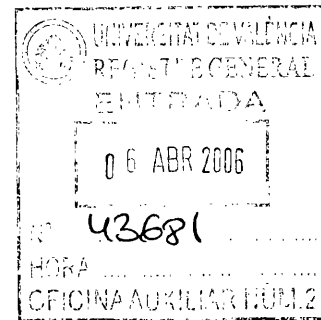


BID. T 6501

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA  
FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo y procesal  
Área de Derecho Procesal



# ARBITRAJE ON LINE

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Ana Montesinos García

Dirigida por:

Silvia Barona Vilar

Catedrática de Derecho Procesal  
de la Universitat de València

Valencia, 2006

UMI Number: U607544

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 U607544

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

b 17485836  
i 20291139



**ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS .....7**

**CAPITULO I: INTRODUCCIÓN .....11**

<b>I. ADR, ODR Y DERECHO PROCESAL .....</b>	<b>14</b>
1) ADR.....	15
2) ODR.....	19
A) El impacto de las nuevas tecnologías en el Derecho .....	20
B) Consideraciones generales sobre las Online Dispute Resolution .....	24
a) Componentes de estas Online Dispute Resolution .....	26
b) Justificación de su implantación.....	27
c) ODR XML .....	29
C) Origen y evolución de las ODR.....	31
D) Las ODR en la actualidad.....	34
3) Diferentes sistemas de ADR y ODR .....	38
A) Negociación .....	39
B) Mediación .....	41
C) Conciliación .....	44
D) Arbitraje.....	45
E) Autorregulación, códigos de conducta.....	46
F) El procedimiento administrativo obligatorio de resolución de controversias en torno a nombres de dominio.....	49
<b>II. ODR Y SU PROYECCIÓN EN EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE INTERNET Y EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO. ....</b>	<b>53</b>
1) Internet.....	54
A) Orígenes de Internet.....	55
B) Gobierno y Regulación de Internet.....	57
2) Comercio electrónico.....	59
A) Necesidad de ODR en el comercio electrónico. ....	59
B) Aspectos generales del comercio electrónico .....	63
a) Concepto y características .....	63
b) Modalidades .....	65
a. B2B (business to business) .....	65
b. B2C (business to consumers).....	66
c. B2A (business to administration).....	67
d. Otras modalidades de comercio electrónico: C2C y M2M.....	67
c) Marco normativo .....	68
a. Consumo .....	69
b. Comercio electrónico .....	70
C) Validez de los contratos electrónicos.....	72
3) Posibles problemas de seguridad.....	77
A) Necesaria implantación de una seguridad técnica y jurídica.....	78
a) Seguridad técnica o informática .....	78
b) Seguridad jurídica.....	80
B) La Firma electrónica .....	83
a) Regulación y concepto.....	84
b) Funcionamiento .....	86
c) Valor jurídico.....	88
d) Certificados electrónicos y Prestadores de servicios de certificación .....	90

## CAPITULO II: TRATAMIENTO JURÍDICO DEL ARBITRAJE *ON LINE*

.....95

I. EL ARBITRAJE EN INTERNET .....	95
1) Regulación legal del arbitraje telemático .....	95
2) Concepto, caracteres y naturaleza .....	100
A) Concepto .....	100
B) Caracteres.....	101
C) Naturaleza .....	102
3) Principios.....	105
4) Materias susceptibles de arbitraje.....	109
5) Clases.....	117
A) Arbitraje de derecho o de equidad.....	117
B) Arbitraje ad hoc o institucional.....	120
6) Ventajas e inconvenientes del arbitraje telemático .....	124
A) Ventajas .....	124
B) Inconvenientes u obstáculos .....	129
7) Arbitrajes On Line.....	133
A) Arbitrajes <i>on line</i> españoles.....	133
B) Iniciativas en el seno de la Unión Europea.....	139
C) Experiencias Internacionales .....	142
II. EL CONVENIO ARBITRAL .....	145
1) Concepto y objeto.....	146
2) Requisitos .....	149
A) La forma escrita: el convenio arbitral electrónico .....	149
B) Contenido del convenio arbitral.....	155
a) Contenido obligatorio .....	155
b) Contenido facultativo .....	158
3) Modalidades .....	162
A) No se requiere unidad de acto con el contrato principal.....	162
B) Convenio arbitral adhesivo. Las condiciones generales de la contratación.....	163
C) Convenio arbitral por referencia .....	168
D) Intercambio de escritos de demanda y contestación.....	169
4) Efectos .....	171
A) Efecto positivo .....	172
B) Efecto negativo .....	173
III. SUJETOS: ÁRBITROS Y PARTES .....	178
1) Árbitros.....	178
A) Estatuto .....	179
B) Nombramiento y aceptación del árbitro.....	183
C) Recusación y cesión del cargo .....	188
D) Responsabilidad de los árbitros .....	193
E) Provisión de fondos.....	196
F) Competencia.....	199
2) Partes .....	201
A) Capacidad .....	204
B) Legitimación .....	210
a) Legitimación ordinaria o directa.....	211
b) Legitimación extraordinaria o indirecta .....	212
c) Tratamiento procesal .....	217

C) Postulación.....	219
---------------------	-----

## **CAPITULO III: DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL ON LINE.....223**

I. ACTUACIONES ARBITRALES: REGLAS DE PROCEDIMIENTO.....	223
1) Lugar de celebración e idioma .....	223
A) Idioma.....	224
B) Lugar .....	228
2) Plazos.....	233
3) Notificaciones o comunicaciones .....	238
A) Momento y lugar .....	240
B) Forma (especial referencia a las comunicaciones electrónicas) .....	245
II. INICIO Y ALEGACIONES .....	250
1) Inicio del arbitraje.....	250
2) Diligencias preliminares .....	254
3) Alegaciones .....	256
A) Demanda.....	257
a) Contenido de la demanda.....	257
b) Momento de presentación de la demanda .....	258
c) Documentos que deben aportarse .....	260
B) Contestación.....	260
a) Allanamiento.....	261
b) Rebeldía .....	262
c) Resistencia .....	263
d) Reconvención .....	264
4) Acumulación de pretensiones.....	264
A) Posibilidad de acumulación en el arbitraje .....	265
B) Control de la acumulación .....	265
C) Reconvención.....	266
D) ¿Acumulación de procesos arbitrales? .....	267
5) Litispendencia.....	269
6) Posible Audiencia Previa.....	272
III. PRUEBAS .....	274
1) Carga de la prueba. La prueba de oficio.....	276
2) Procedimiento probatorio .....	279
A) Principios .....	281
B) Anticipación de la prueba .....	282
C) Aseguramiento de la prueba .....	283
3) Medios de prueba .....	285
A) Prueba documental .....	285
B) Reconocimiento judicial .....	285
C) Dictamen pericial .....	286
D) Interrogatorio de testigos.....	289
E) Prueba por soportes informáticos.....	289
4) Valoración de la prueba.....	292
A) Valoración de los diferentes medios de prueba .....	292
B) Especial referencia a la prueba por soportes informáticos .....	293
5) Auxilio judicial en la práctica de la prueba .....	298

IV. AUDIENCIA DE LAS PARTES .....	302
1) Introducción.....	302
A) Oralidad- escritura .....	303
B) Citación.....	304
C) Traslado de documentos .....	305
2) La Videoconferencia .....	307
A) Introducción: concepto y aspectos técnicos.....	308
B) Aplicaciones y ventajas .....	311
C) Disposiciones jurídicas .....	314
a) Ámbito normativo europeo.....	314
b) Ámbito normativo interno .....	315
D) Afectación de principios procesales .....	316
V. MEDIDAS CAUTELARES .....	319
1) Evolución legislativa .....	320
2) Potestades de los árbitros y de los jueces .....	325
A) Potestad de los árbitros .....	325
B) Potestad de los jueces .....	327
3) Requisitos y presupuestos.....	328
A) Requisitos .....	330
B) Presupuestos.....	332
a) Fumus boni iuris o apariencia de buen derecho. ....	332
b) Periculum in mora .....	334
c) Necesidad de prestación de caución .....	335
4) Momento para adoptar una medida cautelar .....	337
5) Procedimiento cautelar .....	341
6) Laudo cautelar .....	344
A) Anulación.....	345
B) Ejecución .....	347
C) Eficacia .....	348

## **CAPITULO IV:EL LAUDO: IMPUGNACIÓN, EFECTOS Y EJECUCIÓN**

.....355

I. TERMINACIÓN DEL PROCESO .....	355
1) Modos de terminación anormal del proceso.....	356
A) Diferentes supuestos .....	357
a) Desistimiento .....	357
b) Acuerdo de las partes.....	358
c) Prosecución de actuaciones innecesaria o imposible.....	359
B) Sobreseimiento y paralización del proceso.....	360
2) Laudo Contradictorio.....	362
A) Concepto.....	363
B) Plazo.....	364
C) Forma .....	367
D) Contenido.....	369
a) Requisitos de contenido .....	370
b) Requisitos de fondo: motivación y congruencia. ....	374
E) Corrección, aclaración o complemento del laudo.....	377
3) Laudo conciliatorio.....	380



A) Requisitos .....	381
B) Efectos .....	384
C) Breve reflexión en torno a la mediación.....	385
II. EFECTOS DEL LAUDO.....	386
1) Cosa juzgada.....	386
A) Tipos de cosa juzgada.....	388
a) Cosa juzgada formal .....	388
b) Cosa juzgada material.....	389
B) Laudos que producen cosa juzgada material .....	390
C) Requisitos de la cosa juzgada .....	392
D) Tratamiento procesal .....	394
2) Impugnación del laudo .....	395
A) Anulación.....	396
a) La acción de anulación .....	396
b) Motivos.....	398
a. Inexistencia o invalidez del convenio arbitral.....	399
b. Indevida notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o imposibilidad de hacer valer sus derechos.....	401
c. Resolución de cuestiones no sometidas a la decisión arbitral.....	403
d. Designación de los árbitros o procedimiento arbitral no ajustado al acuerdo entre las partes.....	404
e. Resolución de cuestiones no susceptibles de arbitraje.....	406
f. Laudo contrario al orden público .....	407
g. Reflexión final .....	409
c) Diferentes aspectos procesales .....	411
d) Procedimiento.....	413
B) Revisión .....	416
a) Motivos .....	420
b) Plazos.....	421
c) Legitimación.....	423
d) Tramitación.....	423
e) Efectos .....	424
III. EJECUCIÓN.....	425
1) El proceso de ejecución del laudo .....	427
A) Sujetos .....	429
a) Órgano competente.....	429
b) Partes .....	430
B) Laudos que pueden ser ejecutados.....	433
C) El procedimiento de ejecución del laudo .....	434
a) Aspectos generales.....	434
b) Inicio del procedimiento.....	435
D) Despacho y oposición a la ejecución.....	438
a) Atribuciones del juez. Posibilidad de un control de oficio .....	438
b) Despacho de ejecución .....	441
c) Oposición a la ejecución.....	442
2) Particularidades de la ejecución del laudo arbitral .....	443
A) ¿Podemos hablar de una ejecución provisional del laudo? .....	443
B) Suspensión .....	447
3) Ejecución de laudos internacionales.....	452
A) Regulación y aspectos fundamentales: el CNY.....	453

B) El laudo arbitral electrónico internacional.....	458
a) Planteamiento de la cuestión .....	458
b) Soluciones en el seno de la UNCITRAL.....	460
c) Reflexiones finales.....	465
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>469</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>483</b>
<b>DIRECCIONES WEB DE INTERÉS.....</b>	<b>509</b>
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>515</b>

## ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS

AAA	<i>American Arbitration Association</i>
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AAVV	Autores varios
AC	Actualidad Civil
ACAM	Asociación Comunitaria de Arbitraje y Mediación
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AEADE	Asociación Española de Arbitraje de Derecho y Equidad
AJA	Anuario de Justicia Alternativa
AP	Audiencia Provincial
AryMe	Arbitraje y Mediación
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CB	Convenio de Bruselas
CC	Código Civil
CCI	Cámara de Comercio Internacional
Cco	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CNY	Convenio de Nueva York
CP	Código Penal
D.O.C.E	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
ECODIR	<i>Electronic Consumer Dispute Resolution Platform</i>
EM	Exposición de Motivos
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
ICANN	<i>Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i>
ICC	<i>Internacional Chamber of Commerce</i>
IVDP	Instituto Vasco de Derecho Procesal
JPI	Juzgado de Primera instancia
LA	Ley de Arbitraje
LAJG	Ley de Asistencia Jurídica Gratuita
LCGC	Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación

LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDCU	Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
LJCAyPAC	Ley de Jurisdicción Contencioso- administrativo y Procedimiento Administrativo Común
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
ODR	<i>Online Dispute Resolution</i>
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
RCE	Revista de la Contratación Electrónica
RCEA	Revista de la Corte Española de Arbitraje
RD	Real Decreto
RDAI	<i>Revue de Droits des Affaires Internationales</i>
RDLFE	Real Decreto – Ley de Firma Electrónica
RDP	Revista de Derecho Procesal
REDI	Revista Electrónica de Derecho Informático
RGD	Revista General del Derecho
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RVDPA	Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TAB	Tribunal Arbitral de Barcelona
TC	Tribunal Constitucional
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
UNCITRAL	<i>United Nations Convention on International Trade Law</i>
WWW	<i>World Wide Web</i>

# **Capítulo Primero**

## **Introducción**



## CAPÍTULO PRIMERO

### INTRODUCCIÓN

Nos encontramos en un momento histórico caracterizado por un cambio social fruto de la revolución tecnológica que conlleva la transformación de las relaciones jurídicas existentes, planteándosele al legislador un nuevo reto a superar y la necesidad de buscar nuevas formas alternativas a la justicia que garanticen la existencia de entidades u organismos que solucionen los conflictos, respetando la neutralidad que, en razón del choque de intereses contrapuestos, ya no se reconoce en muchas ocasiones a los Tribunales locales.

