraje» que, a falta de mención expresa, será determinado por el Centro (artículos 62 y 39.a) Rto. OMPI y 25 Rto. CCI). A partir de la fecha en la que el Centro notifique a las partes la copia del laudo (art.62.f) Rto. OMPI y art.28 Rto. CCI), éste será efectivo y obligatorio para las mismas y dentro del plazo de 30 días podrá pedirse su rectificación si mediare «error de copia, tipográfico o de cálculo» (art.66 Rto. OMPI y art.29 Rto. CCI). Del mismo modo podrá actuar el tribunal *motu proprio* si estimare que ha lugar a cualquiera de esos errores.

Llama la atención que, el Reglamento de la CCI hace mención expresa de una labor encomendada a la Corte de arbitraje, una vez recibido el laudo arbitral y siempre antes de firmarlo. «Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre los puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte». Del tenor literal del precepto se deriva un claro cuidado en no atentar contra la independencia del tribunal.

⁹⁹⁶ Un supuesto claro de negativa de un árbitro a la firma de un laudo arbitral podría ser por la quiebra del principio de intermediación. Si el Tribunal, una vez constituido, decide no volver a practicar las pruebas ya realizadas por motivos de celeridad, perfectamente podríamos encontrar una situación como la descrita. Aunque la medida nos parece correcta, a efectos de que el árbitro eluda evitar posibles responsabilidades, éste podría encontrarse coaccionado al prever que, ante tal negativa, no se le volverá a designar como tal.

⁹⁹⁷ A pesar de la *libertad de forma* que rige el procedimiento arbitral debe ponerse en tela de juicio la idea invocada por alguna doctrina (*vid.* LORCA NAVARRETE, J., *op.cit.*, pág. 366) que propugna flexibilidad absoluta, una laxitud «que abar(que, incluso,) lo *pedagógico*», pues aunque la autonomía de la voluntad rija esta institución arbitral, la función no deja de ser idéntica a la de la Jurisdicción en su faceta de *declarar el Derecho*. Si ésta requiere de un proceso, tampoco debe permitirse un procedimiento basado *a formalidad* absoluta. El alcance de la voluntad tan sólo debería afectar a la forma y tiempo del laudo.

⁹⁹⁸ «...unless the parties have agreed that no reasons are to be given» art. 62 *WIPO Arbitration Rules* y art.31 Ley Modelo UNCITRAL.

Existe una diversidad de laudos. Junto al «laudo definitivo» que pone solución al conflicto y producen el efecto de cosa juzgada, parece que el Reglamento de la OMPI alude a la existencia de «laudos preliminares, provisionales, interlocutorios (y) parciales» (art.62). Aunque esta clasificación resulte en todo punto ajena a la tipología de laudos nacionales, tiene un indubitado eco en la órbita internacional⁹⁹⁹.

Generalmente, la denominación de «laudo», tan sólo la recibe aquella decisión que con carácter definitivo y en cuanto al fondo, resuelve la controversia, incluyendo aspectos relativos a las costas. Contrariamente, aquel laudo que resuelva cuestiones del proceso arbitral sin entrar en el fondo del asunto será «interlocutorio». De esta forma, cuestiones como la «falta de competencia objetiva» o la ausencia de algún requisito esencial, deberán de ser resueltas conforme al artículo 23 LA y 36 Rto., mediante este tipo de laudos.

En segundo lugar, encontramos los denominados *interim awards* o laudos provisionales, que podrían ser útiles para adoptar ciertas posturas o decisiones que deben ser confirmadas con posterioridad. Las medidas cautelares se adoptan a través de este tipo de laudos. Frente a estos, los «laudos preliminares» serían aquellos que debe emitir el Tribunal por llegar las partes a un punto en común durante el arbitraje. El acuerdo de las partes se plasmará en laudo y será obligatorio para las mismas¹⁰⁰⁰.

Por último, existe los laudos parciales o *partial award*, definidos por la CCI, los define como aquellos laudos que se dictan «If the circumstances so require or the parties agree, (...) in order to settle questions relating to the arbitrator's jurisdiction, or other preliminary questions»¹⁰⁰¹. En tal punto, parece que

⁹⁹⁹ *vid.* artículo 32.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, cuya clasificación es idéntica.

¹⁰⁰⁰ Es lo que en *ICC Rules*, se califica como «Award by consent of the parties», *Guide to ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce, 1994, pág. 42.

¹⁰⁰¹ *Guide to ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce, 1994, pág. 42.

coinciden la finalidad del laudo parcial y el preliminar, por lo que no parece que exista diferencia alguna dentro del arbitraje de la CCI.

B. Plazo para dictar el laudo arbitral

Los artículos 63 Reglamento de la OMPI y 24 Reglamento de la CCI resultan bastante taxativos al respecto. En relación con el primero, en principio, se prevé un plazo de nueve meses para que sean concluidas las actuaciones a contar desde el día en el que se contestó a la demanda, si ésta se presentó conjuntamente con la petición, o a tener en cuenta desde el día de la notificación del establecimiento del tribunal si se utilizó el sistema conocido como *two-stages*¹⁰⁰². Transcurridos los nueve meses, el tribunal dispone de tres más para pronunciarse con carácter definitivo. De este modo, en principio, el Rto. asegura a las partes que en un periodo de 12 meses pueden obtener su laudo arbitral. Por lo que se refiere al segundo supuesto, la CCI establece plazo para laudar es de seis meses, a contar desde el momento de aprobación del acta de misión.

Este plazo, contrariamente a lo que ocurre en el arbitraje nacional (art.30.2 LA) no es preclusivo. Llegado el día *ad quem* y no habiéndose declarado las actuaciones conclusas o, habiéndolo sido no se ha emitido el laudo, tan sólo se le exige al tribunal que comunique al Centro «un informe sobre el desarrollo del arbitraje junto con una copia para cada una de las partes» y se le otorga, a partir de este mismo instante, una prórroga de tres meses más. Nada se dice en relación con el transcurso de este plazo sin haberse dictado el laudo (art.63 Rto. OMPI)¹⁰⁰³. Frente a ello, el sistema arbitral establecido por la CCI no regula ningún plazo límite, sino que la Corte puede, en cualquier momento, a solicitud del tribunal o de oficio, prorrogarlo (art.24.2).

¹⁰⁰² *Vid.* aquí todo lo dicho en relación a los casos que mediare recusación, pues afectaría de modo ostensible a el citado plazo.

¹⁰⁰³ Nuevamente se echa en falta una cláusula de responsabilidad por falta de diligencia. Sólo ante una falta deliberada del árbitro o del Centro se responderá (art.77).

C. El contenido del laudo

El proceso arbitral, como proceso dispositivo y oportuno, no permite a los árbitros prescindir de su obligación de congruencia. Cualquier extralimitación de la misma, por exceso o por defecto, conllevará la nulidad del laudo arbitral y ello es coherente con el fundamento del arbitraje¹⁰⁰⁴.

Por un lado, los artículos 66.c) Reglamento OMPI y 29 Reglamento de la CCI permiten a las partes que exijan al Tribunal un *laudo adicional* en el que se pronuncie sobre las *pretensiones* «presentadas durante las actuaciones que no hayan sido recogidas en el laudo. Antes de tomar una decisión sobre esta petición, el tribunal dará a las partes la oportunidad de ser escuchadas». Ante dicha petición, son dos las posibilidades que se le presentan a un árbitro.

Si su *poder arbitral* fijado en el convenio no incluía dichas pretensiones, podría éste aducir que la aceptación de su mandato se encontraba sujeta al conocimiento del objeto de la controversia y de las pretensiones, con el fin de eludir futuras responsabilidades por falta de congruencia. Si, por el contrario, fue él *de oficio* quien integró la controversia sin modificar, por supuesto, el objeto del proceso, sólo podría incurrir en incongruencia en el caso de que las partes se hubieran opuesto mediante el oportuno *protesto*, pues en otro caso, regiría la doctrina de los actos propios y habría habido una novación del objeto¹⁰⁰⁵ y por la presunción establecida en el art.58 Reglamento de la OMPI y 33 Reglamento de la CCI. En ambas situaciones expuestas, lo que no se permite a los árbitros es el *non liquet* y así lo ha expresado el legislador internacional a través de la fórmula establecida en el artículo 61 del Reglamento de la OMPI¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁴ Recordar aquí todo lo dicho respecto a la posibilidad limitada de que los árbitros integren el *thema decidendi*.

¹⁰⁰⁵ SANTOS VIJANDE, J., *op.cit.*, pág. 1005. No obstante, esto sería así si nos encontráramos ante una materia arbitrable, nunca ante los supuestos determinados en el art.2 LA.

¹⁰⁰⁶ El artículo 61 dedicado a regular la toma de decisiones del Tribunal establece el régimen de mayorías. No obstante, «Si no se consigue una mayoría, el árbitro presidente dictará el laudo, la orden o

Por lo demás, dependiendo del tipo de pretensión, el contenido será diferente, teniendo en cuenta que en el arbitraje las pretensiones de condena pecuniaria son las más viables, aunque no las únicas.

14. De las tasas, costas y otros pagos en el arbitraje

Los Centros de arbitraje tendrán derecho a cobrar por la administración del arbitraje unas tasas, de acuerdo con las tablas o baremos fijados en sus Reglamentos y desde el momento en que se soliciten sus servicios de gestión, so pena de no dar comienzo al arbitraje (art.67)¹⁰⁰⁷. Dicha tasa quedará sujeta a modificación en virtud de posibles ampliaciones de la demanda o de una reconvencción (art.30.2 Rto. CCI).

También corresponde al Centro la fijación del «importe y la moneda de los honorarios de los árbitros, las modalidades y calendario de pago», previa audiencia de los mismos y de las partes y conforme a los baremos en el Reglamento (art.69 Rto. OMPI y art.31 Rto. CCI). Una vez establecido, es necesario para dar comienzo al procedimiento que se realice un depósito, sin el cual no dará comienzo el arbitraje¹⁰⁰⁸, reembolsando a las partes el remanente que haya quedado tras dictar el laudo (art.70 Rto. CCI). Dicho monto podrá ser reajustado en cualquier momento del procedimiento.

«Con sujeción a los acuerdos que hayan podido concluir las partes, el tribunal distribuirá las costas del arbitraje y las tasas de registro y de gestión del Centro, habida cuenta de todas las circunstancias del arbitraje y de su resultado» (art.71.c). Junto a esto, es posible, si no medió pacto en contrario, que el Tribunal condene en el laudo al pago de los gastos en los que incurrió la otra parte al acudir al arbitraje y perderlo (art.72 Rto. OMPI). En este sentido los

cualquier otra decisión como si fuese árbitro único», con el fin de que no quede obstruido el arbitraje ante el *non liquet* de la mayoría de los árbitros.

¹⁰⁰⁷ Vid., GURRY, F., «Fees and costs», *Conference on Rules for...*, *op.cit.*, págs. 91 y ss.

Reglamentos de la OMPI y de la CCI (art.31) se han hecho eco de la práctica internacional de los más prestigiosos arbitrajes institucionales¹⁰⁰⁹.

15. La confidencialidad

El Capítulo VII del Reglamento de la OMPI y el Apéndice II del Reglamento de la CCI se encuentran destinados a regular pormenorizadamente y, de forma garantizada, una de las ventajas más importantes que ofrece el arbitraje comercial internacional, a saber, el derecho de las partes a que se guarde discreción por parte del Centro, árbitros y demás sujetos intervinientes, así como respecto del propio contenido del laudo arbitral. Esto se entiende debido al desprestigio que para las empresas supone verse envueltas en litigios.

Ésta es una poderosa razón para prescindir de la tutela jurisdiccional de un Estado. La única limitación que dicha obligación de confidencialidad puede encontrar es la proveniente de una autoridad judicial u otra autoridad competente o porque lo imponga una ley (arts.73, 75 y 76 Rto. OMPI).

16. Responsabilidad

Finalmente, el Capítulo VII del Reglamento de la OMPI bajo la nomenclatura «Varios» regula dos aspectos importantes en el arbitraje, que repercuten en su credibilidad y en la confianza que podamos tener hacia esta institución, a saber, la responsabilidad y las posibles acciones de difamación que de esta actividad arbitral se derivaran (arts.77 y 78 Rto. OMPI en relación con el art.34 Rto. CCI).

Respecto de la *responsabilidad*, se establece una exención a la misma tanto para los árbitros como para el Centro o la propia OMPI o CCI, por los actos u omisiones que lleven a cabo, salvo que «hayan cometido una falta deliberada».

¹⁰⁰⁸ Éstas son: a) honorarios de los árbitros; b) gastos de viaje, comunicaciones, etc.; c) peritos y cualquier otro tipo de asistencia requerida; d) demás gastos derivados del arbitraje.

¹⁰⁰⁹ Art.38.e) Rto. UNCITRAL; art.32 AAA; art.18 LCIA; art.20 ICC Rules

Son muchas las cuestiones a tener en cuenta a partir de dichas afirmaciones. Sólo en el supuesto establecido por la OMPI parece reconocerse la responsabilidad cuando haya mediado «falta deliberada».

En primer lugar, debemos diferenciar dos supuestos de responsabilidad, como son, la de los árbitros y la del Centro de arbitraje. En segundo lugar, resulta imprescindible delimitar el alcance de los términos «falta deliberada» por la que se acepta responder, pues también la culpa podría constituir objeto de responsabilidad civil. Por último, siguiendo la doctrina mayoritaria¹⁰¹⁰, la responsabilidad del Centro puede derivarse a partir de la no aceptación de un arbitraje o por el incumplimiento del encargo y de sus obligaciones durante el mismo. A tales efectos, resta plantearse si sería posible interponer una acción directa contra el Centro por la labor desempeñada por los árbitros.

En relación con la primera cuestión, efectivamente, debería existir una responsabilidad civil de los árbitros y otra diferente para el Centro. Los primeros deberían responder en cuanto órganos que deben resolver conflictos conforme a derecho o equidad, por haber asumido el compromiso con las partes y el Centro; los segundos, por la expectativa creada al aceptar la gestión del arbitraje.

La aceptación del encargo por el Centro debería ser obligatoria, por tratarse de una organización de Derecho público, salvo disposición contraria y tasada en sus normas reguladoras¹⁰¹¹. Por tanto, sólo deberían admitirse como causas de no

¹⁰¹⁰ MONTERO AROCA, J., *Comentario breve...*, *op.cit.*, págs. 93 y ; ROCA MARTÍNEZ, J., *Arbitraje e instituciones arbitrales*, *op.cit.*, págs. 224-228; CHILLÓN MEDINA, J. y MERINO MERCHÁN, J., *Tratado de Arbitraje...*, *op.cit.*, págs. 564 y ss.; LLEDO YAGÜE, F., *Comentarios a la Ley...*, *op.cit.*, págs. 161 y ss.

¹⁰¹¹ Por este motivo afirma MONTERO AROCA que «si no se dice así en el Reglamento (..) la existencia misma de la corte o tribunal, su salida a la vida pública, su oferta como institución arbitral, la propuesta de un modelo de convenio o cláusula arbitral para introducir en los contratos, vincula a la propia corporación o asociación, que luego no podrá rechazar la administración de un arbitraje concreto que se sometiere o cumpliera todos los requisitos del reglamento. La negativa estaría causando ya perjuicio para las partes que confiaron en la oferta pública», *Comentario...*, *op.cit.*, pág. 97.

En contra, ROCA MARTÍNEZ, J., *Arbitraje e instituciones...*, *op.cit.*, pág. 225, aunque reconoce tal imposibilidad de rechazo cuando se trate de este preciso caso, es decir, corporaciones de Derecho Público por cumplir «fines de interés social» por lo que «el acceso a ellas no debiera restringirse

aceptación del encargo, eximentes de responsabilidad para el Centro, aquellas tasadas y razonables, escapando de esas frecuentes fórmulas nutridas de laxitud y discrecionalidad. En nuestra opinión, el supuesto que aquí se plantea es más bien teórico pues, en la práctica, el interés de tales centros radica precisamente en admitir el mayor número de arbitrajes posibles.

En segundo término, hemos aludido al incumplimiento del encargo por parte de la institución que aceptó la gestión del arbitraje. En este caso y enlazando la cuestión con el problema planteado en torno al alcance doloso y/o culposo de la «falta deliberada», entendemos que resulta imprescindible la producción de un perjuicio o daño para poderse derivar posibles responsabilidades. Los términos «falta deliberada» abarcan, tan sólo, situaciones dolosas, no dando cobertura a supuestos de culpa o negligencia que, en la práctica, serán los más habituales tanto por descuidos, por «mera culpa *in eligendo*», como los casos de «culpa *in vigilando* de una institución verdaderamente tutelar del procedimiento»¹⁰¹².

Junto al grado de culpabilidad que entrañan estos términos debemos observar la diferente virtualidad que, en torno a la responsabilidad, debería tener el hecho de que el árbitro fuera propuesto y nombrado por el Centro o, por el contrario, fuera un sujeto designado por las partes. A partir de esta disyuntiva se puede llegar a entender aquellas potestades discrecionales a la hora de designar el árbitro; se pretende con ello eludir responsabilidades por aquellos actos en los que no participó directamente el Centro o el árbitro designado por éste¹⁰¹³. La

discrecionalmente» sino sólo por causas tasadas en su reglamento. *Vid.* también CHILLÓN MEDINA, J. y MERINO MERCHÁN, J., *Taratado...*, *op.cit.*, pág. 565.

¹⁰¹² CREMADES, B., «El Arbitraje en el siglo XXI», *La Ley*, 1990.4, pág. 1189.

¹⁰¹³ Contrariamente, la LA extiende la responsabilidad de la corporación que gestiona el arbitraje a los actos realizados por cualquier órgano arbitral, desde el momento que asume la administración del mismo, es decir, establece una especie de responsabilidad por hechos ajenos llevados a cabo por un árbitro no nombrado ni propuesto por ella. *Vid.* ROCA MARTÍNEZ, J.M., *Arbitraje e instituciones arbitrales*, *op.cit.*, págs. 227 y 228.

MONTERO AROCA, contrariamente, niega cualquier tipo de responsabilidad de dichas instituciones por los actos u omisiones realizados por los árbitros no designados por ella, de modo que la pretendida acción directa se tendrá tan sólo cuando se trate de actos cometidos por los sujetos ella designo

norma procesal contenida en el presente art. 16 LA no parece estar recogida en el art.77 del Reglamento ó 34 del Reglamento CCI. Y difícilmente podremos reconocer un supuesto de legitimación extraordinaria sin una norma expresa que lo determine¹⁰¹⁴.

En definitiva, tan sólo sería admisible una condena moral y dineraria de dichos órganos arbitrales; respecto de la CCI y OMPI, sería deseable la admisión de una acción directa contra el Centro que garantizó la gestión, aunque restringida a las acciones de aquellos árbitros nombrados por él, responsabilidad fundada en el compromiso formal adoptado con las partes.

Finalmente, el art.78 Reglamento OMPI, acorde con la idea de confidencialidad allí plasmada, reconoce otro tipo de compromiso, tanto para las partes como para los árbitros, que versa sobre la no utilización de las declaraciones realizadas antes y durante el arbitraje y dicho compromiso es perfectamente lícito. Sólo la práctica hará que este tipo de cláusulas decaigan con el tiempo si devienen abusivas. Mientras tanto, la información vertida en estos procesos arbitrales, sólo podrá ser utilizada si, conforme al art.76 Reglamento, es una autoridad judicial quien la solicita.

17. Las medidas cautelares en el arbitraje internacional

A. Introducción

Ha quedado establecido que el arbitraje es una fórmula heterocompositiva de resolución de conflictos idéntica estructuralmente a la Jurisdicción, pero cuyos fundamentos son contrapuestos¹⁰¹⁵. Sabemos que cualquier desconocimiento de

y frente a estos podrá repetirse con posterioridad, *vid.* MONTERO AROCA, J., *Comentarios...*, *op.cit.*, pág. 98.

¹⁰¹⁴ MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, *op.cit.*, pág. 49.

¹⁰¹⁵ Este paralelismo entre las dos vías de solución de conflictos lo encontramos también en el ámbito internacional reconociendo este carácter privado y contractual del convenio, pero que deriva en una

la autonomía de la voluntad no justificado, sería inconstitucional y, por esa razón, corresponde a los jueces velar por salvaguardar esos mínimos¹⁰¹⁶.

La autonomía de la voluntad que ha legitimado y dado poderes al árbitro, podrá alcanzar hasta la adopción de la medida cautelar; llegado este momento, podrá ser cumplida voluntariamente o, en su caso, necesitará del *imperium* para poderse ejecutar. Allí donde no alcance el poder del árbitro por estar fuera del alcance de la autonomía de la voluntad, se requerirá de la participación de la Jurisdicción, de ahí su complementariedad¹⁰¹⁷.

Desde el 1 de enero de 1990 se encuentra en vigor las *ICC Rules for pre-arbitral referee procedure*, destinadas a designar un árbitro que adopte medidas cautelares para los casos en los que el tribunal arbitral no ha sido todavía designado o cuando el Tribunal nacional se reconoce como competente y no puede, por tanto, adoptar estas medidas (artículo 1). Pero se trata de una pseudocolaboración entre ambos órganos¹⁰¹⁸. Este sistema se basa en la autonomía de la voluntad de las partes y el compromiso adquirido por éstas. De esta forma, cuando éstas se hayan sometido al Reglamento citado y hayan aceptado dicha posibilidad de adoptar medidas cautelares por un árbitro

función similar a la jurisdiccional; así *vid.* BERNARDINI, P., *The powers of the arbitrator*, «Conservatory and provisional measures», *op.cit.*, pág. 29.

¹⁰¹⁶ Al respecto *vid.* PLUYETTE, G., *A french perspective*, «Conservatory and provisional measures in international arbitration», *Internationale Chamber of Commerce (CCI)*, publicación 519, año 1995, pág. 75 cuando dice «the national courts take into consideration the respect of the will of the parties, whilst at the same time trying to ensure a certain safeguard of rights. (...) The national judge, in his function of assistance and cooperation to arbitration, would then be carrying out a task designed to protect the fundamental safeguards of the general principles of law».

¹⁰¹⁷ En la actualidad resulta ser algo más que una tendencia el eco que los arbitrajes internacionales y las diferentes normas relativas a los mismos están haciendo respecto a esta colaboración necesaria entre Jurisdicción y arbitraje, en aras de la consecución de una buena administración de Justicia. Se puede observar claramente este camino intermedio en las normas de arbitraje internacional de la Cámara de la Cámara de Comercio Internacional (ICC).

¹⁰¹⁸ Nos atrevemos a calificarla como tal porque no se genera una complementariedad entre ambas funciones, sino que la solución ha sido crear una nueva relación de derecho privado enjuiciable con posterioridad por el juez nacional. Esta situación se ha observado como intermedia entre la voluntad de las partes y la limitada intervención del juez y como un posible avance entre la colaboración de ambos órganos.

Vid. PLUYETTE, G., «A French perspective», *Conservatory and provisional measures*, *op.cit.*, pág. 76.

conforme a este procedimiento, quedarán vinculadas hasta el punto de poderse ver constreñidas por un órgano jurisdiccional a ser responsables por los daños y perjuicios causados, bien por la solicitud de esa medida cautelar, bien por la negativa de sometimiento a la misma. En definitiva, lo que ejecutará el juez será el incumplimiento de un contrato.

Carece de sentido la creación por parte del legislador en el ámbito nacional e internacional, de este tipo de proceso, como fórmula de tutela adecuada para estos conflictos¹⁰¹⁹, si no se da una tutela cautelar simultánea, anterior o posterior. Hoy, tras la entrada en vigor de la nueva LEC, se ha superado la confusa situación creada en torno al art.51 LA¹⁰²⁰.

Por este motivo, en el arbitraje internacional es importante la elección del derecho del foro, más o menos proclive a reconocer la adopción por el árbitro o por un Juez, de medidas cautelares. En la práctica los arbitrajes institucionales fijan un marco caracterizado por su flexibilidad, es decir, que arbitre diferentes medios de obtener esa tutela cautelar de forma garantizada¹⁰²¹.

¹⁰¹⁹ La tutela cautelar en esta materia ha sido reivindicada unánimemente en relación a estos derechos transfronterizos. El ejemplo más claro viene dado por los denominados «derechos sui generis» que los titulares de los Domain Names de Internet reivindican frente a los titulares de marcas internacionales. Al respecto *vid. Final Report of International ad hoc Comitee, febrero 1997, pág. 7*

¹⁰²⁰ En este sentido, de forma integral CUCARELLA GALIANA, L., *Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la jurisprudencia reciente*, «Tribunales de Justicia», marzo 1997, n°3, págs. 307 y ss. ; también *vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGrau-Hill, 1996, págs. 185 y ss. Este autor, acertadamente, afirma que las medidas cautelares en el arbitraje gozan de dos diferentes niveles de eficacia. Por un lado, la eficacia fáctica por estar en juego conceptos básicos en el comercio internacional como son el prestigio y la reputación que puede derivarse para una empresa que funciona en ese tráfico mercantil ; por otro, encontramos la eficacia jurídica de la que gozarán dichas medidas, que requiere, en opinión del autor, de la intervención de un Tribunal Estatal (pág. 198). Esto es así pero sólo en los casos en los que no ha mediado compromiso o voluntad de sometimiento entre las partes, pues es precisamente su eficacia fáctica la que conlleva para las partes una buena fe y voluntad de sometimiento a las posibles medidas acordadas.

También *vid. mi artículo, «Las medidas cautelares durante...», op.cit., págs.301 y ss.*

¹⁰²¹ *Vid. artículo 3 y 38 del Reglamento de Arbitraje de la OMPI y artículo 1 LA de 1988. Dentro del ámbito internacional véase BERBARDINI, P., The powers of the arbitrator, «Conservatory and provisional measures in International Arbitration, op.cit., ICC, págs. 22 y 23. Idem, The conduct of arbitral proceedings under the rules of Arbitration Institutions ; The Wipo Arbitration Rules in a comparative perspective, «Conference on Rules for institutional Arbitration and Mediation», Geneva, 1995, pág. 43.*

Por lo que se refiere a los diferentes *sistemas legales nacionales*, encontramos una variada regulación en torno a la admisión o no, y al modo en que estas medidas cautelares pueden ser adoptadas durante el proceso arbitral. De esta forma existen ordenamientos nacionales que, en absoluto admiten la adopción de dichas medidas por los árbitros y tanto su adopción como su ejecución queda reservada a los Tribunales del Estado en cuestión¹⁰²². Otros, sin embargo, o bien reconocen poderes absolutos en el árbitro¹⁰²³ o, como mínimo, compartidos¹⁰²⁴.