Las denominadas nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (NTICs)<sup>1</sup> en general, y en especial Internet<sup>2</sup>, otorgan la posibilidad de un acceso directo del ciudadano a la mayor parte de la información sin límites de tiempo ni de espacio, contribuyendo como herramienta base a potenciar y a multiplicar los efectos de las distintas globalizaciones (globalización del comercio, de los mercados, de la emigración, de la cultura, tendencia a la universalización, etc.). Como apunta MUÑOZ MACHADO, *«la conclusión que interesa dejar establecida es que la globalización es un fenómeno tan real como problemático»*<sup>3</sup>. Se hace necesario ahora proceder a nuevas regulaciones, a dotar de un nuevo sentido a las diferentes normas que han regido hasta el momento y que con la llegada de la globalización cobran una concepción diferente que debe plasmarse<sup>4</sup>.

El nacimiento de estas tecnologías también ha revolucionado el mundo jurídico. Por una parte, han surgido nuevos fenómenos desprovistos de

---

<sup>1</sup> A pesar de ser generalmente así denominadas, es decir, nuevas tecnologías, se trata de tecnologías que ya no son nuevas ni desconocidas (Internet, por ejemplo, nació hace ya 35 años), por lo que resultaría más apropiado llamarlas tecnologías de la información, suprimiendo el calificativo de "nuevas".

<sup>2</sup> De las llamadas nuevas tecnologías es Internet, sin duda alguna, quien ha planteado las mayores dudas e incertidumbres en el mundo jurídico.

<sup>3</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 49.

<sup>4</sup> Proclama MUÑOZ MACHADO, S., *«La gran red existe; ha sido establecida gracias al progreso de las tecnologías de la comunicación y conecta entre sí a millones de personas de todo el mundo. Es una infraestructura global. Podrá ser admirada o reprobada, pero las infocarreteras son un gran instrumento potenciador de la globalización en todas sus manifestaciones...los usuarios de la red son ahora ciudadanos de todas las tendencias y de cualquier origen. El efecto que la red produce sobre todos ellos es encontrarse necesariamente inmersos en una globalización cultural»*. *La regulación de la red...*, cit, p. 65.

regulación, nuevas controversias jurídicas y por otro, el mundo del Derecho ha sido dotado de nuevas herramientas para desarrollar sus cometidos. Lo mismo ha ocurrido en el ámbito de la resolución de conflictos<sup>5</sup>.

En los últimos veinte años hemos presenciado una revolución tecnológica provocada por las innovaciones en las comunicaciones digitales electrónicas en la Red (Internet) y el rápido desarrollo del comercio electrónico internacional. Con la expansión de las interacciones económicas, de los intercambios de información a través de Internet y fundamentalmente del comercio electrónico, se produce inevitablemente, una dispersión de los conflictos que surgen de esas transacciones, algunos de los cuales han sido desconocidos hasta el momento y se caracterizan por su complejidad técnica. Al desarrollarse la *World Wide Web (WWW)*<sup>6</sup> y expandirse, se han incrementado las disputas en torno a la privacidad, derechos de autor, libertad de expresión, contratos, etc., encontrándonos ante diversas dificultades cuando se litiga ante los Tribunales nacionales en relación con aquellas disputas surgidas en o a través de Internet. Por todo ello, necesitamos opciones más variadas que respondan a las nuevas circunstancias para actuar frente a los conflictos que nacen en la Red<sup>7</sup>. Esta complejidad exige métodos de resolución de las disputas capaces de responder a estas nuevas circunstancias.

Internet se caracteriza por ser un medio en el que circulan relaciones transfronterizas que afectan a personas de diversos países y que consisten normalmente en transacciones de escasa cuantía, donde surgen conflictos relacionados en muchas ocasiones con problemas que nacen de la propia utilización de ese medio, como pueden ser los conflictos surgidos por apropiaciones indebidas de nombres de dominio, situaciones que exigen,

---

<sup>5</sup> LÓPEZ ORTIZ, A., "Arbitraje y Nuevas Tecnologías", Revista de la Contratación Electrónica nº 51, julio- agosto 2004, p. 35.

<sup>6</sup> La WWW (denominada comúnmente *Web*) o telaraña de cobertura mundial es un sistema capaz de introducir imágenes, gráficos y sonidos en las transmisiones electrónicas. Su incorporación ha permitido la entrada en Internet de aplicaciones y servidores más comerciales, y, por tanto, el crecimiento de usuarios de la Red, ofreciendo posibilidades atractivas de "navegación" en Internet, gracias a sus numerosos enlaces o *hyperlinks* y a los protocolos de comunicación suplementarios. El consorcio W3C (*The World Wide Web Consortium*) creado en octubre de 1994, es el principal encargado de la *World Wide Web*, de sus estándares, protocolos, etc. Para asegurar su interoperabilidad desarrolla especificaciones, guías, software y herramientas para soportar la infraestructura del *Web*. Está constituido por más de 400 organizaciones.

<sup>7</sup> KATSH, E. y RIFKIN, J., *Online dispute resolution. Resolving conflicts in cyberspace*, Jossey Bass, San Francisco, 2001, p. 3 y LYNCH, K., *The forces of economic globalization: challenges to the Regime of International arbitration*, Kluwer Law International, Holanda, 2003, p. 346.



frecuentemente, soluciones rápidas y eficaces; Internet requiere la aparición en este entorno de soluciones alternativas a la vía judicial que se lleven a cabo a través de él<sup>8</sup>.

Las tecnologías de la información y de la comunicación han dado origen a nuevos productos y servicios que inciden en nuestra manera de vivir, nuevas formas de contratación, etc., lo que a su vez abre las puertas a nuevas formas de resolución de conflictos, donde se utilizan estas nuevas tecnologías. Internet además de haber originado, como acabamos de mencionar *supra*, la aparición de nuevos conflictos, también ha otorgado nuevas oportunidades para solucionarlos.

Los medios de resolución de conflictos tradicionales no son suficientes para combatir todos estos problemas pues no están equipados para atender la nueva situación<sup>9</sup>. El entorno del ciberespacio necesita una ciberjusticia. Cada vez más se demuestra la incompatibilidad existente entre el mundo de las tecnologías de la información, la nueva economía y su mercado y la justicia ordinaria lenta, saturada y poco eficaz en muchas ocasiones, por todo ello, se hace necesaria una pronta adecuación a las nuevas necesidades.

El terreno de la resolución de conflictos no ha quedado exento de los múltiples efectos de estas tecnologías, por lo que se hace evidente que los conflictos que nacen en o a través de la Red, que se expresan con lenguaje electrónico, que conllevan implicaciones tecnológicas, etc. necesitan de procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos ágiles e inmediatos, con capacidad de respuesta rápida para afrontar los nuevos conflictos en constante evolución que versan sobre materias técnicamente complejas, con alto grado de internacionalización que exigen ser resueltos por el mismo medio por el que fueron provocados, es decir, electrónicamente, así como por

---

<sup>8</sup> En este sentido se pronuncia DE MIGUEL ASENSIO, P., al señalar: «*la elaboración de regímenes de arbitraje adaptados a las peculiaridades de los contratos de consumo celebrados en Internet, que típicamente dan lugar a arbitrajes de cuantías relativamente pequeñas, puede suponer un avance significativo para el progreso del arbitraje en Internet*» en, *Derecho privado de Internet*, Civitas, Madrid, 2003, p. 430.

<sup>9</sup> La entrada al mercado cibernético es tan accesible que está provocando un aumento considerable de las transacciones de bajo monto económico, con sus conflictos correspondientes, que por sus características intrínsecas no podrían ser motivo de un arbitraje tradicional.

personas expertas y capaces de dirimir las controversias en estos ámbitos. En definitiva, «los conflictos que surgen on line deben solucionarse on line»<sup>10</sup>.

La resolución de litigios en línea, es decir, las ODR (*Online Dispute Resolution*), cuyo máximo exponente es el arbitraje *on line*, cubren en gran parte los desafíos jurisdiccionales planteados por la características de la globalización y el bajo costo de acceso a Internet<sup>11</sup>. Trataremos pues de dilucidar si la Red puede encontrar en el arbitraje, y en general en los diferentes medios de resolución de conflictos, un medio adecuado para resolver las controversias como instrumento que agilice y dote de eficacia estos nuevos medios.

## I. ADR, ODR Y DERECHO PROCESAL

Es a finales del siglo XX cuando el nuevo orden social, económico, cultural, entre otros, ha propiciado la aparición de nuevos métodos de resolución de conflictos alternativos al poder judicial, las ADR (*Alternative Dispute Resolution*, por usar la denominación inglesa con que popularmente se conoce), presentándose el arbitraje como medio ideal en el que los particulares son los protagonistas de la dirección y administración del proceso. La nueva sociedad en la que vivimos, la denominada Sociedad de la Información<sup>12</sup>, necesita de un marco institucional y normativo para su regulación, mostrándose estos mecanismos como una alternativa positiva, eficaz y real, consecuencia en gran medida de la superación de fronteras y de la globalización que

---

<sup>10</sup> GIRSBERGER, D., Y SCHRAMM., D., *Cyber-arbitration*, European Business Organization Law Review, nº 3, 2002, pp. 605-622.

<sup>11</sup> FEMENIA, N., "Resolución de disputas en y por Internet, los métodos alternativos en el espacio cibernético", Intermediación.com, accesible en <http://www.intermediacion.com/online.htm>, (fecha de consulta: 22/2/2006).

<sup>12</sup> La Sociedad de la Información (SDI) es un tipo de organización social que se caracteriza fundamentalmente por el intercambio constante y masivo de servicios y bienes en línea. El concepto de Sociedad de la Información surgió en los años 70 a consecuencia de la relevancia creciente que habían adquirido las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (NTICs) en la vida social, económica, política y cultural de las sociedades industrializadas. El concepto ha evolucionado y ha adquirido una mayor importancia a medida que las NTICs se han ido integrando en todas las parcelas de la actividad humana. Ya en los años 60, MC. LUHAN, M., acuñó el término "Aldea Global", para describir la interconectividad humana a escala mundial generada por los medios electrónicos de comunicación. MC. LUHAN, M., *Explorations in Communication*, Beacon Press, Boston, 1960.

El concepto de SDI aparece por primera en el "Libro Blanco sobre el Crecimiento, la Competencia y el Empleo" presentado por Jacques Delors en un encuentro europeo en Diciembre de 1993. Vid. la Comunicación de la Comisión al Consejo y el Parlamento, "Hacia la SDI en Europa: un plan de acción", COM (94) 347 final y el Informe BENGEMANN "Europa y la SDI planetaria", Recomendación al Consejo Europeo, Bruselas, 26 mayo de 1994.

presenciamos. Por tanto, es en este contexto donde aparecen las ADR y por ello que se ha llegado a afirmar que «*la asunción de la ADR es resultado, uno más, de la globalización como fenómeno de la realidad socioeconómica de la segunda mitad del siglo XX*»<sup>13</sup>.

En el presente apartado abordaremos el estudio de las diversas fórmulas de resolución de litigios alternativas al poder judicial y la incidencia de las nuevas tecnologías de la información en estas figuras, tratando de dar un paso más en las diferentes ADR (*alternative dispute resolution*), y llevar a cabo un tránsito de éstas hacia las ODR (*online dispute resolution*), donde Internet facilitará nuevos mecanismos para transmitir la información y agilizar la práctica totalidad de las distintas fases del proceso arbitral, tales como la presentación de escritos iniciales, documentación de las actuaciones, práctica de determinadas pruebas o incluso los actos de comunicación procesal, suprimiendo con ello las barreras del espacio y del tiempo<sup>14</sup>.

## 1) ADR

Los conflictos jurídicos que se plantean en nuestro ordenamiento jurídico podrán ser resueltos a través de dos vías: a) La vía jurisdiccional, es decir, a través del poder judicial y, b) A través de otras vías alternativas a la Justicia que no son el poder judicial, que son las que comúnmente viene llamándose ADR (*alternative dispute resolution*).

Más detenidamente, observamos que las distintas formas de solucionar los litigios se pueden clasificar en tres: autotutela, autocomposición y heterocomposición.