Pero el problema se presenta en el arbitraje institucional cuando el conflicto surge y el Tribunal arbitral todavía no se encuentra constituido¹⁰²⁵. Muchos Tribunales estatales, en la medida que todavía no ha comenzado el arbitraje pero existe un acuerdo arbitral, rehusan adoptar dichas medidas. Por otra parte,

¹⁰²²En este sentido encontramos casi por unanimidad una cláusula reguladora de dicha compatibilidad en todos los arbitrajes internacionales institucionales. Así en *WIPO Rules* se determina en su artículo 46.d) que «no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje» ni «significa una renuncia a ese acuerdo» la solicitud de medidas cautelares dirigida a los órganos jurisdiccionales de un Estado; en *AAA Rules* se considera que «A request for interim measures addressed by a party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate or a waiver of the right to arbitrate» (artículo 22); en el mismo sentido y con idéntico texto encontramos el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la Ley Modelo de UNCITRAL y artículo 9 de la misma. No ocurre lo mismo, por el contrario, en el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), en cuyo artículo 15.3 limita a las partes la posibilidad de acudir a los Tribunales de un Estado para solicitar dichas medidas, una vez sometida la controversia al arbitraje: «the parties shall be taken to have agreed to apply only to the Tribunal, and not to any court of law or any other judicial authority».

¹⁰²³Son variados los ejemplos que podemos presentar al respecto. En primer lugar, La ley de Arbitraje española, según se verá, no sólo no admite la adopción de las medidas cautelares por los árbitros, sino que se limita a la fase de apelación del laudo (artículo 51 LA); en el Codice di Procedura Civile (artículo 818) que prohíbe expresamente la adopción de medidas cautelares por los árbitros; en Alemania, el Libro Décimo del Código Procesal Civil (ZPO) en su artículo 1036 establece la ayuda de los Tribunales para aquellos actos que no pueda llevar a cabo el mismo árbitro; en el Code de Procedure Civile en su artículo 1460 nada se dice al respecto, es la doctrina quien excluye dicha posibilidad por no poderse adoptar en el arbitraje medidas que afecten a terceros (medidas conservatorias), *vid.* BERNARDINI, P., *op.cit.*, pág. 23 (nota 14) y BÖSCH, A., *op.cit.*, pág. 257; *vid.* también la Ley de Arbitraje Austriaca (artículo 577 ZPO), etc.

¹⁰²⁴Así encontramos diferentes normas reguladoras de arbitraje institucional internacional como son *WIPO Rules* (artículo 46), *ICC Arbitration Rules* (artículo 8.6 desde el año 1995); *AAA Rules* (artículo 22); *LCIA* (artículo 13), *Uncitral Arbitration Rules* (Artículo 26) y *Ley Modelo de Uncitral* (artículo 17). También podemos observar estos poderes en la ley de Arbitraje Irlandesa de 1954 (artículo 22) siempre que así se exprese en el acuerdo de arbitraje; *Ley de Arbitraje Holandesa* de 1986 (artículo 1051)

¹⁰²⁵En relación a todas estas cuestiones *vid.* BOND., S, *The nature of conservatory and provisional measures*, «Conservatory and provisional measures in International Arbitration», *ICC, op.cit.*, pág. 8-20.

tampoco existe órgano arbitral que las adopte. Éste es el mayor óbice que en torno a este tema encuentra el arbitraje¹⁰²⁶.

B. En especial, las medidas cautelares del arbitraje de la OMPI

El sistema viene establecido en el artículo 46 y habilita al tribunal arbitral, una vez constituido, para adoptar las medidas cautelares que considere oportunas con las limitaciones hasta ahora expuestas. El problema, verdaderamente surge cuando se necesita de dichas medidas e, incluso habiéndose manifestado por las partes una voluntad de someterse a las mismas y alejarse de este modo de las jurisdicciones estatales, existe una imposibilidad de adoptarlas eficazmente por no encontrarse establecido el Tribunal. Existe un borrador cuya próxima incorporación al Reglamento supondrá un avance espectacular por superar las deficiencias que hoy en día encuentran todos los Reglamentos de Arbitraje institucional internacional. Éste sistema es expresión de la práctica eficaz y consolidada el *ICC Pre-arbitral referee Rules* antes aludido.

Dada la urgencia con que en la práctica deben de adoptarse estas medidas por la especial naturaleza de los derechos de propiedad intelectual objeto de protección del arbitraje de la OMPI y los problemas jurisdiccionales con que en la práctica se encuentran estos arbitrajes institucionales, se ha creado un proyecto de Reglamento de adopción de medidas cautelares que, tras su entrada en vigor, mediante acuerdo arbitral, podrá ser reconocido por las partes o bien excluido¹⁰²⁷.

¹⁰²⁶Se afirma por la Doctrina internacional que debido a las razones antes aludidas se intenta evitar que dichas controversias sean sometidas a los Tribunales de un Estado o a un sistema legal concreto. Por eso se busca, a través de los acuerdos de arbitraje «a fair an impartial decision that is not affected by national legal constraints», *vid.*, BÖSCH, A, *Provisional remediès in international commercial arbitration*, De Gruyter, 1994, pág. 3.

¹⁰²⁷ El Rto. de Arbitraje de la OMPI hoy vigente, tan sólo destina un único artículo (46) a regular la materia, el cual se encuentra en armonía con los demás arbitrajes internacionales institucionalizados como son el art.22 AAA, art.26 Rto. UNCITRAL, art.17 Ley Modelo UNCITRAL, art.1 Rto. LCIA, salvando ciertas diferencias propias de cada sistema. *Vid.* BLESSING, M., *Conference on Rules...*, *op.cit.*, págs. 54 a 60.

La intención de este Reglamento, conforme ya avanzábamos, es la de habilitar en un plazo de 24 horas tras la solicitud de adopción de medidas cautelares la designación de un árbitro hábil para dirigir un proceso cautelar basado en la autonomía de la voluntad y el proceso debido¹⁰²⁸. Se respeta la estructura propia de la Jurisdicción y del arbitraje. Ante la firma de un contrato¹⁰²⁹, las partes acuerdan someterse a las posibles medidas cautelares que el árbitro, llegado el momento y a instancia de parte, estimara conveniente adoptar, siempre que no perjudique a tercero¹⁰³⁰. A falta de sometimiento voluntario lo que se deriva es una responsabilidad contractual que podrá obtenerse ante el juez nacional o ante otro procedimiento arbitral. Este contrato constituye, tan sólo, una obligación o forma de presión que otorga cierta solidez a la fórmula arbitral, siempre bajo el límite propio de las mismas, se entiende.

Con el fin de evitar la duplicidad de acciones, se ha establecido un criterio claro al respecto. La interposición de demanda en vía judicial o en otro procedimiento arbitral (diferente al proceso arbitral principal para el cual se solicitan las medidas) con *posterioridad* a la solicitud de medidas cautelares, no impedirá al Centro nombrar un árbitro en el plazo de 24 horas y que éste ejerza su poder; dicha afirmación se debe de entender bajo el límite insalvable de que un órgano jurisdiccional exigiera lo contrario, con quien no podría concurrir la jurisdicción del árbitro (art. II.a) del Borrador). En caso contrario, es decir, si la

¹⁰²⁸ Al respecto *vid.* Documento WIPO/ARB/DR/5 pág. 5.

¹⁰²⁹ La cláusula recomendada en el citado borrador para que las partes decidan vincular en un futuro al sometimiento de dichas medidas es la siguiente :

«Any dispute, controversy or claim arising under, out of or relating to this contract and any subsequent amendments of this contract, including, without limitation, its formation, validity, bidding effect, interpretatio, performance, breach or terminatio, as well as non-contractual claims, shall be referred to and finally determined by arbitration in accordance with WIPO Arbitration Rules in conjunction with the WIPO Emergency Relief Rules. The arbitral tribunal shall consist of [three arbitrators][a sole arbitrator]. The place of arbitration shall be.... The dispute, controversy or claim shall be decided in accordance with the Law of...», Doc. OMPI núm. ARB/AC/III/96/3, de 15 de noviembre de 1996.

¹⁰³⁰ Acertadamente GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op.cit.*, pág. 193, reconoce dos límites congénitos al arbitraje en relación a los terceros. De esta forma, las medidas cautelares por su propia naturaleza no pueden afectar a terceros que no dieron su consentimiento y, junto a esto, tampoco pueden

medida cautelar se solicitó con carácter previo ante un órgano jurisdiccional estatal o ante otro procedimiento arbitral, prevalecerá la jurisdicción de estos por haberse solicitado con anterioridad al envío del escrito de solicitud de medidas cautelares al Centro de Arbitraje (art. II.b y c). En este caso, debe entenderse que «Una solicitud dirigida por una de las partes a una autoridad judicial con miras a que se adopten medidas provisionales (...) no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje o (significará) una renuncia a ese acuerdo» (art.46.c)¹⁰³¹. En todo caso ese tribunal estatal deberá ser consciente de que si las partes acudieron a la vía arbitral es por la razón de que pretendían obviar a la Jurisdicción. Por supuesto, son foros alternativos, pero la propia esencia del arbitraje hace que se entienda que la tutela cautelar judicial deba de tener un carácter excepcional¹⁰³².

Doce horas antes del envío del escrito de solicitud de medidas cautelares por parte del demandante deberá comunicarse al Centro la intención del mismo, sin que ello le vincule con posterioridad a su solicitud (art. III), salvo lo que se refiere a los gastos derivados de esta actividad. Se le exige al demandante buena

afectar a bienes o personas que queden fuera de la relación jurídica arbitral o que impliquen coacción estatal.

¹⁰³¹ Es práctica común en el Arbitraje Internacional el encontrar asuntos a los que la Jurisdicción de los diferentes Estados se ha negado a entrar a conocer sobre su competencia a la hora de adoptar medidas cautelares por poder entrar en conflicto con los Tribunales de otro Estado.

Al respecto encontramos el caso del *Eurotunnel* construido entre Francia e Inglaterra sujeto al arbitraje de las ICC Rules que debía celebrarse en Bruselas. Por Sentencia de la Corte de Apelación de Londres de 22 de enero de 1992, se denegaba la adopción de una medida cautelar por no encontrar claramente un vínculo entre su Jurisdicción y el Arbitraje en cuestión. El artículo 12 de la Arbitration Act sólo concede dichas medidas cuando el lugar del arbitraje sea Inglaterra o Gales y sería, por tanto, contrario al orden público la adopción de dicha medida. *Vid.* respecto a este caso y otros muchos, BOND, S., *The nature of conservatory and provisional measures*, «Conservatory and provisional measures in International Arbitration», *op.cit.*, pág. 12.

Precisamente, esta «desventaja» del arbitraje se convierte en un factor positivo. La elección de un tercero neutral carente de *imperium* y, normalmente, un tercer Estado para la celebración del arbitraje ofrece más ventajas que inconvenientes pues, como afirma el citado autor, es precisamente esa falta de *imperium* la que permite al tribunal arbitral adoptar una medida cautelar sin que se enfrenten soberanías o jurisdicciones. El problema surge para las partes que no han determinado claramente en su convenio unos puntos de conexión claros con el Derecho aplicable al arbitraje o han elegido un Derecho reticente a la colaboración entre árbitros y jueces. Si a todos estos problemas le añadimos el factor «urgencia» que acompaña a las medidas cautelares podemos encontrar con una inefectiva administración de justicia y una denegación de la misma.

¹⁰³² Y ello por la razón de que la adopción de una medida cautelar por un tribunal estatal suele ser una forma de *pressure to settle* en favor del actor, de ahí su conveniencia de recibir un tratamiento de carácter excepcional. *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op.cit.*, pág. 206.

fe manifestada a través de la presentación de todos los documentos que puedan contribuir a la formación de la decisión del árbitro, así como la declaración de cualquier dato o circunstancia de trascendencia¹⁰³³.

Durante las 24 horas posteriores a la recepción por el demandado del escrito de solicitud de medidas cautelares deberá presentar su escrito de contestación incluyendo, en su caso, la solicitud de cualquier otro tipo de medida contra el demandante (art. IV)¹⁰³⁴. De no haber estipulado las partes en su convenio el árbitro competente para adoptar medidas de esta clase, inmediatamente a la contestación del demandado, el Centro designará un árbitro que deberá de estar disponible en las 24 horas siguientes a su nombramiento. Si las partes se ponen de acuerdo en la persona del mismo o éste designado no se encontrara disponible para llevar dicha actividad, nombrará el Centro uno (art. VI). Se admite la recusación de dicho árbitro conforme a los artículos 24 y siguientes del Reglamento de Arbitraje de la OMPI. Esta dilación puede poner en duda la eficacia del sistema.

Resulta relevante y acertado el artículo VIII relativo a la exclusión de la posibilidad de que dicho árbitro en cuestión actúe en posteriores procesos que se encuentre en relación con la cuestión de fondo ahora discutida, salvo acuerdo de las partes en contrario.

¹⁰³³ Los documentos que se deben de presentar junto al escrito de solicitud de medidas cautelares son los siguientes : a) los nombres, direcciones, teléfonos y demás datos de interés de las partes a efectos de comunicaciones, así como los del representante del demandante ; b) copia del acuerdo de arbitraje o del contrato del que forma parte ; c) descripción de la intención pretendida con la adopción de la medida cautelar y si ya se ha comunicado al demandado, prueba de que así se hizo ; d) declaración de los derechos que deben ser protegidos ; e) declaración de la medida solicitada ; f) declaración de los posibles daños derivados de la denegación de la medida cautelar ; g) declaración sobre los efectos que puede producir sobre terceros y el público en general ; h) pruebas sobre las que el demandante funda su solicitud, así como cualquier otro tipo de documento ; i) declaración de las razones que le indican al solicitante que deben adoptarse dichas medidas de seguridad ; j) cualquier tipo de observación sobre el lugar, día, fecha y hora en que se pueden celebrar las audiencias.

¹⁰³⁴ Esto es propio del carácter contradictorio del procedimiento arbitral y afectará directamente y en su detrimento al factor sorpresa que caracteriza a las medidas cautelares.

El árbitro podrá adoptar la medida cautelar¹⁰³⁵ oídas las partes y, en ausencia de una de ellas, si se le dio la oportunidad de ser oída y la emisión del laudo era necesaria para evitar daños irreparables. Se llevará a cabo dentro del plazo más breve posible, y en todo caso, dentro de las seis horas siguientes a la terminación de la audiencia, salvo que las circunstancias sean especiales y el Centro decida ampliar el plazo.

Recuérdese aquí el problema planteado en torno al no sometimiento voluntario a estas medidas y la posibilidad de adoptar medidas coercitivas¹⁰³⁶.

18. La ejecución del laudo arbitral

Todos los países firmantes del Convenio de Nueva York van a controlar los laudos extranjeros e internacionales que deben ser reconocidos y ejecutados en su territorio, en cuanto van a constituirse como limitación a la soberanía de sus órganos jurisdiccionales. Por esta razón, deben cumplir unos mínimos establecidos como indisponibles por los Estados firmantes¹⁰³⁷.

Las causas por las que podría denegarse un laudo en nada difieren a las estudiadas al tratar el derecho nacional. Para lograr que el laudo sea ejecutivo en España, se deberán de estar a los artículos 57 LA y 955 y ss. de la LEC y art.III CNY.

Para la obtención del *exequatur* de un laudo arbitral dictado por el centro de arbitraje de la OMPI, resulta necesario el respeto de los mínimos

¹⁰³⁵ Las medidas cautelares que el árbitro podrá adoptar son las siguientes : a) medidas restrictivas prohibiendo la realización de una determinada actividad o la adopción de una conducta ; b) ordenar la ejecución de una obligación legal ; c) adoptar cualquier medida que sirva para asegurar pruebas; d) ordenar cualquier medida conservadora de la propiedad, e) obligar a la parte a depositar una cantidad aseguradora de los daños que se pudieran derivar de la adopción de una medida cautelar (artículo X).

¹⁰³⁶ BARONA VILAR, S., *La tutela civil y penal...*, op.cit., pág.599; MUERZA ESPARZA, J., *Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños en el ámbito del derecho industrial...*, op.cit., pág.139-140.

¹⁰³⁷ En la actualidad son más de 150 Estados los adheridos a dicho Convenio.

convencionalmente establecidos en el artículo V del CNY¹⁰³⁸. Estos podrán ponerse de manifiesto ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

De esta forma distinguimos entre: 1. Causas que afectan a la validez del convenio arbitral(art.V.1.a) y V.2. a) y b); 2. Por transgresión del principio de contradicción y audiencia(V.1.b); 3. Por falta de congruencia entre lo decidido y el convenio arbitral (V.1.c); 4. Por existencia de vicios en la constitución del tribunal o durante el procedimiento arbitral (V.1.d); 5. Falta de obligatoriedad o firmeza en la sentencia arbitral(V.1.e).

La interpretación de dichas causas y, por ende, la validez del laudo arbitral dependerá, conforme a lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento OMPI letras a), b) y c) y arts.15 y 17 Reglamento CCI, de la Ley que resulte aplicable al fondo del litigio, al procedimiento arbitral, así como al acuerdo de arbitraje, respectivamente. Si bien estas causas tan sólo son controlables a instancia de parte, la Sala primera de nuestro Alto Tribunal deberá, conforme al artículo V.2 CNY, apreciarlas de oficio en el caso de que el laudo resulte contrario al orden público, por un lado, o si «el objeto de la diferencia no (sea) susceptible de solución por vía de arbitraje», conforme a la Ley de arbitraje de 1988. En los demás casos, rige la presunción de validez y eficacia del mismo, salvo prueba en contrario.

En puridad, nos encontramos ante causas muy similares a las establecidas en el derecho interno para la anulación del laudo, pero, al tratarse de un *exequatur*, el legislador les ha reservado una sede específica en el Título IX (artículo 59 de

¹⁰³⁸ Es muy numerosa la doctrina existente en torno a este punto, sobre todo, si atendemos a su conexión con las causas de anulación del laudo establecidas en el artículo 45 LA. *Vid.*, entre otros, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., (junto a otros), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, *op.cit.*, págs. 830 y ss.; RAMOS MÉNDEZ. F., *Arbitraje y proceso internacional*, Bosch, 1987, págs. 101 y ss.; LORCA NAVARRETE, J.M., *op.cit.*, págs. 417 y ss.; BARONA VILAR, S., *Comentario breve...*, *op.cit.*, (coord. MONTERO AROCA), pág. 287.

En especial *vid.* EIZAGUIRRE ECHEVERRÍA,R., «Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (ONU) Nueva York 1958», *Revista Vasca de Derecho Procesal*, 1993, págs.9 y ss.; ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *La ejecución de los laudos arbitrales*, *op.cit.*

la LA), destinado a la regulación «De la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros». Al igual que ocurre en la anulación, existe una inversión de la carga de la prueba, lo que significa que se presume que el laudo es válido, salvo que la parte pruebe lo contrario o que el Tribunal así lo motive de oficio, conforme el mandato y del art.6.3 Cc. y 11.2 LOPJ.

No obstante todo lo dicho, el régimen de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en la LA ha resultado duramente criticado y desde su entrada en vigor se auguró «una aplicación (...) nula»¹⁰³⁹. De ahí lo aconsejable que resulta una diligente gestión de los centros de arbitraje con el fin de evitar, ante una negativa al sometimiento voluntario a dicho laudo, una solución inútil e ineficaz dentro del ámbito interno. En todo caso, dos son los convenios clave a la hora de observar la ejecutividad de un laudo arbitral, a saber, el Convenio de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional de 21 de abril de 1961 y el Convenio de Nueva York de 10 junio 1958, de los que España forma parte desde hace dos décadas.

Llegado este punto y una vez ante el TS, el recurrente debe presentar copia del laudo debidamente certificado conforme al artículo 62.g) del Reglamento OMPI y 28.2 Reglamento CCI, el cual deberá ser estudiado por el Tribunal y contra su decisión no cabrá ulterior recurso. «Denegada por efectos formales la ejecución del laudo arbitral extranjero la parte a quien interese aquella podrá, una vez subsanados dichos defectos, volver a solicitarla» (art.58.2 LA). Si por el contrario, la denegación se basara en razones de fondo, por ser un laudo contrario al orden público o incongruente, o se quebraran aquellos mínimos identificables con el 45 LA, el Tribunal denegará tal homologación (arts. 956 y 957 LEC 1881). La Ley habla de ejecución, pero se refiere, antes bien, a una homologación para que se convierta en título ejecutivo, ante el Juez de Primera Instancia (arts.53 LA y 545.2 LEC).

¹⁰³⁹ ESPLUGUES MOTA, C., (junto a otros), *Comentario a la Ley de Arbitraje, op.cit.*, pág. 877.

Resulta ocioso advertir la imposibilidad de que en un futuro pueda intentarse la *revisión* del laudo arbitral conforme al art.37 LA, por encontrarse en juego el derecho de un tercer Estado y, por ende, su soberanía.

CONCLUSIONES

PRIMERO. La propiedad intelectual se incardina en esos sectores del ordenamiento jurídico que, motivados por la revolución tecnológica, han desbordado las posibles previsiones que sobre ellos se hubieren proyectado. Ciertamente, desde el impulso que, en gran medida, ha desplazado estos sectores del derecho privado hacia el derecho público, se ha originado una verdadera metamorfosis que ha repercutido en detrimento de la libertad del individuo particular en sus relaciones, prevaleciendo la valoración y protección de las masas, como parte del bienestar social, sobre la disponibilidad congénita al concepto de propiedad. Celeridad y calidad de vida se combinan dentro de una sociedad consumista y economicista y ello repercute, inevitablemente, en los instrumentos de defensa de estos derechos intelectuales.

Históricamente, las dos vías de protección de la propiedad intelectual han sido el proceso civil y el penal. Con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE del 8 enero), se han limitado algunos de los privilegios que hacían de la tutela procesal civil un proceso especial, al amparo de la Ley de Propiedad intelectual de 1987, de 11 de noviembre, otros se han incardinado en la regulación común de la LEC, y en todo caso, se ha procurado una remisión al juicio ordinario o bien, caso de tratarse de una simple reclamación de cantidad, al procedimiento correspondiente por razón de la cuantía. Frente a ésta, la tutela penal recogida por la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, reguladora del Código Penal, establece una protección suficiente a través de un tipo penal básico y otro agravado, para aquellos casos en los que el monto económico sea de gran envergadura. Junto a estas dos, existe una tercera vía en desarrollo, como es la arbitral, que se presenta, en nuestra opinión, como la fórmula heterocompositiva más idónea en el ámbito nacional e internacional par dar satisfacción a este tipo de derechos. Pero no es la única; junto a ella, se han ido gestando otros mecanismos que, inesperadamente, se han manifestado como más acertados a las características de esta propiedad como, por ejemplo, la mediación.

Mediación y arbitraje responden a un cambio de mentalidad en las formas de tutela que decide tener a su alcance un ciudadano, presentes en nuestro ordenamiento como fruto del movimiento anglosajón de la *Alternative Dispute Resolution* (ADR), que se encuentra en constante evolución de acuerdo con las necesidades del derecho material y procesal. La ADR supone un paso hacia la solución extrajudicial de conflictos, una superación de la judicialización presente hasta nuestros días. Son una realidad impulsada desde instancias tales como la Unión Europea, Naciones Unidas o la Organización Mundial del Comercio, como consecuencia de la inoperancia de los mecanismos judiciales estatales ante estos conflictos de naturaleza transnacional, cuya solución requiere de un alto grado de especialización y supera, con mucho, las previsiones que cualquier Estado pudo realizar.

SEGUNDA. Centrando nuestro análisis en el arbitraje, hemos querido realizarlo desde su legitimidad histórica, para poder posteriormente adentrarnos en los límites legales que hoy le son propios, esto es, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, desde la que se otorga amparo tanto al arbitraje común, como a los arbitrajes especiales, formas de tutela arbitral privilegiada.

En cuanto heterocomposición ritual, disfruta de dos notas afines a las derivadas de la función judicial, es decir, la de otorgar una tutela declarativa y con eficacia pública, como resultado de haberse actuado a través de un proceso arbitral. En tal sentido, sólo podría decirse que los árbitros ejercen función judicial, cuando resuelvan conflictos a través de un proceso y atendiendo al sentido originario o romano del término *iuris dicere*.

Que el constituyente haya otorgado el monopolio judicial a los Jueces y Magistrados, no obsta a reconocer en un tercero una parcela de tal función si actúa conforme a la Ley de Arbitraje. En la actualidad asistimos a una progresiva concesión del Estado a favor de los particulares, de funciones que, tradicionalmente se entendían exclusivas de los Tribunales.

Ante un conflicto, le corresponde al procesalista dar tratamiento a las diferentes formas de protección procesal existente, sea jurisdiccional o arbitral, pero también, a todas aquellas vías extrajurisdiccionales y ajenas al proceso, que constituyen hoy una realidad para dar solución no sólo a las controversias privadas, sino a aquellas otras que tienen un marcado elemento público.

TERCERO. Con carácter general, la existencia de un arbitraje especial en materia de propiedad intelectual no impide al titular de estos derechos acudir a un arbitraje conforme a la Ley 36/1988. La previsión realizada por el legislador no ha sido satisfecha por una práctica que justifique su creación. La razón es clara. Al dar creación el legislador a los arbitrajes especiales, consciente de la importancia que manifestaba tener la propiedad intelectual en el momento y siguiendo la tendencia marcada por los ordenamientos vecinos, decidió potenciar el tratamiento arbitral de esta materia y, además, un tratamiento privilegiado. Sin embargo, pergeñó un limitado ámbito competencial y de legitimación ante la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual (CMAPI), como forma indirecta de control del monopolio de hecho encomendado a las entidades de gestión. Tales injustificadas limitaciones han derivado en la falta de uso de esta institución arbitral.

En la actualidad, tiene sentido tal protección arbitral especial, pero, con mayor motivo, debe darse cobertura a un arbitraje en propiedad intelectual conforme a la Ley 36/1988, pues al Estado ya no tanto interesa el aludido control, sino la protección de cada uno de los titulares de estos derechos, con la mayor cobertura posible. Por supuesto, la no paralización del tráfico de estos derechos, que tiene encomendada la CMAPI seguirá siendo una finalidad sólo encomendable a tal institución y a través de sus procedimientos.

Cualquier titular de estos derechos, sea autor o artista intérprete, ejecutante, productor de videogramas, fonogramas, fotografías, editor, entidad de radiodifusión, de gestión o titular de derechos *sui generis* de derechos sobre

obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual, podrá disponer arbitrariamente de su derecho de explotación, siempre que no se encuentre sujeto a limitación legal. Así pues, será susceptible de someterse a este procedimiento arbitral, cualquier controversia entre autores, entre la entidad de gestión y el autor o entre aquélla y una asociación de usuarios de derechos o entidad de radiodifusión, cualquier supuesto de cable o, incluso, las consecuencias civiles económicas derivadas de un delito de propiedad intelectual. En suma, lo disponible dirige hacia una elección de este medio más adecuado y conveniente de tutela.

En el procedimiento arbitral de propiedad intelectual las pretensiones más comunes son las de condena, especialmente aquellas que se refieren al pago de una cantidad, pero, junto a ellas, nada obsta a solicitar la condena a la ejecución de una obra teatral o a la exhibición o abstención de seguir comunicando una obra. Son igualmente compatibles las pretensiones merodeclarativas, ya que el reconocimiento de un determinado derecho de explotación a favor de una asociación de hostelería o la declaración de incumplimiento de un contrato de comunicación con una entidad de gestión, son pretensiones merodeclarativas que no se encuentran sujetas a la prohibición que la nueva LEC establece para el proceso civil, sin que se pueda hacer una interpretación extensiva de esos preceptos. Finalmente, las pretensiones constitutivas, por su lado, tendentes a que un órgano arbitral extinga un determinado contrato de un autor con una editorial, por ejemplo, son perfectamente viables en estos casos.