En primer lugar nos encontramos con la autotutela o autodefensa, que podemos calificarla como la matriz o forma originaria de resolver una

---

<sup>13</sup> BARONA VILAR, S., *Tutela de los consumidores y usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 48.

En palabras de esta misma autora, «*hoy asistimos a un movimiento importante, donde la excesiva jurisdiccionalización de la justicia se ha hecho patente en todos los sistemas, donde la propia concepción genuinamente estatal del proceso está dando paso a una unificación de tendencias procesales, donde la transnacionalización de los conflictos está destruyendo las barreras y fronteras políticas existentes y donde, en suma, estamos inmersos en el fenómeno, producto de una fuerte influencia de la concepción economicista del derecho de la globalización de lo local y de la localización de lo global*». BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos (ADR)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 171.

<sup>14</sup> Vid. PIERANI, M y RUGGIERO, E., *Sistemi Alternativi di Risoluzione delle Controversia Online*, Cosa & Come, Milán, 2002.

controversia, en la que no asiste a las partes en conflicto tercero alguno. Es la propia voluntad del afectado la que condiciona la solución del conflicto, pues es éste quien por sus propios medios pretenderá hacer valer su derecho lesionado. En la actualidad no se encuentra amparado por nuestro Derecho, salvo los supuestos de legítima defensa y en aquellos casos de estado de necesidad.

En segundo lugar hallamos la autocomposición, fórmula que engloba diferentes figuras tales como la negociación, la mediación, la conciliación y las fórmulas de autocontrol. Destacamos en todas ellas el deseo común de las partes de llegar a un acuerdo sin la necesaria intervención de un tercero, quien, en caso de actuar, no impondrá decisión alguna vinculante para las partes.

Dejando a un lado las dos primeras, centramos nuestra atención en la forma heterocompositiva de solución de litigios, en la que un tercero neutro o imparcial y ajeno a la "litis" proporciona la solución del conflicto. La heterocomposición es aquella fórmula en la que el tercero impone su autoridad a las partes en conflicto y resuelve la cuestión litigiosa, debiendo las partes acogerse a ésta de forma obligatoria. Manifestaciones de esta vía son dos: arbitraje y jurisdicción<sup>15</sup>.

Como todos sabemos, la figura más compleja y evolucionada es la jurisdicción, en la que un juzgador del Estado es quien procede a solucionar el conflicto. La jurisdicción es, en palabras de MONTERO AROCA, «*la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y tribunales, integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado*»<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Se señala que «*arbitraje y proceso divergen en cuanto: 1. Sólo las materias disponibles son aptas para constituir objeto de arbitraje, lo que no acaece en el proceso. 2. El acceso al arbitraje es voluntario, al proceso puede no serlo. 3. El tercero imparcial es elegido directa o indirectamente por los litigantes en el arbitraje pero viene preestablecido en el proceso. 4. La sentencia no vale porque las partes la hayan aceptado "a priori" o la consientan "a posteriori", sino en cuanto emana de un órgano investido de potestad jurisdiccional y en virtud del deber de sujeción que liga al ciudadano. El laudo arbitral es el resultado de la libertad de los contendientes, no de su sometimiento. 5. El juez sólo puede decidir desde y según ley, el árbitro también según la equidad. Del árbitro cabe predicar pues neutralidad y del juez siempre independencia*». PEDRAZ PENALVA, E., "El proceso y sus alternativas", *Cuadernos de Derecho judicial, arbitraje, mediación, conciliación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 42.

<sup>16</sup> *Derecho jurisdiccional I*, (junto a GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 38.

Pero los ciudadanos requieren otras vías alternativas al poder judicial para la solución de sus controversias, debido en gran parte a los defectos de los que adolece la justicia propiciados por múltiples causas, principalmente por la inaccesibilidad efectiva de la justicia ordinaria, saturación de los tribunales, demora en la resolución de los procesos, pérdida de la eficacia de la tutela solicitada, etc., de ahí la importancia que en las últimas décadas han cobrado otras formas heterocompositivas de resolución de conflictos, las ADR<sup>17</sup>.

En síntesis, podemos afirmar que este movimiento de ADR ha sido fruto esencialmente de tres tipos de causas:

1. *«El colapso que se ha producido ante los órganos jurisdiccionales civiles y penales.*
2. *El sentimiento creciente de que faltan mecanismos privados de resolución de controversias, sobre todo entre particulares.*
3. *La incapacidad intrínseca del sistema de poder asegurar a todos el acceso a la justicia»<sup>18</sup>.*

Con base en todo ello, confirmamos que la razón principal del éxito de las ADR estriba en ser la vía alternativa a los obstáculos y dificultades de los que la Justicia cada día más padece en razón del aumento tanto cuantitativo como cualitativo de los asuntos que llegan a los tribunales, provocando una lentitud a la hora de actuar jueces y tribunales<sup>19</sup>.

El nacimiento del movimiento de las ADR lo ubicamos en los inicios de los años setenta, surgido a raíz de un movimiento anglosajón denominado "Movimiento de libre acceso a la justicia" cuyo objetivo principal consistía en la voluntad de dotar a todos los ciudadanos de la posibilidad de conseguir una solución adecuada a sus controversias a través de cualquier medio eficiente,

---

<sup>17</sup> Un completo estudio sobre las ADR puede verse en: MENKEL- MEADOW, C., LOVE, L., SCHNEIDER, A. y STERNLIGHT, J. *Dispute Resolution, Beyond the Adversial Model*, Aspen publishers, Nueva York, 2005.

<sup>18</sup> BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., p. 49.

<sup>19</sup> Aumento cuantitativo en tanto que se multiplican cada día más los asuntos que se someten a los tribunales y aumento cualitativo porque al multiplicarse considerablemente el número de asuntos sometidos a los tribunales, aparecen nuevas figuras delictivas, nuevos conflictos. El fenómeno de la explosión del número de conflictos puede explicarse, por el aumento de la población, los intercambios comerciales, la globalización, el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información así como por una reglamentación exacerbada de las relaciones humanas; factores todos ellos que permiten entender por qué el número de litigios ante los tribunales no para de aumentar.

basándose principalmente en la búsqueda de alternativas al poder judicial; así pues, se comenzó a reconocer ya en esta época, que los tribunales no eran la mejor forma de resolver los litigios y en las escuelas de Derecho se empezaron a estudiar las teorías de la negociación y a crear determinados programas innovadores de solución de conflictos para aplicar estas teorías<sup>20</sup>. Los académicos comenzaron a liderar la teoría de las ADR y sus libros empezaron a presentar estas ideas<sup>21</sup>.

Si bien las diferentes manifestaciones de las ADR surgieron en un ámbito de resolución de conflictos privados, hoy en día son múltiples los sectores que han conquistado. No existe una definición unívoca de lo que constituye un sistema de ADR, pero en esencia, las ADR son aquellos métodos de resolución de conflictos que tratan de evitar la vía judicial y resolver las controversias por estos cauces, o dicho de otro modo, aquellos procesos diseñados para resolver las disputas sin el concurso de los tribunales de justicia<sup>22</sup>.

Estos métodos tienen en común una serie de características:

1. *«Todos intentan mantener una posición intermedia entre los dos polos existentes hasta la fecha, o mantener una actitud pasiva sin hacer nada o permitir una situación de escalada del conflicto.»*

2. *Se trata de vías menos formales que el proceso judicial y que en la mayoría de los supuestos se asientan en una concepción privatista e individualista del conflicto planteado.*

3. *Implican una mayor participación en la misma configuración y desarrollo del método utilizado para alcanzar la solución, de manera que los interesados tienen la sensación de tomar parte en la solución*

---

<sup>20</sup> No debemos nunca olvidar que estos medios de resolución de conflictos han existido siempre, desde nuestros orígenes, incluso antes de la propia existencia del poder judicial, así en palabras de PONIEMAN: *«La mediación y el arbitraje de equidad han existido antes incluso de la administración de Justicia propia del Estado de Derecho. Ya en la mitología griega aparecía un Dios mediador (Hermes) para solucionar entuertos olímpicos. Los consejos de ancianos arbitraban desde tiempos inmemorables»*. PONIEMAN, A., "El impacto de los métodos alternativos de resolución de controversias en los sistemas jurídicos sudamericanos y sus incidencias en los acuerdos de integración" en <http://www.iadb.org/mif/v2/speeches/ponieman.html>, (fecha consulta: 1/02/06).

<sup>21</sup> "Getting to yes: negotiating agreement without giving in" de FISHER, R., PATTON, B. y URY, W., fue uno de los más populares.

<sup>22</sup> Su crecimiento y ventajas frente a la justicia ordinaria ha permitido a los defensores a ultranza de las ADR referirse a las ADR como un acrónimo de "Appropriate Dispute Resolution", en vez de "Alternative Dispute Resolution". KATSH, E., "Bringing online dispute resolution to virtual worlds: creating processes through code", New York Law School Law Review, 2004-2005.

*del conflicto, lo que les obliga más a aceptar el resultado alcanzado a través de esta vía»<sup>23</sup>.*

Los medios alternativos de solución de conflictos no tienen por qué ser excluyentes, sino que pueden ser complementarios a la Justicia, por lo que compartimos junto a BARONA VILAR, que las ADRs no pueden plantearse como una fórmula contra los Tribunales, ni siquiera pueden pensarse en las mismas como cauces exclusivamente privados de solución de conflictos. La colaboración de los tribunales es punto cardinal en aras a esa efectiva tutela pretendida, y su configuración desde o en la Administración puede ser un punto esencial para que efectivamente el sistema de ADRs funcione. En consecuencia, el sistema más óptimo consistirá en la coexistencia pacífica de ambas vías de tutela, la judicial y las ADRs<sup>24</sup>.

En la actualidad el consenso a favor de las ADR está creciendo en el contexto internacional, principalmente en EEUU, reflejo de ello lo podemos observar en el significativo hecho de que incluso los tribunales judiciales estadounidenses han empezado a penar ya, en los costes de la sentencia, a aquellas partes que sin razón alguna rechazan la invitación de acudir al ADR por la parte contraria antes de comenzar el proceso ordinario ante los tribunales. Ejemplo de ello, lo observamos en los casos: *Dunnett contra Railtrack plc (2002) EWCA CIV 302 (Court of Appeal)* y *Cowle contra Plymouth City council (2001), EWCA CIV 1935*<sup>25</sup>.

## 2) ODR

El ciberespacio es un lugar donde el número de transacciones y de interacciones sociales crece sin cesar a un ritmo estrepitoso, es indiscutible que donde las transacciones y las relaciones existen, inevitablemente, surgirán conflictos<sup>26</sup>. En este mundo de nuevas oportunidades y expectativas, más y más conflictos van naciendo, personas que nunca antes se habían relacionado,

---

<sup>23</sup> BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., p.54.

<sup>24</sup> *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley...*, cit., p. 36. En este sentido, señala la misma autora, «Existen sectores donde la coexistencia de las ADRs con el Poder Judicial es hoy una realidad ineludible e imparable, convirtiéndose en el oxígeno que ofrece efectivo acceso a cualquiera de los medios eficaces que el ordenamiento configura; y entre tales sectores habría que incardinar el consumo», cit, p. 48.

<sup>25</sup> ROSS, G., "ODR Developments en RU", Forum en *Online Dispute Resolution*, Palacio de las Naciones, Ginebra, 30 junio – 1 julio de 2003.

<sup>26</sup> KATSH, E. y RIFKIN, J., *Online dispute resolution...*, cit., p. 3.

empiezan ahora a negociar a través de Internet; los consumidores, quienes tradicionalmente se han encontrado limitados a los mercados domésticos, comienzan a comprar en el extranjero; pequeñas y medianas empresas entran ya en el mercado internacional, mercado antes reservado a las grandes empresas; las actividades comerciales en la Red crecen significativamente cada año, etc. Tal rápido crecimiento de actividades generará cada vez un mayor número de conflictos, y provocará que sus usuarios se cuestionen como podrán ser éstos resueltos<sup>27</sup>.

Si el ciberespacio va a convertirse en un mercado, no tienen que haber únicamente vendedores y compradores, bienes y servicios, etc., sino que también se requiere la existencia de medios de solución de los conflictos que puedan surgir en este entorno; las disputas deben resolverse de una manera que respondan a estas interacciones sociales, por lo que deberán solucionarse de una manera rápida y sin excesivos costes.

#### **A) El impacto de las nuevas tecnologías en el Derecho**

Las tecnologías de la información han supuesto la transformación de la práctica totalidad de los ámbitos de nuestra sociedad. Las ciencias jurídicas no han sido ajenas a esta realidad, más aún cuando el Derecho se configura como organizador de la conducta social de las personas en la sociedad, debiendo, por tanto, revisarse y adecuarse a las necesidades que presenta esta nueva era<sup>28</sup>.

Si para determinados sectores Internet está siendo ya un fenómeno catalizador de un auténtico proceso de conversión, la revolución, desde el punto de vista jurídico, no va a ser menor<sup>29</sup>. El desarrollo de Internet ha supuesto un importante impacto en la economía, la política, el entretenimiento,

---

<sup>27</sup> KAUFMANN-KOHLER., G y SCHULTZ, T., *ODR: Challenges for contemporary justice*, Kluwer Law International, Holanda, 2004, p. 1.