Con la nueva LEC no existe óbice alguno para admitir la adopción de medidas cautelares en España antes, durante o tras un proceso arbitral. Atrás quedan la tutela pseudo-cautelar, práctica habitual en el ámbito internacional, por la cual se estipulaba contractualmente la posibilidad de someterse provisionalmente a medidas restrictivas de derechos hasta la obtención de un laudo arbitral. Ahora, las medidas cautelares serán posibles tanto durante un proceso arbitral celebrado conforme a la Ley de Arbitraje como cuando se lleve a

cabo ante la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual o, en su caso, cuando estos derechos se protejan mediante un arbitraje internacional.

CUARTA. Con carácter específico, la creación del arbitraje especial de la Comisión Mediadora y Arbitral es una respuesta común a una política legislativa común de los ordenamientos de los Estados desarrollados. La naturaleza atribuida a estas Comisiones en los diversos sistemas es muy dispar y responde a las diversas necesidades y sentir en cada unos de ellos, en especial, al mayor grado de control encomendado sobre estas entidades de gestión. Así, frente a quienes han diseñado un sistema simplemente administrativo, conforme acontece con la *Schiedsstelle* alemana (*UrheberWarnemungsgesetz*) o la *Commission Arbitrale Fédérale pour la gestion de droits d'auteur et droit voisins* suiza (*Ordennance du Droit d'auteur*), se encuentran aquellos ordenamientos que ha confiado tal protección a una verdadera jurisdicción especial para estos conflictos, según se observa con el *Copyright Tribunal* inglés (*Copyright Act*).

En el caso español, nuestro sistema se tomó del ordenamiento alemán antes de su última reforma y administrativización. Así no se trata de una jurisdicción especial, pues el sometimiento de conflictos es voluntario y su vocación de órgano permanente no le otorga funciones jurisdiccionales, sino, antes al contrario, nos encontramos ante una atribución de autoridad *ad casum*. Tampoco tiene una naturaleza administrativa. Nuestro legislador no dudó en reconocerle verdaderas funciones arbitrales, sin perjuicio de encomendarle una función mediadora y de crear dos supuestos de actividad administrativa arbitral, tendentes a la aplicación del derecho privado por un órgano sito en la Administración, aunque ni incluido en su organigrama, ni con posibilidad de ejercer potestad alguna. Cuando no actúe heterocompositivamente, su actividad será revisable ante los tribunales civiles y nunca de la jurisdicción contencioso-administrativa. Junto a ello, su norma supletoria será la ley arbitral y sólo existe referencia a la Ley de Procedimiento Administrativo en materia de comunicación

del laudo, acorde con el deficiente sistema vigente durante décadas en materia civil, que debía actuar supletoriamente.

Este arbitraje especial se restringe a aquellos conflictos que surjan, con exclusividad entre las entidades de gestión de derechos de autor y las entidades de radiodifusión o asociaciones de usuarios, en relación con el uso del repertorio o cualquier conflicto derivado de los términos pactados al establecer las tarifas generales, conforme al RD 479/1989 (arts.1-20). Igualmente, a pesar del silencio del legislador, consideramos reconducible a tal procedimiento la interpretación, aplicación o establecimiento de convenios-marco o contratos generales entre la entidad de gestión y las asociaciones de usuarios o de radiodifusión.

En el supuesto de que se solicite una modificación provisional de las tarifas sustitutorias a las establecidas por una entidad de gestión (art.21-28 RD) o cuando se pretenda fijar un nivel de remuneración equitativa para los contratos de cesión o transferencia del derecho de alquiler de fonogramas o videogramas (arts.29-36 RD), el procedimiento no goza de caracteres heterocompositivos, quedando reducido a una simple aplicación del derecho privado.

Finalmente, la CMAPI desarrolla una función de mediación en materia de contratación por cable. En este supuesto, el legislador ha realizado un quiebro legal al otorgar, mediante el uso de la figura del silencio de parte, los efectos de la Ley de arbitraje a una simple autocomposición de intereses. De *lege ferenda* debiera ampliarse tal función mediadora a cualquiera de los conflictos que son de su competencia, si bien con una necesidad de reglamentar los mínimos exigidos en un procedimiento de mediación, condiciones del mediador, cursos de formación, procedimiento mínimo y fuerza atribuible a su resultado.

La CMAPI no puede actuar tomando como base la Ley de Arbitraje, pues si así fuere, necesitaría de una modificación de sus estatutos, pues su vocación colectiva y la limitada legitimación y ámbito objetivo le impiden actuar más allá

del citado RD. *De lege ferenda* puede que esta actuación llegue a admitirse a la luz de la tendencia introducida por el legislador en el RD 1248/1995, donde se admite un supuesto de legitimación individual.

Debido al derecho-deber que tienen reconocido las entidades de gestión de contratar con quien lo solicite y de fijar tarifas, se ha habilitado a la CMAPI para que sustituya tales cantidades provisionalmente, y a instancia de parte, con el fin de que no se bloquee el tráfico jurídico ante una negativa de la entidad de gestión en cuestión. La Comisión sólo realizará tal sustitución cuando las partes le sometan la controversia en su totalidad, es decir, para revisar los términos de la tarifa totalmente. Tal competencia la tiene con exclusividad; un órgano jurisdiccional podrá suspender cautelarmente la aplicación de una tarifa, adoptar cualesquiera otras medidas, pero en ningún caso, fijar una cantidad sustitutoria de la establecida por una entidad de gestión.

QUINTO. Los diversos grados de protección de la propiedad intelectual superan, estrictamente, los límites nacionales. Su protección se realiza desde un ámbito convencional intergubernamental, fruto del efecto globalizador existente entre los diferentes ordenamientos jurídicos, sus economías, de la toma de conciencia de la cada vez más indudable publicización de esta propiedad, del desbordamiento producido tras la revolución tecnológica y, en consecuencia, de su naturaleza transnacional, de consumo efímero y acelerado.

El hecho de que desde la sede de Naciones Unidas se de cobertura a esta propiedad y formas de resolver conflictos se presenta como un dato decisivo en nuestro trabajo. La creación de un Centro de Arbitraje y Mediación dentro de esta sede, así como dentro del marco de la Organización Mundial del Comercio, confirman el interés de los países, desarrollados o en vías de desarrollo, miembros de este marco convencional. La juventud de aquel, sin embargo, nos llevó a adentrarnos en el análisis de instituciones afines, con una mayor experiencia práctica. En este sentido, hemos analizado las estadísticas de uno de

los centros de arbitraje institucional de mayor experiencia en el mundo, como es el de la *Cámara de Comercio Internacional de París*, por ser prototipo teórico y práctico de arbitraje internacional. Del estudio comparativo realizado entre éste y el arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, apostamos a favor de este último, cuyas estadísticas en propiedad intelectual auguran un claro futuro para este Centro de vocación intergubernamental sito en la OMPI. No obstante, *de lege ferenda*, se hace necesaria una revisión de sus normas, con el fin de dotarle de las afianzadas garantías y celeridad que se desprende del Reglamento de la Cámara de Comercio de París.

Los niveles de protección de la propiedad intelectual quedan garantizados en los diferentes Estados y se asegura la ejecución del laudo resultante en la práctica totalidad de países del mundo a través del Convenio de Nueva York de 1958. En todo caso, se echa en falta una acción directa contra estos centros por responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de la actuación de los miembros intervinientes en el arbitraje, como una de las mayores garantías que puede ofrecer un arbitraje institucional.

SEXTA. Podemos concluir afirmando que nos hallamos ante una situación de protección de la propiedad intelectual embrionaria, que supera, con mucho, las expectativas del legislador y, por tanto, se hace peligroso una dilatación del tratamiento a dar para su protección. Un vez más, la realidad tecnológica ha superado las previsiones legales.

La LEC/2000 ha supuesto un indudable avance en la materia. Se favorece, por un lado, la propia concepción procesal del arbitraje, así como la imprescindible tutela cautelar dependiente del mismo. Pero no es suficiente. El tratamiento dado al arbitraje en propiedad intelectual es disperso, equívoco y, resultado de ello, es la ausencia de una práctica en el derecho nacional.

Si queremos apostar por el arbitraje en la materia se requiere, por un lado, de una depuración del RD regulador de la Comisión Mediadora y Arbitral, con una delimitación pormenorizada de sus funciones arbitrales y mediadoras en consonancia con su naturaleza. Es más, con carácter general, tal vez se haría recomendable cierta uniformidad de los arbitrajes especiales, bien mediante su incardinación en la Ley de Arbitraje, bien logrando mínimos comunes a todos ellos que otorguen seguridad jurídica, aunque con cierto grado de flexibilidad que permitan la adecuación a sus caracteres, conforme a los derechos que pretende tutelar. De nada sirve que los operadores tengan a su alcance tales formas de tutela si, en la práctica, se ha legislado de forma incompleta y confusa.

Abogamos también por la ampliación de las competencias de la CMAPI, como organismo especializado en el arbitraje en la materia. Si el legislador creó un arbitraje especial, goza de indudable sentido que otorgue esta tutela privilegiada a todo tipo de derechos de propiedad intelectual, tanto a aquellos que puedan gestionarse individualmente como a los que se hagan colectivamente. Lo que, en nuestra opinión, carece de significado es que se le convierta en órgano de control de las entidades de gestión, a través de un arbitraje voluntario. Cuestión distinta es que, al asumir el patrón del derecho extranjero, donde tales Comisiones tienen consideración de jurisdicción especial o funcionan como procedimientos necesarios, tuviera sentido tal función supervisora. Sin embargo, nuestro sistema arbitral resulta más avanzado y mucho menos intervencionista. A todo ello haría falta coligar una cultura arbitral en propiedad intelectual. Éste no es sólo un interés de los sujetos titulares de estos derechos, sino del Estado en sí mismo, puesto que a él compete la estabilidad del orden socioeconómico, tal, que asegure el tráfico de los derechos de forma garantizada; y es a ello a lo que responde la publicización gradual que caracteriza a la propiedad intelectual.

Desde una perspectiva internacional, el cambio cualitativo conseguido con la nueva LEC es importante, aunque no suficiente para que España sea elegida como sede de celebración de arbitrajes internacionales. Se necesitaría asimismo

algunas modificaciones del Reglamento de Arbitraje de la OMPI, para que pudiera ser operativo el sistema establecido por Naciones Unidas. En concreto, se hace necesaria una mayor agilidad en la utilización de la cooperación jurisdiccional con los árbitros a la hora de adoptar medidas cautelares o de ejecutar un laudo; son los mejores aditivos que pueden asegurar el éxito del arbitraje internacional. Sencillez, celeridad y seguridad jurídica deben combinarse con la asunción de responsabilidad por su función o la de los miembros que actuaron bajo sus auspicios.

Logrado un afianzamiento del arbitraje en el mundo de los bienes inmateriales, se acabará con la indefensión en que vive hoy el creador, cuya contribución forma parte del derecho fundamental a la cultura, que no es más que nuestro día a día. Corresponde a los procesalistas contribuir a la depuración de estas vías, como estudiosos de las diversas vías de tutela que puedan diseñarse desde nuestro marco estatal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BLESSING, M., «Drafting Arbitration Clauses», WIPO núm.728, 1994.
- *Idem*, «The ICC arbitral process: The procedure before the arbitral tribunal», *International Chamber of Commerce Review*, núm.III/2, pág. 26 y ss.
- BOND, S., «The constitution of the arbitral tribunal», *International Chamber of Commerce Review*, 1997, núm.586, Suplemento especial, pág. 22.
- *Idem*, «The nature of conservatory and provisional measures», *Conservatory and provisional measures in International Arbitration, International Chamber of Commerce Review*, núm.519, 1995, págs. 8-20.
- BOQUERA OLIVER, J.M, *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, 1985.
- BÖSCH, A, *Provisional remedies in international commercial arbitration*, De Gruyter, 1994.
- BOTANA AGRA, M. «Los derechos de autor y afines en el marco del acuerdo de la creación de la Organización Mundial del Comercio: anotaciones al régimen contenido en la sección 1 de la parte II del acuerdo sobre los ADPIC o TRIPS», *Revista General del Derecho*, mayo, 1995, pág.5291 y ss.
- BREIDENBACH, S., «Mediation-Thesen zur Notwendigkeit eines komplementären Konfliktbehandlungsansatzes», *Familie Partnerschaft Recht*, 1996, pág. 5 y ss.
- BUIGUES OLIVER, G., *La solución amistosa de los conflictos: El arbiter ex compromisso*, Montecorvo, 1990.
- CABALLOL ANGELATS, Ll., *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Bosch, 1997.
- CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal civil según el nuevo Código*, Buenos Aires, 1962.
- CALVO CARAVACA, L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *El Arbitraje comercial internacional*, Madrid 1989.
- CALVO SÁNCHEZ, C., «Reflexiones sobre la causa novena del artículo.219 LOPJ: Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa», *Poder Judicial*, 1989, núm.13, pág. 12 y ss.
- CAMPO VILLEGAS, E., «Ineficacia del laudo fuera de plazo. Su protocolización notarial e inscripción registral», *TAB* núm.3, págs. 85, 88 y 89.