No nos debe sorprender que en Internet, donde las barreras del espacio y del tiempo desaparecen, existan conflictos. KATSH, E., "Bringing online dispute resolution to virtual worlds: creating processes through code", *New York Law School Law Review*, 2004- 2005. Vid. asimismo, AMBROGOI, R., "Virtual justice: resolving disputes on line", *Bench and Bar of Minnesota*, Febrero, 2005.

<sup>28</sup> GONZÁLEZ MALABIA, S., "Las nuevas tecnologías en la ley de enjuiciamiento civil", *REDI*, nº 44, marzo 2002.

<sup>29</sup> MATEU DE ROS, R., "El consentimiento y el proceso de contratación electrónica", *Derecho de Internet, Contratación Electrónica y Firma Digital*, AAVV, (coords. MATEU DE ROS, R. y CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J.M), Aranzadi, Pamplona, 2000. p. 42.



y como no, también en el Derecho. El Derecho, en cualquiera de sus ámbitos, no se entiende ya sin las denominadas “nuevas tecnologías”.

Aunque el Derecho procesal es una rama del ordenamiento jurídico caracterizada por su rigidez formal y un insistente apego a la tradición y a lo consuetudinario, no ha tenido más remedio que volverse permeable al avance técnico y ceder a su empuje, abriendo de manera clara (si bien tímidamente aún) su seno a los medios técnicos de comunicación y génesis documental para incorporarlos al proceso<sup>30</sup>.

Las nuevas tecnologías nos otorgan un inmenso crisol de oportunidades, pero debemos tener en cuenta que también ponen en juego los tradicionales sistemas de justicia, aunque no por ello deben atemorizarnos. Estas tecnologías revolucionan determinadas nociones jurídicas, resultando poco idóneos algunos conceptos jurídicos tradicionales, lo que ha motivado que las legislaciones de los distintos países, por un lado hayan comenzado una tendencia legislativa para regular estas nuevas realidades y por otro, hayan tratado de acoplar la legislación vigente a los nuevos términos. Pero no son, en modo alguno, una amenaza para el Derecho sino todo lo contrario, pueden resultar una ayuda para los operadores jurídicos a la hora de actuar con mayor eficiencia<sup>31</sup>.

Siguiendo a ORTELLS RAMOS, puede decirse que la incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso se produce de dos formas<sup>32</sup>:

a) Las nuevas tecnologías se utilizan como medios a la hora de llevar a cabo la actividad procesal tanto por el juez o árbitro como por las partes en el proceso. La incidencia más clara de las nuevas tecnologías sobre el proceso se produce mediante su utilización para la realización de los actos procesales, utilización que puede presentar grados muy distintos que van desde el uso de un PC y aplicaciones de tratamiento de textos como instrumento de trabajo, hasta el desarrollo en línea de todo un proceso arbitral.

---

<sup>30</sup> ESTEBAN CASTILLO, E., “La fe pública judicial ante las nuevas tecnologías”, Revista jurídica de la Comunidad de Madrid, nº 6, enero-febrero 2000, p. 4.

<sup>31</sup> Véase en este sentido, MELOS VÁZQUEZ, L., “El Derecho Procesal y las nuevas tecnologías con especial referencia a las comunicaciones procesales vía e-mail”, *XVII Jornadas iberoamericanas y XI uruguayas de derecho procesal*, Uruguay, Septiembre, 2002.

<sup>32</sup> ORTELLS RAMOS, M., “Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional”, *XVIII jornadas iberoamericanas y XI uruguayas de derecho procesal*, Uruguay, Septiembre, 2002, pp. 610-611.

b) Las nuevas tecnologías provocan, por otra parte, nuevas realidades sociales, por tanto, también nuevas realidades jurídicas y, consecuentemente, nuevas materias litigiosas sobre las que versará posteriormente la actividad arbitral.

La eficacia del proceso se presenta como una máxima necesaria para los ciudadanos quienes exigen que éste se lleve a cabo por unos medios eficientes para que sus intereses queden protegidos. Es aquí donde las nuevas tecnologías de la información, la informática y las telecomunicaciones juegan un papel importante a la hora de conseguir agilizar el proceso y con ello satisfacer el deseo de todos, que sus intereses y derechos se resuelvan en un plazo adecuado y evitar demoras innecesarias que únicamente conllevan a una paralización de las actuaciones procesales<sup>33</sup>.

La utilización de las nuevas tecnologías en el proceso presenta otras muchas ventajas como, por ejemplo, el hecho de que a través de ellas podemos acceder a la información requerida en cualquier momento, rompiendo así las barreras del tiempo y de la geografía, al mismo tiempo que podemos almacenar toda esa información, procesarla y trabajarla con una facilidad antes inimaginable. Actualmente, con un menor coste económico y en breves momentos, se puede acceder a numerosas fuentes de conocimiento, bases de datos, etc. lo que redundará, obviamente, en una mayor calidad de las resoluciones que adopten jueces o árbitros.

La Red se presenta como un medio atractivo en el ámbito de la resolución extrajudicial de controversias, especialmente en lo que al arbitraje comercial internacional se refiere, pues otorga a sus potenciales usuarios, un mecanismo privilegiado para comunicarse, intercambiar información, contribuyendo de manera extraordinaria a la agilización de la gran parte de las actuaciones

---

<sup>33</sup> Como apunta LANDONI SOSA, A., «La eficacia del proceso constituye uno de los principales desafíos que enfrenta actualmente la ciencia procesal. La sociedad reclama, en ese sentido, un acceso ágil al sistema judicial que se traduzca en el "derecho a un proceso eficaz de duración razonable". En este marco, la revolución a la que asistimos en materia de telecomunicaciones e informática, conlleva en el plano sociocultural una reformulación de los criterios que pautan las nociones de eficacia y eficiencia; lo que aplicado al proceso, lleva a considerar obsoleto - y por ende ineficiente- el modelo procesal actual, y en particular los instrumentos técnicos utilizados en materia de comunicaciones procesales, presentación de escritos, diligenciamiento de pruebas y registro de expedientes, entre otros». "Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional, con especial análisis de las cuestiones referentes a la prueba, a las medidas cautelares y a las comunicaciones procesales". XIII Jornadas iberoamericanas y XI uruguayas de derecho procesal, Uruguay, Septiembre, 2002, pp. 678 y ss.

(práctica de determinadas pruebas, notificaciones, comunicación de documentos, etc.)<sup>34</sup>.

Como dice ORTELLS RAMOS, la tramitación en forma electrónica puede estimarse especialmente idónea para ciertas clases de litigios y por causas muy diversas, tales como aquellos procesos en los que no se precisa de apreciaciones fácticas y jurídicas por parte del juez, aquellos que se originan desde las relaciones jurídicas que comportan el empleo de las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación, los referidos al comercio electrónico, o incluso los que se caracterizan por la urgencia<sup>35</sup>.

En este entorno jurídico invadido por las nuevas tecnologías, resultará imprescindible para su buen funcionamiento que se interrelacionen los protagonistas y creadores de estos dos ámbitos, es decir, los abogados e ingenieros<sup>36</sup>.

Los especialistas en tecnologías de la información y los abogados deben trabajar unidos en el desarrollo de las ODR. Para conseguir lo mejor de ambos deberá existir una estructura en la que cooperen los que estudian y redactan los borradores de leyes y quienes inventan la tecnología, pues, al fin y al cabo, los principios legales vienen guiados por las condiciones técnicas y viceversa. Juntos deben construir las ODR.

---

<sup>34</sup> Internet demuestra claramente que está dotado de un potencial extraordinario a la hora de agilizar la tramitación de los procedimientos arbitrales, dotarles de eficacia práctica y real, y facilitar el intercambio de información y documentos, lo que ha provocado en estos últimos años una acogida en los reglamentos arbitrales de ciertas instituciones que recogen la posibilidad de llevar a cabo las actuaciones a través de cualquier medio de telecomunicación.

Esta nueva alternativa, es decir, el llevar a cabo el arbitraje por medios electrónicos resulta especialmente adecuada al tratarse Internet de un medio que permite la supresión de la barrera de la distancia y aumentar la velocidad en la resolución de controversias, dos exigencias que se presentan en la sociedad actual cada vez más necesarias.

<sup>35</sup> ORTELLS RAMOS, M., "Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional...", cit., p. 635.

<sup>36</sup> La conexión entre Derecho y tecnologías de la información se estudia en dos diferentes áreas de investigación: a) en la primera de ellas, se conjuga la inteligencia artificial y el Derecho y está tecnológicamente orientada al estudio de como emplear la información tecnológica en el campo del Derecho. Estudia las oportunidades que las tecnologías de la información pueden ofrecer a la disciplina legal y, b) en la segunda, se incluyen aquellas figuras, negocios, contratos, etc. que se han visto afectados o han surgido tras el nacimiento de las nuevas tecnologías de la información, como son, la firma electrónica, los contratos electrónicos, el copyright en Internet, la protección de datos, la cibercriminalidad, etc. El campo es interdisciplinario e incluye, derecho administrativo, penal, constitucional, etc. HORNLE, J., "Alternative dispute resolution in the European Union". ODR workshop, Online Dispute Resolution: legal and technical aspects. Actas de ICAIL 2003 workshop, Reino Unido, 28 de Junio de 2003. International association for Artificial Intelligence and law.

Ejemplo que ilustra tal afirmación es el siguiente: una condición técnica para poder conocer un determinado programa de ordenador puede exigir un alto nivel de autorización o identificación, mientras que desde una perspectiva legal, este nivel puede resultar innecesario e incluso indeseable, pues, en determinadas ocasiones, únicamente aquellas partes que se puedan permitir el software necesitado para tal autorización pueden ingresar en el proceso, sin embargo, las partes con menos recursos estarán excluidas. Desde una perspectiva legal esta situación debe tratar de evitarse en virtud del principio de igualdad de las partes ante la ley. En orden a cumplir esos principios, las necesidades técnicas deberán adaptarse a las exigencias legales.

En este sentido observamos como, *“los textos legales incluyen cada vez más aspectos técnicos de forma directa o indirecta, con lo que hacer que los calificativos “seguro” y “legal” pasen de lo indeterminado a lo palpable implica la coordinación de “ingenieros y abogados”;* resultará necesario el intercambio de conocimiento entre abogados e ingenieros para armonizar el mundo de las ciencias con el mundo de las letras<sup>37</sup>.

## **B) Consideraciones generales sobre las Online Dispute Resolution**

Las tecnologías de la información, y muy especialmente Internet, han provocado el nacimiento de una serie de instituciones y procesos que posibilitan la atención a las desavenencias surgidas en este ámbito de los nuevos servicios de la sociedad de la información<sup>38</sup>. En este entorno, asistimos

---

<sup>37</sup> *«Aparte de la necesidad de mantener una comunidad fluida y coherente entre los diferentes actores, es y será necesario el intercambio de conocimiento entre abogados e ingenieros para armonizar el mundo de las ciencias con el mundo de las letras, quid pro quo, y lograr recorrer el camino del dicho al hecho, sin perderse entre montañas de especificaciones técnicas detalladas o listas interminables de cláusulas redundantes contradiciendo a la lógica»,* SAN FELIPE LOBOS, G., “De abogados a ingenieros: quid pro quo”, Revista SIC (Seguridad en informática y comunicaciones), nº 54, abril de 2003.

<sup>38</sup> La definición de servicios de la Sociedad de la Información la encontramos en Derecho comunitario en el artículo 2.a) de la Directiva 2000/31CE, relativa a determinados servicios de la Sociedad de la Información, quien nos remite a la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, que incluye cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia y mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la compresión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio. Asimismo, la Exposición de Motivos de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico 34/2002, señala: *“Se acoge, en la Ley, un concepto amplio de servicios de la sociedad de la información, que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio, las actividades de intermediación relativas a la provisión acceso a la Red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones (...) así como*

al nacimiento de los denominados mecanismos de resolución de conflictos *on line*, una nueva modalidad de ADR pero esta vez a través de Internet, es decir, por medios electrónicos: ODR (*online dispute resolution*), que estructuran y permiten resolver las controversias en la Red, si no en todas las fases del procedimiento, si en gran parte del mismo. Dos factores clave, la resolución de conflictos y las nuevas tecnologías de la información (NTICs), se combinan en una importante y nueva herramienta, en un nuevo sistema de solución de conflictos. Esta nueva herramienta se denomina ODR, y combina la eficiencia de los ADR con el poder de Internet a la hora de ahorrar dinero y tiempo y ofrecernos otras muchas ventajas<sup>39</sup>.

A pesar de ser comúnmente conocidos como ODR (*online dispute resolution*), ésta no es la terminología exacta, sino que deberían llamarse "*on line alternative dispute resolution*", es decir, añadiendo el término "*alternative*" (OADR), pues de esta manera excluimos los métodos no alternativos, como son las cibercortes, quienes han surgido y se han desarrollado por las mismas razones que lo han hecho los otros medios de solución de conflictos *on line*, es decir, para ahorrar tiempo y costes en la solución de las disputas<sup>40</sup>.

Como acabamos de mencionar, las soluciones de litigios en línea no están reservadas a la "justicia privada", el poder judicial podrá acudir a ellas. Así, los tribunales civiles en algunos países están instalando un programa que permita, por lo menos, presentar las pequeñas reclamaciones vía electrónica; tribunales, tales como el *London Money Claim Online Pilot (MCOL)*, aceptan ya actualmente, concretamente desde 2002, que se deposite la demanda en forma electrónica<sup>41</sup>. Las Cibercortes son procedimientos ante los juzgados que

---

*cualquier otro servicios que preste a petición individual de los usuarios, siempre que represente una actividad económica para el prestador*".

<sup>39</sup> RULE, C., *Online dispute resolution for business*, Jossey-Bass, San Francisco, 2002, p. 3.

<sup>40</sup> Al respecto, KAUFMANN-KOHLER, G. y SCHULTZ, T., consideran que presentar y analizar los ODR como si fueran una mera extensión del movimiento de ADR, no sería consecuente con su verdadero origen, aplicaciones y objetivos, consecuencia de ello, no existe razón alguna para excluir a las cibercortes del estudio de los ODR. La única definición comprensiva de ODR es la que se refiere a las resoluciones de conflictos que operan *on line*, resultando muy restrictivo caracterizar los ODR como simples ADR *on line*. *ODR: Challenges for contemporary justice*, cit, p. 6.

Si bien compartimos lo dicho, al ser "ODR" la denominación más común en la práctica, es la que utilizaremos a lo largo de todas estas páginas.

<sup>41</sup> Este programa se limita, por el momento, a demandas monetarias. Las partes acceden a sus servicios a través de la página siguiente: <http://www.moneyclaim.gov.uk/csmco2/index.jsp>.

se llevan a cabo enteramente en línea. Normalmente se estudian fuera de los ODR, como ocurre en el presente trabajo en el que no procedemos a su disertación, pero no debemos olvidar que las ODR son más que simplemente *ADR on line*<sup>42</sup>.

### a) Componentes de estas Online Dispute Resolution

Centrarse en el carácter *on line* de las ODR conlleva el preguntarnos cuantas actuaciones deberán llevarse a cabo en línea para considerar que nos encontramos ante una ODR; si la respuesta fuera que todas las comunicaciones del proceso deben llevarse por estos medios, la solución resultaría excesiva, ya que, por ejemplo, el arbitraje *on line* en el que únicamente el laudo se ha enviado por correo tradicional ya no sería una ODR. Entonces, si la solución es que sólo determinadas comunicaciones deben realizarse *on line*, nos preguntamos, ¿cuantas? pues hoy en día, en gran número de mediaciones y arbitrajes muchas de las comunicaciones se desarrollan *on line*, y no por ello nos encontramos ante ODRs. Resulta ardua tarea el poder definirlo, tendremos por ello que estar al caso concreto para poder hallar una respuesta, respuesta que “*a priori*” no podemos dar<sup>43</sup>. Lo que si podemos adelantar es que, por lo menos, el espíritu del ODR debe ser el llevar a cabo las principales comunicaciones y actividades procesales

---

Algo similar ocurre en el *Victorian County Court* (Australia) en donde desde agosto de 2003, se ha desarrollado un sistema elaborado gracias a las nuevas tecnologías, que permite cumplimentar las demandas por Internet, comunicarse con los juzgados vía este medio, archivar los asuntos electrónicamente, pago electrónico, etc. Información obtenida de la nota de prensa titulada “Technology reduces waiting time in Victorian County Court system”, de 11 de abril de 2004, accesible en: <http://www.citec.com.au/news/pressRelease/2005/April/eFiling.shtml>.

<sup>42</sup> Existen determinados proyectos de cibercortes, destacando dos ubicados en Asia: la primera iniciativa fue “e@dr” en Singapur y la otra en Malasia, la denominada, *International Cybercourt* que nació en 1997 pero todavía no ha llegado a implantarse y de la que tenemos muy poca información, vid. NETTO, A.N., “Malaysia: Cyber Laws Passed to Support High-Tech Dreams”, International Press Service, 4 de abril de 1997, <http://us.cryptosoft.de/snews/apr97/02049700.htm>. El Estado de Michigan también ha planeado lanzar un proyecto de cibercorte, *the Cybercourt*, con la finalidad de resolver los conflictos surgidos en aquellos negocios que excedan de 25 000 USD y en aquellos que surjan en torno a las NTICs. Dicho proyecto fue inicialmente previsto para el 2002, pero fue pospuesto por falta de fondos. Existen otros proyectos pero ninguno de ellos se encuentra en funcionamiento.

Al igual que ocurre con el arbitraje, las cibercortes se encuentran limitadas a la primera instancia, es decir, los recursos se realizar *off line*.

<sup>43</sup> Esta misma reflexión se la han planteado diversos expertos en la materia, como por ejemplo, KAUFFMAN KOHLER, G. y SCHULTZ, T., en su libro *ODR: Challenges for contemporary justice*, cit., pp. 6 y ss, quienes tampoco han llegado a una conclusión definitiva y exacta, pues no siempre todos los procesos se llevaran a cabo enteramente *on line*, ya que en la mayoría de ocasiones, el tercero neutral será quien decida en que momentos resultará beneficioso aplicar la tecnología para mejorar el proceso, y en cuales se acudirá a los medios tradicionales.

electrónicamente, acudiendo a los medios tradicionales únicamente cuando razones justificadas así lo exijan o sea conveniente para una mayor eficacia y calidad en la resolución del conflicto.

Ante la dificultad de su conceptualización, seguiremos la definición dada por la *ABA Task Force on E- Commerce and ADR*, quien proclama: «*ODR es un término amplio que abarca muchas formas de ADR, páginas webs, comunicaciones por mail, streaming media y otras tecnologías de la información, como parte del proceso de resolución de los conflictos. Las partes no se encontrarán cara a cara cuando participen en ODR, sino que se comunicarán únicamente on line*»<sup>44</sup>. Por tanto, la diferencia más destacable entre ADR y ODR la encontramos en los medios de comunicación a través de los cuales se lleva a cabo el proceso<sup>45</sup>.

## **b) Justificación de su implantación**

Las principales razones de la necesidad emergente de la implantación y desarrollo de las ODR son las que a continuación exponemos<sup>46</sup>:

a. Extraordinaria rapidez en el crecimiento del comercio y las transacciones *on line*, así como el vertiginoso desarrollo de los mercados no tradicionales (por ejemplo, las subastas *on line*).

b. Mayor conciencia de los gobiernos e instituciones internacionales sobre los problemas en las transacciones internacionales y la, cada vez más frecuente, tendencia a las ODR como solución de los conflictos que pueden surgir en este entorno.

c. Convencimiento cada vez más generalizado en conseguir ODRs a gran escala, como ya ocurre con la ICANN en los procesos de

---

<sup>44</sup> American Bar Association Task Force on E- Commerce and ADR, "Addressing Disputes in electronic Commerce. Final Report and Recommendations" en <http://www.law.washington.edu/ABA-e-ADR>, 2002, p. 1, (la traducción es mía).

<sup>45</sup> Encontramos diferentes posturas y debates que defienden la utilización de los nuevos medios de comunicación en el proceso arbitral, o por el contrario, prefieren continuar acudiendo a las ADR tradicionales, pues, por una parte encontramos la postura de quienes consideran que la comunicación escrita resulta enormemente ventajosa para el arbitraje, otorgando rapidez, eficacia y reducción de costes al proceso, mientras que al mismo tiempo, otra postura defiende que únicamente llevando el proceso a través de comunicaciones escritas, puede no percibirse la riqueza de los diálogos interpersonales de los cuales muchas negociaciones y mediaciones dependen. SOLOVAY, N. y REED, C., "The Internet and dispute resolution. Untangling the Web", Law Journal Press, Nueva York, 2003, pp. 45 y ss.

<sup>46</sup> KATSH, E., "Adding trust systems to transaction systems: the role of online dispute resolution". *Forum de Naciones Unidas: Online Dispute Resolution*, 6-7 Junio 2002, Ginebra.

resolución de conflictos de nombres de dominio, institución que ha administrado un enorme número de asuntos en los últimos años<sup>47</sup>.

d. Fabulosa aceptación por los mercados *on line* y *off line* de las ODR para resolver sus conflictos como mecanismo que genera confianza.

Dependiendo de los litigios, en unos momentos será mejor acudir a unos mecanismos de solución de conflictos que a otros, a las ODR será recomendable acudir, principalmente, cuando se trate de solventar litigios de un consumidor individual, especialmente cuando de relaciones transfronterizas se trate, en donde el litigio ha surgido en un entorno *on line* como ocurre, por ejemplo, en las controversias que surgen del comercio electrónico.

La lista siguiente, lejos de resultar exhaustiva, señala un cuadro general de los elementos necesarios para el buen funcionamiento de un sistema de ODR: acceso *multi-dossiers* al sistema, navegación estructurada de fácil manejo, espacio personal reservado a cada usuario permitiendo la organización de la documentación antes de registrarse, acceso fácil a la biblioteca de los procesos, depósito por telecarga multi-formato de la documentación electrónica, calendario cronológico de los hechos, sistema de mensajería protegida y jerarquizada, guías del usuario, listas de control, consejos y ayuda en línea, gestión integral el proceso, integración de las listas de control de acceso y protocolo de gestión anual, integración de las funcionalidades de la agenda, pago en línea, videoconferencia, fax, etc<sup>48</sup>. Las herramientas de comunicación que se utilizan en los ODR han ido variando a medida que la tecnología ha ido evolucionando, siendo el mail el instrumento que utilizaron los primeros ODR.

---

<sup>47</sup> *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.*

<sup>48</sup> BENEKHEF, K. y GELNAS F., *Le reglement en ligne des conflits, enjeux de la cyberjustice*, Romillat, Paris, 2003, pp. 155 y 156.

La tecnología juega un papel muy importante en los ODR, hasta el punto de que existen autores que han llegado a considerar que en las ODR, nos encontramos, no únicamente con tres partes en el proceso (las dos partes en conflicto, más el tercero neutral), sino con cuatro; esta cuarta parte es la tecnología con la que trabaja el árbitro. Excepto en algún ODR, como el *blind bidding*, la tecnología no reemplaza los encuentros de las partes cara a cara, pero si se puede considerar que los desplaza en el sentido de que nuevas facultades, conocimientos y estrategias se han implantado en el proceso. La tecnología juega un rol significativo, puede incluso ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo; si ésta es ineficiente es peor que no estar provistos de ella, por lo que tiene que estar bien diseñada, los árbitros o terceros neutrales deben conocerla bien, ser correctamente utilizada por el proveedor y fácilmente accesible para las partes. KATSH, E. y RIFKIN.J., *Online dispute resolution...*, cit, pp. 93-116. En este sentido, estos dos autores han llegado a afirmar, "ODR may not REPLACE face to face meetings but it may DISPLACE them in the sense that the perceived need for them may change", cit, p. 9.



Son tres las propiedades técnicas necesarias que deben concurrir en los sistemas de ODR: a) simplicidad, pues debe resultar fácil de entender y de seguir el proceso, b) adaptabilidad, el método debe estar diseñado según las necesidades de las partes y, c) interoperabilidad, debe conectar con el resto de sistemas de los comerciantes, usuarios, partes, neutrales, etc.

### **c) ODR XML**

Si se pretende que las redes de resolución de conflictos transfronterizas funcionen de modo efectivo y fiable, se han de abordar múltiples cuestiones tecnológicas, principalmente aquellas que persiguen asegurar la interoperabilidad, la independencia del sistema, el acceso multicanal y las características de confianza comprobables. Se hace necesario un lenguaje estándar de intercambio que facilite la comunicación e interacción entre los diferentes ordenadores.

Para facilitar la comunicación de datos se han desarrollado estándares de intercambio de datos, conformando el conocido "XML". El lenguaje de marcado XML (*Extensive Markup Language*) consiste en una nueva generación de lenguajes Web que ofrece la posibilidad de intercambiar información en un contexto seguro<sup>49</sup>. Este lenguaje es independiente de la plataforma en la que se pueda encontrar al poder trabajar con cualquier sistema operativo, en cualquier ordenador e incluso en teléfonos móviles; asimismo, también es independiente de la aplicación y puede integrarse en todos los sistemas de bases de datos existentes hoy en día. El lenguaje XML se configura, como ha señalado VAÑÓ VAÑÓ, como la solución al dilema del intercambio universal de información<sup>50</sup>.