- CANO BAZAGA, E., *La litispendencia comunitaria*, Eurolex, 1997.
- CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *El acceso a la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- CARNELUTTI, F., *Estudios de Derecho Procesal*, II, Ed. Jurídicas Europa-América.
 - *Idem*, *Sistema de diritto procesuale civile*, Pádova, 1936.
- CARRASCOSA GÓNZALEZ, J., *La propiedad intelectual en el derecho internacional privado español*, Comares, 1994.
- CARRERAS LLANSANA, J., «Inauguración del curso 1964-1965», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1965.
 - *Idem*, «La enseñanza del Derecho en España», *Estudios Derecho Procesal*, Madrid, 1987.
- CASADO CERVIÑO, A., CERRO PRADA, B., *Gatt y propiedad industrial*, Tecnos, 1994.
- CASTRESANA SÁNCHEZ, L.F., «El arbitraje desde la perspectiva del sector público», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, 1994, pág. 93 y ss.
- CECCON, R., «Arbitration and Intellectual Property in the Italian Legal System», *Journal of International Arbitration*, núm.13, 1996, págs. 65-79.
- COLLAR FERNÁNDEZ, C./SPOLTER, J., «International Property Dispute Resolution: Is mediation the sleeping giant?», *The Journal of worl intellectual property*, vol.1 mayo 1998, págs.555 y ss.
- CORDÓN MORENO, F., «Aproximación al concepto de legitimación», *Revista Derecho Procesal*, 1979, pág. 42.
 - *Idem*, «De nuevo sobre la legitimación», *Revista de Derecho Procesal*, 1997, núm.1, págs. 77 y ss.
 - *Idem*, *El Arbitraje en el Derecho Español: interno e internacional*, Aranzadi, pág. 57.
- CORNISH, C., *Intellectual Property*, Sweet and Maxwell, 1996.
- CORNISH, W., «Recent changes in English copyright law», *Revue International du Droit d'auteur*, 1997, núm.172, págs. 164.
- CORTES DOMÍNGUEZ, V. (junto a otros), *Derecho Procesal Civil*, Colex, 1996, págs. 299 y ss.
 - *Idem*, (junto a otros), *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, 1997.

- CREMADES, B., «Arbitraje en el siglo XXI», *La Ley*, 1190-4., pág. 1186.
 - *Idem*, «Nuevas reglas de arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional», *Derecho de Negocios*, Año 8-núm.85, pág. 5.
 - *Idem*, «El Arbitraje en el Siglo XXI», *La Ley*, 1990-4, pág. 1184;
 - *Idem*, «España estrena una nueva Ley de Arbitraje», *La Ley*, núm, 2197, 1989, pág. 2.
- CRESPO BAQUERO, P., (ESCOBAR JIMÉNEZ, R., MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., MARCHENA GÓMEZ, M., MARTÍN PALLÍN, J.A., MIRANDA STRAMPES, M., DEL MORAL GARCÍA, A., MORENO VERDEJO, J., SAINZ RUIZ, J.A., REIG REIG, J.V., SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J., SERRANO BUTRAGUEÑO, I., VERCHER NOGERA, A., ZARAGOZA AGUADO, J.A.), *Código Penal de 1995*, Comares, 1996.
- CUCARELLA GALIANA, L., «Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la Jurisprudencia reciente», *Tribunales de Justicia*, 1997, 3, pág. 314.
- CHARLIONI, S., «La conciliazioni stragiudiziale come mezzo alternativo de rizzoluzione delle dispute», *Revista Italiana de Diritto Processuale*, 1996, págs. 694 y ss.
- CHERILLOD, I., «Crhonique suisse», *Revue Internationale du droit d'auteur*, 1994, núm.159-160, págs. 182 y ss.
- CHILLÓN MEDINA J. y MERINO MERCHÁN, J., *Tratado de Arbitraje interno e internacional*, Civitas, 1991.
- CHIOVENDA, G., «La llamada jurisdicción voluntaria. La conciliación», *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1954
 - *Idem*, *Principios del Derecho Procesal civil*, Madrid 1920.
- CHOZAS ALONSO, J.M., *La perpetuatio iurisdictionis: un efecto procesal de la litispendencia*, Comares, 1995.
- DAVID, R., *Arbitration in ternational Trade*, Kluwer, 1985.
- DAVIES, G., «La gestion collective des droits et l'intérêt général», *Le droit d'auteur*, marzo, 1989, pág. 92.
- DE CASTRO, F., «El arbitraje y la nueva "Lex Mercatoria"», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXII, 1979, pág. 624.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., (DÍEZ-PICAZO, I./VEGAS TORRES, J.), *Derecho Procesal*, Ramón Areces, 1999, pág.36.

- *Idem*, (FERNÁNDEZ-LÓPEZ) *Derecho Procesal Civil*, Ramón Areces, 1993.
- *Idem*, *Lecciones de Derecho Procesal*, Barcelona, 1982.
- DELGADO PORRAS, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Coor.ALABLADEJO), Tomo V, 4-B, pág. 1006.
 - *Idem*, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Civitas, 1988.
- DESSEMONTET, F., *Le Droit d'auteur*, Cedidac, núm.39, 1999.
- DESURMONT, T., «Chronique de la Communauté Européenne», *Revue Internationale de Droit d'auteur*, *op.cit.*,
- DIETZ, A., *El derecho de autor en España y Portugal*, Ministerio de Cultura, 1992.
 - *Idem*, «Chronique d'Allemagne», *Revue Internationale Droit d'Auteur* 1998, núm.176, pág. 248.
 - *Idem*, *Copyright Law in the European Community*, Sijthoff and Noordhoff, 1978.
 - *Idem*, *Das Urheberrecht in Spanien und Portugal*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, Civitas, 1990
 - *Idem*, « Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», *Estudios sobre la Constitución Española*, Civitas, 1991, tomo II, págs. 1263 y ss.
 - *Idem*, «El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje», *Anuario de Derecho Civil*, 1954, págs. 1155 y ss.
- DIMOLITSA, A., «Issues concerning the existence, validity and effectiveness of the arbitration agreement», *International Chamber of Commerce Review*, núm.7/2, 1996, págs. 17 y 18.
- D'ORS, A., «La experiencia histórica del arbitraje jurídico», en *Cuadernos informativos de Derecho Histórico público, Procesal y de la Navegación*, núm. 15-16, Barcelona, febrero, 1993.
- EIZAGUIRRE ECHVERRÍA,R., «Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (ONU) Nueva York 1958», *Revista Vasca de Derecho Procesal*, 1993, pags. 9 y ss.

- ESCURA, A., «La prueba pericial en el proceso arbitral», *Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona*, núm.9, pág. 9.
- ESPLUGUES MOTA, C., (junto a MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., CORDÓN MORENO, F., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., MASCARELL NAVARRO, M.J.) *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Comentarios Breves Civitas, 1990, págs. 311 Y 317.
 - *Idem*, (junto a otros), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Tecnos, 1991.
 - *Idem*, *La relatividad del orden público en el Derecho Internacional Privado Español*, Tesis de Licenciatura, inédita.
- FAIREN, V., «El arbitraje del Consulado de la Lonja de Valencia y la vigente Ley de arbitraje», en *Anuario de Derecho Civil*, 1957, pág. 3 y ss.;
- FENECH, M., (CARRERAS, J.), *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1987.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., *Derecho Procesal Civil*, III, Barcelona, 1988.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., (junto a otros), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, (Coor. BERCOVITZ), 1991.
 - *Idem*, «El largo camino hacia la Ley 36/1988, de Arbitraje», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, 1988-1989, págs. 29 y ss.
- FLINT, M./THORNE, C./ WILLIAMS, A., *Intellectual property: The new Law*, Butterworths, 1989.
- FLORES GARCÍA, F., «Medios dispositivos de los litigios civiles», *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- FONT SERRA, E., «Aclaración de sentencias y rectificación de errores materiales manifiestos», *La Ley* núm.3115, de 20 octubre 1992.
 - *Idem*, «La nueva configuración del arbitraje en Derecho Español», *Justicia*, 1989, pág. 365.
 - *Idem*, «La nueva configuración del arbitraje en el Derecho Español», *Justicia* 1989, pag.354.
- FREEGARD, M., «Gestion collective: relations entre les sociétés d'auteur et les utilisateurs d'oeuvres», *Le droit d'auteur*, diciembre 1985.
 - *Idem*, «Quis Custodiet? The Role of Copyrights Tribunals», *European Intellectual Property Review*, núm.4, pág. 286 y ss.
- FROMM, F./NORDERMANN, W., *Urheberrecht*, Kohlhammer, 1994.

- GARCÍA DE ENTERRÍA E./FERNÁNDEZ T-R, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas 1995.
 - *Idem*, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 1997.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, Sociedad Tipográfica de Madrid, tomo IV, 1852.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, McGraw-Hill, 1996.
- GARRIDO FALLA, F., (CAZORLA, L./ENTRENA, R./ENTRENA, R./GÁLVEZ, F./RECORDER, E./SANTAMARÍA, J./ SANTAOLALLA, F./SERRANO, J.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1985.
- GELLER, B., *La protection de l'artiste, musicien, interprète ou executant en Droit suisse*, Lausanne, 1980.
- GERVAIS, D., *The TRIPS Agreement*, Sweet and Maxwell, 1998.
- GIL RODRÍGUEZ, J., «El arbitraje institucionalizado y el nombramiento de árbitro», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, Bosch, vol.II, 1993.
- GIMENO SENDRA, V. (CORTÉS, V./MORENO, V.), *Derecho Procesal Civil*, COLEX, 1996
- GOLDSCHMIDT, W., «La imparcialidad como principio básico del proceso», *Revista de Derecho Procesal*, 1950, pág. 192.
- GÓMEZ ORBANEJA (junto a HERCE QUEMADA), *Derecho Procesal civil*, I, Madrid, 1979.
- GONZÁLEZ MONTES, J.L., «La excepción de compromiso», *RDPIber.*, 1975, págs. 440 y ss.
 - *Idem*, *Instituciones de Derecho Procesal*, Parte general, Tomo I.
- GONZÁLEZ SORIA, J., *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo arbitral*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1988.
- GUASP, J., *El arbitraje en el Derecho Español*, Barcelona 1953, pág18.
 - *Idem*, *La pretensión procesal*, Civitas, 1981.
- GUILLAUME-HOFNUNG, M., «La médiation», *Les modes alternatif...*, *op.cit.*, págs.31 y ss.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «Algunos problemas que suscita la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *La Ley*, 1989-2, pág. 1046

- GURRY, F., «The commencement of Arbitral Proceedings», *Conference on Rules for institutional arbitration and mediation*, Geneva, 1995, Documento OMPI, núm. 741, pág. 11.
 - *Idem*, «The WIPO Arbitration Center», *Alternative Dispute Resolution Guide*, AIPLA, enero, 1995.
 - *Idem*, *Conference on Rules for Institutional Arbitration and Mediation*, Ginebra, 20 enero, 1995, núm. 741.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Estudios de Derecho Procesal*, EUNSA, 1974.
- HASCHER, D., «ICC practice in relation to the appointment, confirmation, challenge and replacement of arbitrator», *International Chamber of Commerce Review*, 1995, núm.VI/1, págs. 4-18.
- HERCE QUEMADA, V., «La conciliación como medio de evitar el proceso civil», *Revista de Derecho Procesal*, 1968, págs. 51 y ss.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, V., *Independencia del Juez y desorganización Judicial*, Civitas, 1991.
- HILTY, R., *La gestion collective du droit d'auteur en Europe*, Helbing and Lichtenhahn, 1995, pág. 29-30.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales*, EDERSA 1991.
 - *Idem*, «La litis-pendencia», *RDPr*, 1969, pág. 642
- IMHOOS, C., «The ICC arbitral process: Constituting the arbitral tribunal», *International Chamber of Commerce Review*, 1994, núm.II/2, pág. 4.
- JAYME, E., «L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées», *Annuaire*, sesión Basilea, 1991, vol.64, pág. 16-17.
- JOVÉ PONS, M.A., «La administración del arbitraje por persona jurídica, con especial referencia al Tribunal Arbitral de Barcelona», *Justicia* 1997, pág. 496.
- JUFRESA PATAU, F., y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., (Coor. BERCOVITZ), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*.
- KAHNA, J., «Reevaluating the Nursing Home Ombudsman's Role with a View Toward Expanding the Concept of Dispute Resolution», *Jornal of Dispute Resolution*, núm.2, 1994, págs. 218 y ss.

- KATZ, L., «Compulsory alternative dispute resolution and voluntarism: two-headed monster or two sides of the coin?», *Journal of Dispute Resolution*, núm.1, 1993, pág. 1 y ss.
- KLEIN, T., «Disagreement on the scope of an arbitration», *Rev. CCI*, núm.7/2, 1996, pág. 25.
- LA CHINA, S., «Enjuiciamiento en Derecho y enjuiciamiento en equidad: Análisis comparativo entre las leyes italiana y española», *Revista Vsaca de Derecho Procesal y Arbitraje*, mayo 1992, tomo IV, pág. 241 y ss.
- LIPZYG, D., *Derecho de autor y derechos conexos*, Unesco/Cerlal/Zalavia, 1993.
- LOIS CABALLÉ, A., «Comentarios a la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje», *Revista General del Derecho*, núm.543, 1989.
- LÓPEZ MARÍN, J., (Coor. BERCOVITZ), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Tecnos, 1991.
- LÓPEZ SANCHEZ, J., «Las pretendidas funciones arbitrales de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual», *Revista de Derecho Procesal*, 1996.2, págs. 343 y ss.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A., (Coor. BERCOVITZ), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Tecnos, 1991.
- LORCA NAVARRETE, J.M., (y SILGUERO ESTAGNAN, J.), *Derecho de Arbitraje Español*, Dykinson, 1994.
 - *Idem*, «La resolución de los conflictos laborales a través de la mediación, arbitraje y conciliación en el seno institucional», *La Ley*, 1990.3, pág. 896 y ss.
 - *Idem*, «Cuestiones procesales relativas a la publicidad ilícita», *La Ley*, 1989, pág. 1096.
 - *Idem*, *Derecho de Arbitraje interno e internacional*, Tecnos 1989.
 - *Idem*, *Manual de Derecho de Arbitraje*, Dykinson, 1997, pág. 992.
- LÖRCHER, G., «The new German Arbitration Act», *Journal of International Arbitration*, núm.15, 1998.
- LOZANO CUTANDA, R., *La nueva Ley de Arbitraje y el Derecho Administrativo*, Madrid, 1989.
- LLEDÓ YAGÜE, F., (Coor. BERCOVITZ), *Comentarios a la Ley de arbitraje*, Tecnos, 1991.