Son numerosas las ventajas que otorga el lenguaje de marcado XML, pues es utilizable directamente sobre Internet, soporta una amplia variedad de aplicaciones, es legible por un humano y razonablemente claro, presenta un diseño fácil, racional y conciso, otorga diversas facilidades para la creación de

---

<sup>49</sup> MAGNUSSON SJÖBERG, C., "XML as a tool for legal validity in a security context". Actas de la conferencia: XML Europe 2002, 19 – 24 Mayo 2002, Barcelona. Vid. asimismo, MAGNUSSON SJÖBERG, C., y LUNDBLAD, N., "Making money from information standars: legal issues and cost structures in XML-related projects", Actas de la conferencia: XML Europe 2003, 5 – 8 mayo 2003, Londres.

<sup>50</sup> VAÑÓ VAÑÓ, M.J., "XML una herramienta al servicio del buen gobierno corporativo", Revista Aranzadi y Nuevas Tecnologías, nº 8, julio 2005, pp.103.

documentos, etc; por todas estas razones, hoy en día se está tratando de adaptar ese lenguaje al ámbito legal, y concretamente al de las ODR. Las dos organizaciones pioneras en la estandarización de la información legal han sido, en EEUU, Legal XML<sup>51</sup> y en Europa LEXML<sup>52</sup>, ambas tienen como objetivo asegurar la creación de estructuras de datos para el XML y coordinar el proceso de estandarización de la información legal.

El lenguaje XML es un recurso que permite a los ordenadores de los distintos ODR almacenar y transferir datos que serán legibles por cualquier sistema de ordenador. Este lenguaje deja intactos el contenido y la estructura, convirtiéndose en un factor relacionado con la creación de la seguridad. Sus características fundamentales pueden resumirse en las siguientes<sup>53</sup>: 1) su formato es público, 2) puede asegurar la elaboración de documentos válidos, 3) posee mayor capacidad para la distribución de los documentos, por ejemplo, en CD-Rom, on-line, etc., 4) contendrá directivas legales a través de un vocabulario de marcado y, 5) ofrece seguridad a los mensajes electrónicos.

En este orden de ideas, ha surgido una iniciativa europea promovida por los científicos del Centro Común de Investigación (*JRC, Joint Research Centre*) de la Comisión Europea en aras a desarrollar lo que se denomina "ODR- XML", una variante del XML que permite el intercambio de información entre los diferentes sistemas de ODR<sup>54</sup>. Posteriormente, OASIS (*Organisation for the Advancement of Structured Information Standards*), como desarrollador de Legal XML, también se dedicó a su estudio y desarrollo.

En definitiva, el *ODR-XML* puede ser definido como un sistema basado en la web para hacer posible el intercambio de los documentos entre las diferentes instituciones u organismos y las partes envueltas en un proceso de ODR de resolución de conflictos *on line*. Esta tecnología muestra la comunicación y la distribución de los documentos en una red de resolución de disputas.

---

<sup>51</sup> <http://www.legalXML.org>.

<sup>52</sup> <http://www.lexml.de>

<sup>53</sup> MAGNUSSON SJÖBERG, C., "XML as a tool for legal validity...", cit. y VAÑÓ VAÑÓ, M.J., "XML una herramienta al servicio...", cit.

<sup>54</sup> Vid. <http://econfidence.jrc.it>. El JRC ha desarrollado un programa llamado "Demonstrator", que experimenta con la interoperabilidad y transmisión de los casos usando ODR- XML. Permite archivar casos ficticios con notificaciones a las partes, oportunidades para ver el progreso del proceso y finalmente, para extraer la información relativa al caso en ODR-XML y puede encontrarse en: <http://odr.jrc.it>.

Para concluir, y en palabras de VAÑÓ VAÑÓ, debemos manifestar que la utilización de XML como herramienta para facilitar el intercambio de información estructurada puede contribuir a dotar de seguridad, junto a la firma electrónica, a todo tipo de transacciones realizadas en cualquier sector, público y privado<sup>55</sup>.

### C) Origen y evolución de las ODR

Debemos ser conscientes que el movimiento de las ODR no nació únicamente por las deficiencias que afectaron a la Justicia estática, temerosa de nuevos avances y colapsada, sino también, por las deficiencias de todo aquellos métodos de resolución de conflictos *off line*, por ello, no debemos olvidar que las ODR son una reacción a las coacciones al mundo *off line* y no únicamente a los Tribunales<sup>56</sup>.

Una de las primeras experiencias en la materia, fue la llevada a cabo por el *Cybertribunal* (ahora *e-resolution*), creado por el *Centre de Reserche en Droit Public (CRDP)* de la Universidad de Montreal. Este proyecto, lanzado en 1996, tenía por objetivo ofrecer a los consumidores servicios de mediación y arbitraje enteramente en línea para resolver los conflictos de los cibervendedores, pero sus actividades finalizaron en diciembre de 1999. Las experiencias del *Cybertribunal* y de *e-resolution*, confirmaron la factibilidad y utilidad al recurso de las tecnologías de la información y de la comunicación en un clima de confianza en Internet gracias a los mecanismos electrónicos de solución de conflictos.

Pero fue en enero del año 2000 cuando por primera vez en la historia, litigantes situados en las cuatro esquinas del mundo resolvieron totalmente en línea su litigio de carácter internacional, sin encontrarse cara a cara, sino simplemente mediante el intercambio de documentos y actuando bajo el control de un árbitro nombrado por una institución situada en un país tercero. Nos referimos a los conflictos de nombres de dominio, arbitrados bajo los principios

---

<sup>55</sup> Junta a tal ventaja, XML contribuirá, al igual que la firma electrónica, a dar validez y a ser útil a efectos de prueba dentro de la Administración de Justicia. De tal forma que cuando se presente a prueba un documento electrónico en virtud del artículo 299.2 LEC, XML dotará de seguridad y fiabilidad a tal documento. VAÑÓ VAÑÓ, M.J., "XML una herramienta al servicio...", cit, p. 115.

<sup>56</sup> KAUFMANN-KOHLER., G y SCHULTZ, T., *ODR: Challenges for contemporary justice*, cit, p. 131.

directores y reglas de aplicación de la ICANN y administradas por la OMPI, quien el 14 de enero de 2002, resolvió el primer caso de registro abusivo de un nombre de dominio en Internet y exigió que el titular del registro <worldwrestlingfederation.com>, un residente de California que había registrado en Melbourne dicho nombre de dominio, lo cediera a su legítimo propietario y demandante, la World Wrestling Federation (WWF) con sede en EE.UU.<sup>57</sup>. Esta institución fue el primer organismo que ofreció un servicio totalmente en línea de solución de conflictos de nombres de dominio. Ha sido pues, en el contexto privado (el de los nombres de dominio) en el que la ciberjusticia se ha desarrollado por primera vez.

Determinadas ODR han ofrecido sus servicios gratuitos, normalmente durante sus proyectos pilotos, y en la mayoría de ocasiones bajo el soporte de determinadas becas universitarias, como ocurrió en los casos del *Cybertribunal*, *Online Ombuds* y *Virtual Magistrate*, pero con el tiempo han debido cesar su gratuidad para poder continuar funcionando.

En cuanto a su origen, debemos señalar que las ODR empezaron utilizándose como la administración de las ADR, o incluso como una ramificación de éstas; surgieron la mayoría en EEUU, expandiéndose más tarde por Europa y Asia. En la actualidad ya no podemos afirmar que sean un mero renacimiento de las ADR, sino que envuelven nuevas formas de resolución de conflictos vía utilización de la Red.

Son diferentes las etapas que han caracterizado la evolución de las ODR y brevemente podemos resumirlas en las cuatro siguientes<sup>58</sup>:

1) La primera de las etapas es la que transcurre con anterioridad a 1995. Los esfuerzos pioneros de mitad de los noventa fueron los primeros pasos, se trata de un periodo en el que comienzan a surgir las disputas en el ciberespacio y se solucionan informalmente y en determinados contextos, pero no existe un gran número de conflictos y las instituciones aún no están organizadas, siendo

---

<sup>57</sup> Información extraída de la Revista de la OMPI, Ginebra, febrero 2000, p. 2.

<sup>58</sup> HORNE, J., clasificó las etapas por las que han pasado los ODR en tres: 1) la denominada, "hobbyst", aquella en la que los entusiastas individuales empiezan a trabajar *on line*, 2) la fase "experimental", en la que se empiezan a fundar programas pilotos y por último, 3) la etapa "empresarial", en la que muchas organizaciones privadas fundan ODR. "Online Dispute Resolution: legal and technical aspects", cit.

las disputas más usuales aquellas que concernían al uso de falsas identidades en la Red<sup>59</sup>.

2) El segundo periodo comprende los años 1995 a 1998, en los que comienza a reconocerse que la Red necesita mecanismos de solución de controversias *on line*. A mediados de los noventa, los conflictos entre ISP (proveedores de servicios) comenzaron a aparecer, y es a finales de 1995 cuando aparece *Virtual Magistrate* (arbitraje *on line*), ODR cuyo principal objetivo consistía en resolver este tipo de conflictos pero, a partir de ese momento, enteramente *on line*.

Surgieron así en 1996 las primeras ODR con el lanzamiento de tres proyectos experimentales fundados y administrados por instituciones académicas, gubernamentales y asociaciones sin ánimo de lucro; *The National Conference of Automated Information Research (NCAIR)* junto a otras organizaciones instruyó estos tres proyectos pilotos: *Virtual Magistrate*, *Mediate-Net (the online mediation project)*<sup>60</sup> y *Online Ombuds Office*<sup>61</sup>, siendo éste último el único que opera hoy en día. Las lecciones aprendidas por los éxitos y fracasos de estos programas pilotos han nutrido las bases de las ODR de hoy y del futuro<sup>62</sup>.

Se trataba de un periodo en el que aún no eran numerosos los usuarios de la Red y el comercio electrónico todavía no se había implantado, pero ya empezaron a explorarse las primeras ideas y tomas en contacto sobre las ODR. Sin embargo, consistió en un periodo limitado por su carácter experimental y por desarrollarse dentro de un contexto universitario. La validez del concepto de ODR ya estaba demostrada, resultaba necesario ahora que los profesionales del Derecho actuaran y pudieran desarrollar estos proyectos dentro de un contexto jurídico más formal.

---

<sup>59</sup> Internet tiene 35 años de historia, pero no fue hasta principios de los años 90 que las disputas *on line* comenzaron a llamar la atención.

<sup>60</sup> NCAIR y la Universidad de *Maryland Law School* lanzaron este proyecto, también conocido como *Media-net*, que operaba a través del programa de la Universidad para la resolución de conflictos y el *Centre for Online Mediation & Trade, Inc.* Fue diseñado como una fuente de información *on line* y un servicio de mediación, pero tuvo que cerrar porque no atrajo muchos casos.

<sup>61</sup> Fundado por NCAIR junto con el *Cyberspace Law Institute* y el *Center for Information Technology and dispute Resolution* de la Universidad de Massachusetts de Amherst, dirigida por los profesores Ethan Katsh y Janet Rifkin.

<sup>62</sup> SOLOVAY, N. y REED, C., "The Internet and dispute resolution. Untangling the Web", cit., p. II-02.

3) La siguiente etapa fue la transcurrida desde 1998 hasta 2000, en donde realmente comenzó a emerger la industria de las ODR, pues empezaron a ser reconocidas y valoradas por determinados intereses políticos y comerciales. En 1999 existían ya más de trescientos organismos tradicionales de ADR en la Comunidad Europea. Es el periodo que menos ha durado, a diferencia del cuarto que es el más largo.

4) Finalmente llegamos a la última etapa, que es aquella que acontece a partir del 2000 y en la que las ODR han ido creciendo sin cesar. Contamos hoy en día con un gran número de organismos que tiene la vocación de estudiar, promover y sensibilizar el recurso a las ODR, apareciendo a finales del 2001, numerosos sitios Web que ofrecen sus servicios en línea de resolución de conflictos.

Una de las ODR de mayor éxito ha sido el organismo *Square Trade*, radicado en San Francisco, USA, quien en marzo de 2000 firmó un convenio con [www.eBay.com](http://www.eBay.com), web dedicada a las subastas de todo tipo de artículos, por el cual esta última deriva los conflictos entre compradores y vendedores a la intervención de *Square Trade*, que ofrece un proceso gradual de negociación primero, y posteriormente uno de mediación en línea. Este sistema ha permitido resolver más de 100.000 disputas hasta el momento<sup>63</sup>.

Cada vez son superiores los deseos de acudir a las ODR y el consenso sobre las ventajas que éstas ofrecen en comparación con el sistema judicial, cada día menos accesible por razón de sus plazos y costes que no cesan de aumentar. La negociación, mediación y el arbitraje tendrán ahora que demostrar la flexibilidad, rapidez, facilidad y economía que han justificado su existencia y éxito. Resulta primordial adaptar estas instituciones a los medios electrónicos pues constituyen un terreno particularmente fértil para la resolución de conflictos en el entorno cibernauta.

#### **D) Las ODR en la actualidad**

Como señalan KAUFFMAN KOHLER y SCHULTZ, si consideramos el desarrollo que han experimentado las ODR desde sus primeras experiencias y valoramos el reconocimiento que han ido adquiriendo, parece obvio que las ODR han

---

<sup>63</sup> BENEKHEF, K. y GELNAS, F., "*Le règlement en ligne des conflits...*", cit, p. 126. *Square Trade* se ha convertido en el proveedor de ODR más grande del mundo.

dejado atrás su infancia y han llegado a su juventud, sin embargo, aún debemos esperar a que alcancen su adolescencia y este tipo de solución de conflictos se integre en la sociedad, para ello, habrá antes que resolver un gran número de incertidumbres<sup>64</sup>.

Actualmente se encuentran en Internet versiones *on line* de estos mecanismos perfectamente desarrollados, que siguen habitualmente un mismo procedimiento, por el cual la forma de iniciación de éste se basa en la cumplimentación y envío por correo electrónico de un formulario *on line* confidencial, con los datos requeridos, describiendo la controversia, identificando a las partes, etc. El proveedor establecerá un contacto con la contraparte, a quien invitará a participar en el procedimiento de que se trate (mediación, arbitraje, etc.). Si éste acepta, las partes se involucrarán en el procedimiento escogido, (previo acuerdo normalmente de las reglas procedimentales y aspectos diferentes del arbitraje) y procurarán la resolución del conflicto de una forma rápida y menos formal que los procedimientos judiciales.

En el ordenador se registrará el inicio, el desarrollo de la andadura procesal así como el desenlace de toda cuestión litigiosa, intercomunicándose las partes a través de la Red, sin precisar ya de su materialización escrita en soporte papel que ha sido el mecanismo imperante hasta el momento.

En determinadas ocasiones las ODR no solamente facilitan el acceso a la Justicia, sino que nos atrevemos a decir que incluso se presentan como el único medio de acceder a ella cuando una de las partes se encuentra en un Estado diferente y el valor del litigio no es extremadamente cuantioso, pues el acudir a los tribunales o bien a otros medios de solución de conflictos *off line*, resultaría excesivamente costoso en comparación con el derecho lesionado o la cuantía litigiosa en juego<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> KAUFFMAN KOHLER, G. y SCHULTZ, T., *ODR: Challenges for contemporary justice*, cit, p. 139.

<sup>65</sup> SHULTZ, T., "An essay on the role of government for ODR. Theoretical considerations about the future ODR", *ADROnline Monthly*, Agosto 2003, accessible en <http://www.ombuds.org/center/adr2003-8-Schultz.doc>, (fecha de consulta: 13/02/2006).

Prueba de ello se observa en dos informes llevados a cabo por la Comisión Europea en 1996 y 1998 que reflejan el comportamiento de un consumidor medio, quien no comenzará una acción ante los juzgados contra otra parte extranjera, a no ser que esté en juego una cantidad de por lo menos 2000 euros. Vid. VON FREYHOLD, H., GESSNER, V., VIAL, E.L. y WAGNER, H., *The cost of judicial Barriers for consumer in the single market*, Informe de la Comisión Europea, DG Consumer Policy and Consumer Health Protection, Bruselas, 1996 y, FELDTMANN, B., VON

El desarrollo del comercio *on line* ha provocado un sinnúmero de transacciones de escaso valor monetario que justifican el desarrollo de los sistemas de mediación y arbitraje en línea, al contribuir al número de disputas por resolver<sup>66</sup>. Con base en todo ello, las disputas de los consumidores han sido la principal área de actividad para las ODR por razón de la inminente necesidad de incrementar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico. La gran mayoría de las ODR han focalizado sus disputas en los consumidores (ejemplo de ello lo observamos en el gran número de proveedores de ODR que se han especializado en este campo como son, entre otros, *Bbonline*, *Ecodir*, *Web tarter*, *Online confidence*, etc.). Siendo las Webs que de mayor éxito han gozado, las siguientes: *Square trade*, *Cybersettle*, *ClickNsettle*, y *Courthouse*.

Las ODRs son importantes por lo que son y hacen, pero también por lo que simbolizan. Gracias a ellas, la confianza de los consumidores o internautas se incrementa al entender que, en caso de litigio, éste podrá ser resuelto y, por tanto, aumenta también la participación en el mundo de la Red. Es por ello que las ODR están recibiendo una atención considerable de instituciones públicas y privadas tanto nacionales como internacionales<sup>67</sup>.

En esta línea, la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular del comercio electrónico en el mercado interior, (Directiva sobre comercio electrónico), en su artículo 17, otorga a los Estados Miembros la misión de establecer medios extrajudiciales de solución de conflictos eficaces que permitan adoptar, rápida y eficazmente las medidas necesarias dirigidas a solucionar los conflictos que de estas nuevas técnicas

---

FREYHOLD, H. y VIAL, E. L., "*The cost of legal obstacles to the disadvantage of the consumers in the single Market*", Informe de la Comisión Europea, DG Consumer Policy and consumer Health Protection, Bruselas, Junio, 1998, p.1. [http://europa.eu.int/comm/dgs/health\\_consumer/library/pub/pub03.pdf](http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/pub/pub03.pdf), (fecha de consulta: 12/02/2006).

<sup>66</sup> Los litigios que surgen en el comercio electrónico cada día son más frecuentes, el creciente volumen de transacciones realizadas en la economía digital provoca la necesidad de una justicia más ágil, por lo que no cabe duda que la administración de justicia deberá otorgar un espacio cada vez más amplio a las ODR.

<sup>67</sup> KATSH, E., "Adding trust systems to transaction systems... ", cit.

Los modos alternativos de resolución de conflictos en línea aspiran a ser un instrumento de regulación del mercado. La multiplicación de los litigios transfronterizos de consumo participa en la modificación de su naturaleza. La eficacia económica del arbitraje y de la mediación en línea puede contribuir a la efectividad de los derechos subjetivos del internauta consumidor. Vid. CACHARD, O., "La régulation internationale du marché électronique", *Bibliothèque de droit privé*, tomo 365, Paris, 2002, p. 329.



requieren. Para que el lenguaje de los árbitros sea el mismo que el utilizado en la transacción electrónica, la Directiva propone que la solución de dichas controversias pueda llevarse a cabo a través de vías electrónicas.

Existen numerosas organizaciones en el mundo que realizan la misión de potenciar las ADR/ODR. Dos de las más importantes son, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París fundada en 1919<sup>68</sup> y, la *American Arbitration Association* (AAA) fundada en 1926. Ambas han comenzado a utilizar Internet o las NTIC para promover sus servicios, incluso, la búsqueda del tercero neutral se puede realizar vía Internet<sup>69</sup>.

Determinadas fundaciones han empezado a apoyar el crecimiento de las ODR, y organizaciones como el *National Institute for Dispute Resolution* (NIDR), *The Society for Professionals in Dispute Resolution* (SPIDR), y *The National Association for Mediation in Education* (NAME), así como Naciones Unidas, han considerado los beneficios y el papel de las nacientes ODR, jugando un papel muy importante patrocinando su investigación. En Europa ya son numerosas las instituciones que promueven la solución de los conflictos comerciales a través de la mediación y el arbitraje<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Vid. KUNER, C., "Current ICC activities in the area of e-commerce", Suplemento electrónico de *Vindobona journal of international commercial law and arbitration*, nº 6, 2002, en: [http://www.maa.net/vindobonajournal/vj\\_documents/vj\\_6\\_2\\_e\\_supplement\\_kuner.pdf](http://www.maa.net/vindobonajournal/vj_documents/vj_6_2_e_supplement_kuner.pdf), (fecha de consulta: 14/2/2006).

<sup>69</sup> A nivel internacional son múltiples las actividades relacionadas con las ODR que se están lanzando, como por ejemplo, la declaración conjunta de la Unión Europea y los EEUU que animó al establecimiento de un diálogo más intenso entre la esfera pública y la privada con el objetivo de fijar un cuadro jurídico y comercial para Internet. "Statement of the European Union and The United States on building consumer confidence in e-commerce and the role of alternative dispute resolution", 5 de diciembre 1997.

Debemos reconocer el papel llevado a cabo por la OECD (*Organization for Economic Co-operation and Development*), organización internacional que participa en el desarrollo del comercio electrónico, así como en el de las ODR, participación que viene influenciada por su implicación en las políticas de consumidores y que ha concluido diferentes documentos de especial importancia para la protección de los consumidores, como las "*Guidelines for Consumer Protection in the context of Electronic Commerce*" de 1999.

<sup>70</sup> Las iniciativas a nivel europeo más importantes han sido, entre otras: EEJ- Net, FIN-Net, *Eurochambres* y *e Europe*. Además de las directivas e iniciativas de la Unión Europea que han surgido en los últimos diez años, debemos subrayar el desarrollo de "*The Joint Research Center*" (JRC), Directorio General de la Comisión europea que provee consejos científicos, el Libro Verde, y las Recomendaciones 98/257/EC y 2001/310/EC relativas a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. Draft recommendation on ODR, United Nations Centre for Trade Facilitation and Electronic Business (UN/CEFACT). Forum de Naciones Unidas, Ginebra, 6-7 junio.

Entre las organizaciones activas en el área de la solución de conflictos que han ayudado al desarrollo de los ODR, no debemos olvidar a las organizaciones empresariales: *The Alliance for Global Business*, *Global Business Dialogue on electronic commerce* ni a las organizaciones

Así pues, el recurso a medios alternativos de resolución de conflictos en línea, en especial, el arbitraje, es hoy en día una realidad en prácticamente todos los países. Actualmente son alrededor de setenta las webs que ofrecen servicios de solución de controversias *on line* (ODR). Sin embargo, lo que más llama la atención al observar la actividad que estos sitios llevan a cabo es el clima de estabilidad que impera. Nuevas instituciones nacen casi todos los días, mientras que otras desaparecen por razón de quiebras, cese de actividades, etc. Dicha inestabilidad es común en el mundo cibernético donde lo efímero está a la orden del día y está estrechamente ligada al carácter todavía experimental del proceso de las ODR<sup>71</sup>.

Además, las ODR no son un recurso al que acudan las partes nada habitual en nuestro país; son diferentes las razones que avalan tal afirmación, las más obvias son: el desconocimiento de su existencia, la no creencia en sus ventajas y el hecho de que los consumidores que han sido defraudados *on line* pierden su confianza en Internet, por tanto, también en las ODR; no confían en ellos por las mismas razones por las que no confían en el comercio electrónico o en el entorno *on line*. Con base en ello, para conseguir su desarrollo, lo primero que hay que realizar es informar a las potenciales partes de su existencia y ventajas, la gente tiene que saber que existen, cómo funcionan, si pueden confiar en ellos, a qué proveedores deben acudir, etc. Incluso podemos ir más lejos y afirmar que debería tratarse de integrar a las ODR en el curso regular del comercio electrónico y que hagan parte de la cadena de eventos de los contratos electrónicos<sup>72</sup>.

### **3) Diferentes sistemas de ADR y ODR**

Muy diversas son las modalidades de resolución extrajudicial de conflictos que integran los conceptos de ADR y de ODR, entre ellas destacamos las siguientes, por ser las más comunes:

---

de consumidores, tales como, *Transatlantic consumer Dialogue*, *Consumers International*, *European Consumers' Organization*.

<sup>71</sup> KAUFFMANN-KOHLER, G., "La resolución de los litigios en línea- perspectivas y retos del contencioso internacional contemporáneo", *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, nº 4, 2003, p. 1. Al igual que ocurre en el terreno del comercio electrónico, existe un gran número de proveedores de ODR que comienzan y cesan sus actividades a un ritmo vertiginoso.

<sup>72</sup> KAUFFMAN KOHLER, G. y SCHULTZ, T., *ODR: Challenges for contemporary justice*, cit, p. 132.

## A) Negociación

La negociación es una modalidad de solución de conflictos alternativa a la vía judicial y autocompositiva que ha existido siempre, consistiendo en un mecanismo a partir del cual los sujetos, tan solo ellos, sin la necesaria intervención de un tercero, tratan bien de evitar la aparición del conflicto (negociaciones pre-conflictuales) como resolverlo (post-conflictual), mediante el intento de comunicarse entre sí, exponiendo cada uno de ellos su razonamientos, beneficios, etc. pero siendo conscientes de que en alguna medida tendrán que ceder o renunciar a algunos de sus derechos para alcanzar la solución común.

Se requiere para que exista una verdadera negociación que *«existan un mínimo de intereses comunes o complementarios entre los adversarios, la existencia de una motivación por ambas partes para llegar a un acuerdo así como la existencia de un equilibrio de fuerzas que no sea demasiado desigual»*<sup>73</sup>.

Nos encontramos con dos versiones de negociación en la Red<sup>74</sup>: la negociación automatizada y la negociación asistida. En la primera de ellas, las partes son asistidas por un ordenador para llegar a un acuerdo, es el ordenador aquí quien encuentra la solución al conflicto y, consiste en un procedimiento “a ciegas” o “*blind bidding*” en el que cada una de las partes propone una oferta por la que estarían dispuestos a resolver la controversia, desconociendo la de la parte adversa, pues éstas no son, en principio, comunicadas a la otra parte<sup>75</sup>. Si las ofertas se sitúan dentro de cierta gama predeterminada, el ordenador calculará la media de las ofertas y el conflicto finalizará con una transacción por la suma media resultante, mientras que si las ofertas se encuentran fuera de la zona definida, no podrá producirse dicha negociación y no se revelará al contrario las cantidades ofrecidas. Dicha opción se limita a aquellos conflictos

---

<sup>73</sup> BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos*, cit., p. 54.