- LLISET BORELL, F., ROMERO HERNÁNDEZ, F., LÓPEZ PELLICER, J.A., *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento administrativo común*, Abella, 1994.
- MÄLHER, H., «Mediation-Seminare in der Bundesrepublik», *Zeitschrift für Familienrecht*, núm.9, 1989, pág. 935 y ss.
- MARCELLIN, Y., *Code de la propriété Intellectuelle*, CEDAT, 1994.
- MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, 1995.
- MARESCA CABOT, J., «El arbitraje en Derecho administrativo», *Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona*, núm.7, págs. 41 y ss.
- MARGADANT, G., «Vías alternativas de la tramitación judicial de las controversias en Texas», *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- MARSHALL M./RIEF, L., «The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution», *Alberta Law Review*, núm.34, 1995, págs. 215 y ss.
- MARTÍN OSTOS, J., «El recurso de anulación contra el laudo arbitral», *Lecciones de Derecho Procesal en honor a Victor Fairén Guillén*, Tirant Lo Blanch, 1990, Valencia.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., «La inconstitucionalidad del artículo 38.2 pfo.1 de la Ley de Transportes terrestres: en torno a la STC174/1995, de 23 de noviembre», *Actualidad Civil* 1997, núm.28, pág. 623.
 - *Idem*, «Las medidas cautelares durante la pendencia de un arbitraje interno o internacional», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, mayo, núm.2, 1999, págs301 y ss.
 - *Idem*, «El arbitraje y la Mediación como fórmulas de resolución de los conflictos derivados del uso de la propiedad intelectual a través de Internet», *Revista de Derecho Mercantil*, 1999, págs. 167 y ss.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Civitas, 1991.
- MARTÍN-RETORTILLO, C., «Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante», *Revista de Derecho Privado*, 1953, pág. 732
- MEJÍAS GÓMEZ, J., «Resolución alternativa de conflictos», *Curso sobre resolución alternativa de conflictos*, Generalitat Valenciana, Consellería de Bienestar Social, 1997, págs. 26 y ss.

- MERCHÁN ÁLVAREZ, F., *El arbitraje: Estudio histórico jurídico*, Universidad de Sevilla, 1981.
- MERINO MERCHÁN, F. y CHILLÓN MEDINA, F., «La excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1988-1989, pág. 235.
- MEZGUER, *Ensayos in memoriam de Eugenio Minoli*, UTET, 1974.
- MICHELI, G., *Curso de Derecho Procesal civil*, Buenos Aires, 1970.
- MIRABELLI, G., «Scelta dell'arbitrato e rapporto parti-arbitri», *Giustizia Civile*, 1998, págs. 324-330.
- MNOOKIN R., y FRIEDMAN, G. *WIPO Training Program on Mediation in Intellectual Property Disputes*, Mayo, 1997.
- MONTERO AROCA, J., (BARONA/COLOMER/MONTÓN), *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant Lo Blanch, 1999.
 - *Idem*, (GÓMEZ-COLOMER/MONTÓN REDONDO/ BARONA VILAR) *Derecho jurisdiccional, I*, Tirant Lo Blanch, 2000.
 - *Idem*, «Las conciliaciones en el proceso laboral», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1973.
 - *Idem*, *Derecho jurisdiccional. Proceso civil*. 2000, págs. 544 y ss.
 - *Idem*, *Ensayos de Derecho Procesal*, Bosch, 1997.
 - *Idem*, *Introducción al Derecho Procesal*, Tecnos, 1976, pág. 91-92.
 - *Idem*, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión*, Comares, 1997, pag.190.
 - *Idem*, *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 37 y 38.
 - *Idem*, *La prueba en el proceso civil*, Civitas, 1996.
 - *Idem*, *La prueba en el proceso civil*, Civitas, 1996.
 - *Idem*, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant Lo Blanch, 1998.
 - *Idem*, *Trabajos de Derecho Procesal*, Bosch, 1988.
- MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo II*, Aranzadi, 1996.

- MORENO CATENA, V., «Análisis crítico del Proyecto de Ley de Arbitraje», *Estudios de Derecho de Arbitraje*, 1988, pág. 194
 - *Idem*, «Análisis crítico del proyecto de Ley de Arbitraje», *Estudios de Derecho de Arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1988, pág. 199.
- MUERZA ESPARZA, I., *El principio del proceso debido*, Bosch, 1995.
 - *Idem*, *Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños en el ámbito del derecho industrial y de la competencia*, CEDECS, 1997.
 - *Idem*, *Sistema arbitral de consumo*, Aranzadi, 1997.
- MUÑOZ ROJAS, «Una introducción a la nueva Ley Española de Arbitraje», *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Estudios Vascos de Derecho Procesal, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1989.
- MUÑOZ SABATÉ, Ll., «La sumisión arbitral para agremiados o en caso de relaciones eventuales», *La Ley*, 1990, num.2479, págs. 1043 y ss.
 - *Idem*, «Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de Derecho», *La Ley*, 1990, 23 de octubre.
 - *Idem*, «Análisis crítico sobre las varias fórmulas de designa de árbitro», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, núm.1; págs. 43 y ss.
 - *Idem*, «La Ley de Arbitraje: un campo sembrado de minas», *Curso del Consejo General del Poder Judicial sobre arbitraje, mediación, conciliación*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, pág. 11.
 - *Idem*, «La responsabilidad de los árbitros», TAB núm.9, pág. 30-31.
- NAVARRO LORENTE, L., «El sistema arbitral de consumo», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1993, págs. 59 y ss.
- NÜTZI, P., «Intellectual Property Arbitration», *European Intellectual Property Review*, núm.4, pág. 196.
- O'CALLAGHAN, X., «El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 1988, de 5 de diciembre», *Actualidad Civil*, núm.1 semana 2-8 enero 1989.
- OLLERO TASSARA, A., «Derecho de autor y propiedad intelectual. Apuntes a un debate», *Poder Judicial*, núm. 11, septiembre 1988, pág. 48.
- ORAA GONZÁLEZ, J. y ORAA GONZÁLEZ, P., «El derecho al juez imparcial y la jurisprudencia constitucional. Un decepcionante paso atrás», *Poder Judicial*, 1992, pág. 165.

- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, J., *La ejecución de los laudos arbitrales*, Bosch, 1996.
- ORTELLS RAMOS, M., (MOTERO/ GÓMEZ COLOMER/ MONTÓN) *Derecho Jurisdiccional II*, Bosch, 1997
 - *Idem*, (CALDERÓN CUADRADO, P.), *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*, Comares 1996.
- ORTIZ NAVACERRADA, S., «La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje: aspectos procesales», *Actualidad Civil*, 1989, núm.2/9-15 enero, págs. 151 y ss.
- ORTS BERENGUER, E. (VIVES ANTÓN, T., BOIX REIG, J., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.), *Derecho penal*. Parte especial. Tirant lo Blanch, 1996.
- OTERO LASTRES, J.M., «Plazo para dictar el laudo arbitral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 20 de mayo de 1982», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1984, núm.1, pág. 88.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje», *La Ley-legislación*, 1990-1, pág. 119.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo. Parte General*, Madrid, 1994.
- PAREJO ALFONSO, L., «Constitución y valores del ordenamiento jurídico», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo I, Civitas, 1991.
- PEARSON, H., «Intellectual Property and Internet. A comparison of United Kingdom and US Law», *The Journal of World Intellectual Property*, 1998, págs. 828 y ss;
 - *Idem*, «Intellectual property disputes and arbitration. A comment on a Recent ICC Report», *The Journal of World Intellectual Property*, 1998, núm.5, págs. 852 y ss.
- PEDRAZ PENALVA, E., «El proceso y sus alternativas», *Cuadernos del Poder Judicial*, 1995.
 - *Idem*, «La jurisdicción en la teoría de separación de poderes de Montesquieu», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1976, págs. 921 y ss.
 - *Idem*, «Reflexiones sobre el “Poder Judicial” y el PLOPJ», *La Ley*, 1985, 31 de mayo, pág. 7.
 - *Idem*, *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, 1990.

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, C.M., *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso. (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad)*, Comares, 1991
- PEREIRA ANABALÓN, H., «Sentido de mediación», *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- PERRET, F., «L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle. Suisse/Allemagne/Italie», *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Libraires techniques, 1994, pags.78 y 79.
- PESET (junto a otros), *Historia del Derecho*, Valencia, 1989.
- PICÓ I JUNOY, J., «La imparcialidad objetiva del Juez a examen», *La Ley*, 1998, 24 de febrero, pág. 2.
 - *Idem*, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, 1997;.
- PINTÓ RUIZ, J., «Derechos y deberes de los árbitros», *Tribunal Arbitral de Barcelona*, núm.10, 1998, pág. 38.
- PLANTEY, A., «A major realisation of ICC: International arbitration», *International Chamber of Commerce Review*, núm.V/1, pág. 7.
- PLUYETTE, G., *A french perspective*, «Conservatory and provisional measures in international arbitration», *Internationale Chamber of Commerce Review*, núm. 519, año 1995, pág. 75
- POCH SERRATS, J., «Las medidas cautelares en el arbitraje», *Tribunal Arbitral de Barcelona*, núm.7, pág. 53.
- PODETTI, R., «Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil», *Revista de Derecho Procesal Argentino*, 1944.
- POLAINO NAVARRETE, M., (PORTILLO CONTRERAS, G., MORILLAS CUEVA, L., CARMONA SALGADO, C., GONZÁLEZ RUS, J.J., SEGRELLES DE ARENAZA, I.) *Curso de Derecho Penal Español*, Parte especial II, Marcial Pons, 1997
- PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal civil*, I, Aranzadi 1985.
 - *Idem*, «La Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm.3/1989, mayo-junio, págs. 8 y 9.
 - *Idem*, «El arbitraje según la legislación y la jurisprudencia española», *Estudios y Comentarios*, Madrid, 1950, tomo II, pág. 448.

- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, II.1º, 1988, pág. 150.
- QUINTANA CARLO, I., (junto a otros), *Sistema arbitral de consumo*, Aranzadi, 1997.
- *Idem*, (BONET NAVARRO/ MUERZA ESPARZA/ CARPI PÉREZ/SAMANES ARA/ GUTIÉRREZ SANZ), *El sistema arbitral de consumo*, Aranzadi, 1997.
- RAMOS MÉNDEZ, F., «Los abogados de las partes no pueden ser árbitros», *Tribunal Arbitral de Barcelona*, núm.3, pág. 96.
 - *Idem*, «Medidas alternativas a la resolución de conflictos en el ámbito civil patrimonial», *Justicia*, 1994, núm.4, págs. 812 y ss.
 - *idem*, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, 1992.
 - *Idem*, *El sistema procesal español*, Bosch, 1997.
 - *Idem*, *Arbitraje y proceso internacional*, Bosch, 1987.
- REGLERO CAMPOS, *El Arbitraje*, Montecorvo, 1991, págs.
- REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Tecnos, 1974.
- REQUEJO ISIDRO, M., «Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, 1995, págs. 60-63.
- REQUEJO PAJES, J.L., «La nueva configuración del arbitraje», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, 1988-1989, pág. 51.
- RICHER, L., «Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif», *Revue Droit Administratif*, núm.1, 1997, págs.3 y ss.
- RIVERO YSERN, J., *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*, Madrid, 1969.
- ROBINEAU, Y., «Le mediateur du cinéma», *L'Etat de Droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braivand*, Dalloz, 1996, pág.614 y ss.
- ROCA MARTÍNEZ, J.M., *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Bosch, 1992.
- RUBELLIN-DEVICHI, J., *L'arbitrage: nature juridique: droit interne et droit international privé*, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1965.
- SABOURIN, P., «Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle», *Actualité Juridique de Droit Administrative*, 1983.

- SAMANES ARA, C., (Coor. BONET/QUINTANA), *El sistema arbitral de consumo*, Aranzadi, 1997.
- SAMUEL, A., *Jurisdiccional Problems in International Commercial Arbitration: A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West German Law*, Publicación Institut Suisse de Droit Comparé, núm.11.
- SÁNCHEZ-GAMBORINO, F., «Las juntas arbitrales de transporte: su instauración y problemas que plantea», *Revista General del Derecho*, oct-nov.1991, págs. 1003 y ss.
- SANCHIS CRESPO, C., *La prueba por soportes informáticos*, Tirant Lo Blanch, 1999.
- SANTOS VIJANDE, J., «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 actuaciones en el procedimiento arbitral», *La Ley*, 1989-4, pág. 6.
- SCHACK H., *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Mohr Sybeck, 1997.
- REHBINDER, M., *Urheberrecht*, C.h.Beck 1998.
- SCHÄFER, E., «The ICC arbitral process: Terms of reference in the past and in the present», *International Chamber of Commerce Review*, núm. III/1, págs. 8-13.
- SCHNEIDER, E., «The terms of reference», *International Chamber of Commerce Review*, 1997, núm.586, suplemento especial, págs. 26-37.
- SCHRICKER, G./BEIER, F., «GATT or WIPO? New ways in the international protection of Intellectual property», *International Chamber of Commerce Studies*, vol.II, 1989.
- SENES MOTILLA, C., «La ejecución forzosa de los laudos arbitrales», *Revista de Jurisprudencia Española y Legislación*, 1990, núm.2589, pág. 927.
- SENTIS MELENDO, S, «Fuentes y medios de prueba», *La prueba*, Ed. Europa-América, 1978.
- *Idem*, *Estudios de Derecho Procesal, I*, 1978;
- SERRA CALLEJO, J., «El control por el Tribunal Constitucional de la irrazonabilidad de las resoluciones judiciales», *La Ley*, 1990.1, pág.15 y ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., «La litis-pendencia», *Revista de Derecho Procesal*, 1969, págs. 670 y ss.

- *idem*, *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, 1969.
- SERRANO ALONSO, J., «El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988», *Actualidad Civil*, núm.8, semana 20-26 de febrero, 1989, pág. 519.
- SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones y otras leyes y Proyectos políticos en España*, Ed. Nacional, 1969.
- SINGER, L., *La resolución de los conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, 1996.
- SOSA WAGNER, F., *Jurisdicciones arbitrales especiales*, Instituto García Oviedo, 1977.
- STALEV, Z., «La “competencia-competencia” de los tribunales arbitrales», *Estudios de Derecho Procesal en honor a Victor Fairen Guillem*, Tirant Lo Blanch, 1990, págs. 533 y ss.
- STAMPA CASAS, G., «Los plazos preclusivos en el arbitraje: Reflexiones sobre el art.25.2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, 1996, pág. 175.
- TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, 1987.
- TORNOS MÁ, J., «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», *Revista de la Administración Pública*, enero-abril, 1995.
- *Idem*, «El arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura jurídica», *Tribunal Arbitral de Barcelona*, núm.6, 1995, pág. 15.
- TRAYTER, J.M., «El arbitraje en Derecho administrativo», *Revista de las Administraciones Públicas*, mayo-agosto, 1997, págs. 75 ss.
- TROLLER, K., *Mannuel du droit Suisse de biens inmatériels*, T.II, Hebing and Lichtenhahn, 1996.
- TWINING, W., *Alternative to what? Theories of litigation, Procedure and Dispute Settlemente in anglo-american Jurisprudence: Some Neglected Classics*, *Modern Law Review*, 1993.
- VALENCIA MIRÓN, A., (Coor. LORCA NAVARRETE), *Breve Comentario a la Ley de Arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1989.
- *Idem*, (FONT SERRA, E., IRIARTE ANGEL, J.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Dykinson, 1991.

- *idem*, «El derecho a la tutela judicial efectiva y la Ley de arbitraje», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, 1997, pág. 155 y ss.
- VÁZQUEZ SOLTELO, J., «Arbitraje y proceso judicial. Interferencias entre el arbitraje y el proceso judicial», *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, 1998.
- VEGA VEGA, J.A., *Derecho de autor*, Tecnos, 1990.
- VERDERA Y TUELLS, E., «La elección del lugar y del idioma del procedimiento arbitral», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1995, pág. 96
- VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al derecho mercantil*, Tirant Lo Blanch, 1999.
- VILLORIA RIVERA, I., «Problemas que plantea la excepción de arbitraje en el juicio de menor cuantía, según la vigente Ley de Enjuiciamiento civil. La solución del borrador de nueva Ley», *La Ley*, 8 ener 1998, pág. 3.
- VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTS BERENGUER, CARBONELI, MATEU, GONZALEZ CUSSAC, *Derecho Penal*, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- VULLIEMIN, J.M., «La Ley de arbitraje y la especificidad del arbitraje comercial internacional», *La Ley*, 1990, págs. 919-920.

DOCUMENTACIÓN

- ACUERDO 477/1997, de 19 de noviembre de 1997 del Tribunal Arbitral de Barcelona (*TAB* núm.10, págs. 105 y 106)
- «Études sur les autorités administratives indépendentes», *Études et Documents Conseil d'Etat*, 1983-85, núm.35, págs. 13-37.
- Doc. OMPI núm. ARB/AC/III/96/3, de 15 de noviembre de 1996.
- Doc.WIPO/ARB/DR/5, de 19 de abril de 1996.
- Documento OMPI núm. ARB/AC/95/3, de 27 de octubre de 1995
- Documento OMPI núm.446
- Documento OMPI núm.446.
- Documento OMPI núm.TDN/CM/I/3 Anexo I.
- Documento WIPO/ARB/DR/5 pág. 5.
- *Final Report of International ad hoc Comitee, febrero 1997, pág. 7*
- *Guide to ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce,1994.
- *Guide to ICC Arbitration*, Publicación ICC núm.448.
- *Implications of the TRIPS Agreement on treaties administered by WIPO*, publicación OMPI, núm.464, 1997.
- *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 18º sesión*, núm.17 (A/40/17).
- *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 18º periodo de sesiones* núm.17 (A/40/17).
- Publicación CCI núm.581, pág. 58.
- *The Code of ethics for arbitrators in commercial disputes*, 1977, Documento. OMPI ARB/WK/GE/96/2, pág. 117.
- *Training Programm on Mediation in Intellectual Property Disputes*, WIPO, 15-16 Mayo 1997.
- Documento OMPI núm.447.
- *The First twenty five Years of the World Itellectual Property Organization*, WIPO 1992.

- *Intellectual Property Reading Material*, Documento OMPI núm.476, pág. 363.
- *Property Law*, Cavendish Publishing LMTD, 1997, págs. 426-429
- www.wto.org/eol/.

100

JURISPRUDENCIA

101

102

A) Audiencias Provinciales:

- SAP Barcelona 21 diciembre 1990, *RJC* 1991, II, pág. 98.
- SAP Madrid de 26 de noviembre de 1991, *RVDPA*, 1993, pág. 236.
- SAP Madrid de 10 diciembre 1991, *RVDPA*, 1993, pág. 248.
- SAP Zaragoza 6 de septiembre de 1991 *RVDPA* 1993, pág. 222.
- SAP Valencia 18 noviembre de 1992, *RVDPA*, 1, 1994, pág. 73.
- SAP Barcelona 10 marzo 1992, *RCEA* 1993, pág. 164.
- SAP Madrid 10 abril 1992, *RCEA* 1993, pág. 196.
- SAP Almería 11 mayo 1992, *RCEA* 1993, pág. 157.
- SAP Barcelona 12 mayo de 1992, *RGD* 1992, pág. 12159.
- SAP Palma de Mallorca 14 mayo 1992, *RCEA* 1993, pág. 229.
- SAP Palma de Mallorca 14 mayo 1992, *RVDPA*, 1993, pág. 423.
- SAP Bilbao de 29 de mayo de 1992, *RCEA* 1993, pág. 190.
- SAP Barcelona 30 mayo de 1992, *RCEA* 1993, pág. 179.
- AAP Cádiz, 12 junio 1992, *RVDPA*, septiembre 1992, pág. 432.
- SAP Barcelona 21 julio 1992, *RGD* 1993, núm.582, págs.2140 y 2141.
- SAP Madrid 22 septiembre 1992, *RCEA* 1993, pág. 201.
- SAP Madrid de 22 de septiembre de 1992, *RVDPA*, 1994, pág. 66 y 67.
- SAP Sevilla 18 enero 1993, *RCEA* 1994, pág. 248
- SAP Barcelona 20 diciembre 1993, *RCEA* 1994, pág. 226.
- SAP de Barcelona, 5 febrero 1992, *RCEA* 1993.
- SAP Madrid 10 mayo 1993, *RVDPA*, 1994, págs. 80 y 81.
- SAP Cantabria de 9 de septiembre 1993, *AC* 1993, 1601.
- SAP Burgos 8 enero 1994, *RCEA* 1995, pág. 253.
- SAP Palma de Mallorca 4 octubre 1994, *RCEA* 1996, pág. 94.
- AAP Barcelona 25 de noviembre 1994, Secc.16, *RGD* 1995, págs.5702.
- SAP Barcelona 30 noviembre 1994, *RCEA* 1995, pág. 293.
- SAP Barcelona 9 noviembre 1994, *RVDPA*, 1995, pág. 528.
- SAP Ciudad Real 1 febrero 1994, *RCEA* 1994, pág. 235.
- SAP Madrid 22 marzo 1994, *RCEA*, 1994, pág. 241.
- SAP Asturias de 28 abril 1994, *AC* 1994, pág. 565.
- SAP Pontevedra 13 de junio 1994, *RCEA* 1994, pág. 247.

SAP Valencia 22 de junio de 1994, *RCEA* 1995, pág. 261.
SAP Valencia 12 enero 1995, *RCEA*, 1995, pág. 255.
SAP Madrid 31 octubre 1995, *RCEA*, 1995, pág. 353.
SAP Madrid 4 octubre 1995, *RCEA* 1996, pág. 109.
SAP Madrid 7 noviembre 1995, *RCEA* 1996, pág. 114.
SAP Madrid de 7 de noviembre de 1995, *RCEA*, 1996, pág. 10.
SAP Cádiz de 1 diciembre de 1995
SAP Valladolid 28 abril 1995, *RCEA* 1996, pág. 96.
SAP Madrid 12 junio 1995, *RVDPA*, 1997, pág. 150.
SAP Sevilla 27 junio 1995, *RCEA*, 1997, pág. 161.
SAP Barcelona 11 noviembre 1996, *TAB* núm.9, pág. 74.
SAP Sevilla 20 diciembre 1996 *RCEA* 1997.
SAP Pamplona 24 diciembre 1996, *RGD* 1997, pág. 13710.
SAP Barcelona 31 diciembre 1996, *TAB* núm9, pág. 80.
SAP Palmas de Gran Canaria 17 julio 1996, *TAB* núm9, págs. 63.
SAP Madrid 16 septiembre 1996, *RCEA* 1997, pág. 196.
SAP Barcelona 14 octubre 1997, *TAB* núm.10, pág. 91.
SAP Oviedo de 31 octubre 1997, *RCEA* 1998.
SAP Tenerife de 24 noviembre 1997, *RCEA*, 1998.
SAP Madrid 6 octubre 1997, *RCEA* 1998.
SAP Barcelona 27 febrero 1997, *TAB* núm9, pág. 82 y 87.
SAP Barcelona 7 julio 1997, *RGD* 1998, pág. 4932.
SAP Barcelona 8 julio 1997, *TAB* núm.9, pág. 92.
SAP Barcelona de 2 de noviembre de 1998.
SAP Madrid de 3 marzo de 1998.
SAP Jaén 19 de enero 1999.

B) Tribunal Supremo:

STS 21 junio de 1946, *RA* 836.
STS 25 octubre 1982, *RA* 1982, 5573.
STS 20 febrero 1982, *RA* 785.
STS 31 octubre 1986, *RA* 1986, 6066.

STS 14 julio 1986, *RA* 5407.
STS 6 octubre 1987, *RA* 6721.
STS 1 abril de 1987, *RA* 2480.
STS 30 mayo 1987, *RA* 1987, 3853.
STS 17 de marzo 1988, *RA* 2212.
STS 21 de noviembre de 1989 *RA* 7889.
STS 1 octubre 1990, *RA* 1990, 7458.
STS 20 marzo 1990, *RA* 1712.
STS 7 junio 1990, *RA* 4741.
STS 10 abril 1991, *RA* 1991, 2683.
STS 12 noviembre 1992, *RCEA* 1993, pag.150.
STS 25 febrero 1992, *RA* 1992, 1552.
STS 2 julio 1992, *RA* 6069.
STS 18 febrero 1993, *RA* 1241.
STS 28 marzo 1994, *RCEA*, 1994, pág. 199.
STS 12 julio 1994, *RCEA* 1994, pág. 204.
STS 29 de julio 1998, *RA* 5284.

C) Tribunal Constitucional:

STC 5/1981, 14 julio, *BJC* septiembre 1991.
STC 168/1985, 13 diciembre, *JC* XIII, 1985.
STC 69/1985, 30 mayo, *JC* XII, 1985.
STC 230/1988, 1 diciembre, *JC* XXII, 1988.
STC 43/1988, 16 marzo, *JC* XX, 1988.
STC 43/1988, de 16 marzo, *JC* XX, 1988.
ATC 701/1988, 6 junio, *JC* XXI, 1988.
ATC 922/1988, 12 de septiembre, *JC*, XXI, 1988.
STC 56/1990, de 29 marzo, BOE 4-5-1990.
ATC 179/1991, 17 de junio, *JC* XXX, 1991.
STC 144/1991, 1 julio, BOE 22-07-1991.
STC 288/1993, 4 octubre, *BJC* noviembre 1993.
STC 174/1995, 23 noviembre, BOE 28-11-1995.

STC 71/1996, 24 abril, *BJC*, mayo 1996.

STC 77/1997, de 21 abril, *BJC mayo* 1997.

STC 114/1997, 16 de junio, *BJC junio* 1997.

STC 118/1997, 23 de junio, *BJC julio* 1997.

D) Otra jurisprudencia

- Sentencia de la Corte de Apelación de Londres de 22 de enero de 1992.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 8 de junio de 1971: Asunto Deutsche Grammophon.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de enero de 1981: Asunto Musik-Vertrieb Membran v. GEMA.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 9 de abril de 1987: Asunto C-402/1985.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 13 julio de 1989: Asuntos acumulados C-110/1988, C-241/1988, C-242/1988 y C-395/1987.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de febrero de 1996: Asunto C-177/94.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de noviembre de 1998: Asunto Van Uden Maritime BV v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line.

- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea de 9 de enero de 1996: Asunto T-575/1993.