<sup>74</sup> Vid. KAUFFMANN-KOHLER, G., “La resolución de los litigios en línea...”, cit.

<sup>75</sup> *The Claim Room* es el único proveedor de ODR que permite a las partes el conocimiento recíproco de las ofertas.

en los que lo único que está en juego es la determinación de la cuantía de un pago debido<sup>76</sup>.

La negociación asistida resulta de mayor complejidad y consiste en que el sitio web ofrece a disposición de las partes una plataforma de comunicación web, junto a determinados pasos y consejos a seguir para las transacciones, pero sin intervención humana alguna y permite todo tipo de modalidades transaccionales no necesariamente limitadas a un pago<sup>77</sup>.

Como hemos visto, la negociación no implica la intervención de un tercero y las partes pueden generalmente abandonar el proceso en cualquier etapa. Adquiere una nueva importancia en la era del comercio electrónico por diversas razones: a) se facilita por los medios rápidos de comunicación hoy puestos a su disposición, gracias a los cuales las partes no tienen que desplazarse para intentar llegar a un acuerdo, b) el fenómeno llamado "perdida de confianza" en la solución de los conflictos ante la justicia ordinaria, ligado a las dificultades jurídicas del comercio transfronterizo, aumenta el interés que las partes pueden encontrar en las soluciones alternativas a los tribunales y, c) las herramientas tecnológicas que las partes del litigio tienen a su disposición abren nuevas

---

<sup>76</sup> Se llama *Blind Bidding* porque todas las ofertas son confidenciales. El *Blind bidding* ilustra el potencial de las herramientas tecnológicas cuando se trata de adjuntar a la negociación un elemento tercero (aquí una caja de recepción inteligente para las ofertas hechas por las partes) favoreciendo el encuentro de voluntades. Puede resultar de ayuda en determinadas ocasiones, en otras será más deseable ofrecerla como una opción antes de empezar otro proceso más duro. Ejemplo de este ODR lo hallamos en el tablón dinámico de las ofertas y contraofertas propuestas por el sistema ECODIR; el programa de negociación de ECODIR organiza la correspondencia jurídicamente pertinente de las partes en negociación de manera que las ofertas y contraofertas pueden dar lugar a un entendimiento más rápidamente posible. Otra vez, el programa informático tiene el papel de elemento estructurante favoreciendo el encuentro de voluntades. Hasta el momento el *Blind bidding* se ha empleado exclusivamente en quejas contra compañías aseguradoras.

La negociación automática ha tenido un éxito considerable, ya que se someten a este sistema cerca de 3.000 litigios al mes. BONNET, V., BOUDAUD, K., GAGNEBIN, M., HARMS J. y SCHULTZ, T., "Online Dispute Resolution Systems as Web Services", *ICFAI Journal of Alternative Dispute Resolution* n° 57, 3 de Julio de 2004.

Dos de los proveedores de ODR más conocidos en este tipo de negociación son, *Cybersettle* (<http://www.cybersettle.com>), constituida en 1996 en Nueva York y puesta en la Red en 1998 que está orientada a la negociación de reclamaciones en materia de seguros, y *Clicknsettle* (<http://www.clicknsettle.com>), cuya sede se encuentra en Nueva York y está concretamente enfocada a la negociación sobre conflictos bancarios, servicios a distancia y seguros; ofrece, además, servicios de arbitraje y mediación en todas las áreas del derecho. Existen muchas otras ODR dedicadas a la negociación tales como: *Settle online* (US) (<http://www.settleonline.com>), *WebMediate* (<http://www.webmediate.com>), etc.

<sup>77</sup> La negociación asistida ha resultado extremadamente exitosa, son unos veinte los proveedores de tales servicios y alrededor de 20.000 los conflictos resueltos cada mes. BONNET, V., BOUDAUD, K., GAGNEBIN, M., HARMS J. y SCHULTZ, T., "Online Dispute Resolution Systems as Web Services", cit.

Como proveedores de negociación asistida destacamos a: *Resolution Forum* ubicada en EEUU (<http://www.resolutionforum.org>) y *Online Confidence* en Bélgica (<http://www.onlineconfidence.org>).

perspectivas gracias a mecanismos de asistencia a la negociación que provocan que en muchas ocasiones no se tenga la necesidad de recurrir a la intervención de un tercero<sup>78</sup>.

## B) Mediación

La mediación es un sistema amistoso y pacífico de resolución de conflictos, en el que las partes son quienes tienen todo el poder de negociación y quienes deciden qué normas aplicar y en el cual, un tercero neutral, el mediador, actúa como facilitador de la comunicación entre las partes para la resolución del litigio.

Para su éxito es requisito necesario la buena fe de las dos partes<sup>79</sup>. La mediación nunca falla, puesto que se dedica únicamente a delimitar la controversia, pudiendo las partes en cualquier momento ponerle fin. Es un procedimiento en el que las partes se comportan como colaboradoras y no como adversarias, con un problema común y un deseo de solución común<sup>80</sup>.

En el ordenamiento de nuestro país la mediación ha sido un recurso pocas veces utilizado, si bien, la experiencia ha demostrado que resulta la vía idónea para resolver los conflictos que surgen en los entornos familiares, *«quizás porque en muchas ocasiones no se trata de resolver cuanto a limar, suavizar o incluso evitar la aparición del verdadero conflicto jurídico»*<sup>81</sup>.

Este medio de solución de conflictos se presenta como un mecanismo muy adecuado para el entorno virtual por su falta de formalismo o rigidez, aspectos que en la Red son muy valiosos, así como por la libertad y posibilidad

---

<sup>78</sup> BENEKHEF, K. y GELNAS, F., *Le règlement en ligne des conflits*, cit., pp. 72 y ss.

<sup>79</sup> El llegar a la mediación depende en todo momento de la voluntad de las partes en el litigio. Sin embargo, no podemos, en modo alguno, afirmar que el acuerdo al que lleguen las partes posea el mismo valor jurídico que una sentencia, pues la resolución del mediador no es título ejecutivo ni ostenta fuerza de cosa juzgada; en caso de éxito de la mediación entre las partes en la conclusión de una transacción, la exigencia de un documento escrito a título probatorio resultará necesario, y si ésta se lleva a cabo en línea, la transacción se hará probablemente por la misma vía.

<sup>80</sup> MARTINEZ GARCÍA, E., "La tutela de la transmisión digital de obras: ¿jurisdicción, arbitraje y mediación on line o el procedimiento administrativo de impugnación de nombres de dominio?", en AAVV, (coord. DAVARA RODRIGUEZ, M.), *Quince años de encuentro sobre Informática y Derecho*, Tomo II. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002, p. 777.

<sup>81</sup> BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos*, cit., pp.176 y ss.

del mediador de adoptar soluciones más creativas y adaptadas al caso concreto en atención a las necesidades y deseos de las partes<sup>82</sup>.

La comunicación entre las partes no debe hacerse necesariamente a través de un encuentro físico sino que puede, igualmente, realizarse por el intercambio de correos electrónicos, por la creación de una sesión electrónica, etc.; esta ausencia de formalismo deja la puerta abierta a la introducción del mecanismo de la mediación por vía electrónica que, en general, se conforma de un foro de discusión electrónico ("*chat room*") para las reuniones plenarios entre el mediador y las partes y otro "*chat room*" para las reuniones entre el mediador y una sola de las partes (denominado "*caucus*") y un sitio para introducir y conservar los documentos necesarios<sup>83</sup>.

La mediación en el entorno virtual disfruta de numerosas ventajas como pueden ser: *«la reducción de la hostilidad emocional entre las partes que pueden elegir el momento en el que quieren intervenir o responder, la facilidad para establecer un registro completo de las argumentaciones y las posibilidades de acceso a la información jurídica relevante»*<sup>84</sup>.

En el Informe Final sobre el proceso de la OMPI relativo a los nombres de dominio de Internet de 30 de abril de 1999, se recomienda la mediación *on line* para aquellos litigios que se refieran a nombres de dominio que impliquen "cuestiones jurídicas intangibles", como son los casos en que dos personas en diferentes países poseen la misma marca registrada y, por tanto, el deseo de obtener el mismo nombre de dominio; en estos casos la mediación se presenta como medio idóneo para resolver la controversia, facilitando negociaciones que

---

<sup>82</sup> Como ejemplo de solución creativa que pueden adoptar los mediadores podemos aportar la siguiente: imaginémos una controversia que consiste en que un individuo se ha comprado un producto, por ejemplo, un móvil por Internet, y el producto llega al domicilio del consumidor de manera defectuosa. El juez trataría de acordar la devolución del precio pagado por el producto defectuoso, sin embargo, en el supuesto de encontrarnos ante una mediación, sería probable que el mediador, teniendo en cuenta los derechos de las partes, explorara junto a ellas una solución de intercambio más ventajosa para ambas, como por ejemplo podría ser el devolver, en vez del dinero, un producto mejor y más caro que el defectuoso (es decir, un móvil de una generación más avanzada y mucho más moderno), lo que resultará menos costoso para la empresa así como más satisfactorio para el consumidor.

<sup>83</sup> Vid. DE LOCHT, P., "Les modes de règlement extrajudiciaires des litiges" en, *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et proposition de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*, (coord. MONTERO, E.), Cahiers du centre de recherches informatique et droit, n° 19, Bruselas, Bruylant, 2001, pp. 327- 362.

<sup>84</sup> DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado en Internet*, cit., p. 427.

pueden concluir en soluciones creativas que satisfagan los intereses comerciales de ambas partes<sup>85</sup>.

Sin embargo, a pesar de todo ello, no debemos olvidar que en ocasiones las partes no desearán acudir a este medio *on line*, pues en la mayoría de mediaciones, el elemento humano, la confianza que las partes otorgan a la figura del mediador es decisiva, y no puede ser sustituida por medios electrónicos; por lo que acudir a este método de solución de conflictos vía electrónica no siempre resultará aconsejable, existen supuestos, en los que incluso perdería toda su eficacia y sentido, como ocurre en la mediación familiar. Por tanto, considero que la mediación en el entorno electrónico deberá limitarse a aquellos supuestos en los que la figura del mediador no resulte tan esencial para las partes y simplemente se limite a resolver conflictos tangibles y de poca envergadura emocional como pueden ser los conflictos en el ámbito del consumo, la propiedad intelectual, comercio electrónico, etc.

La mediación es más común que el arbitraje en la Red, una de las principales razones de ello es que la participación en la mediación envuelve, en la mayoría de ocasiones, pequeños riesgos, por lo que contar con la parte adversaria es normalmente más fácil. El riesgo es menor porque ambas partes deben ponerse de acuerdo a la hora de tomar una solución, obteniendo como ventajas, una mayor flexibilidad (la solución corresponderá a las necesidades de la partes) y relaciones más estrechas (es menos adversaria, menos hostil, y más fácil de llegar a una solución, lo que permite que las partes vuelvan a relacionarse o incluso a trabajar juntas en un futuro); requiere que las partes lleguen a un resultado común, por lo que cuando éstas lo alcanzan, en vez de serle impuesto, resultará más probable que lo cumplan voluntariamente<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red...*, cit., p. 233.

<sup>86</sup> KATSH, E. y RIFKIN, J., *Online dispute resolution. Resolving conflicts in cyberspace*, cit, p. 106. Además, si no lo cumplen, existen diferentes mecanismos en la Red que posteriormente podrán llegar a afectar a su reputación (por ejemplo en *e-bay*, gran parte de los negocios que se llevan a cabo, se basan en la reputación). A través de los mecanismos reputacionales se otorga, en cierta medida, una determinada seguridad a las transacciones. Ejemplo de tales mecanismos presentes en la Red, lo hallamos en las plataformas virtuales de opiniones, destacando entre ellas, las empresas alemanas "dooyoo.com" y "ciao.com", quienes han creado un foro virtual en el que los usuarios evalúan los productos que se adquieren en Internet, dando su opinión sobre las tiendas que venden tales productos, pudiéndose acceder a tal información con facilidad, información que servirá de referencia a los consumidores y usuarios cuando procedan a realizar sus compras. Información extraída del artículo "Palabra de consumidor", publicado en la sección "Negocios" del diario El País, domingo 4 de junio de 2000.

La mediación no es coercitiva, lo que podría llegar a verse como un problema, pero la experiencia ha demostrado que muchos usuarios de la Red lo consideran una virtud, de ahí el mayor éxito por ejemplo de "*Online mediator*" (mediación *online*) que el de "*Virtual Magistrate*" (arbitraje *on line*).

La mediación parece ser mejor aceptada en EEUU que en otros países, pues se ha dado lo que podríamos llamar una "explosión" de la mediación en este país. En Europa nos encontramos con algunos años de retraso en cuanto a su aceptación, lo que puede resultar una barrera a la mediación *on line* para los conflictos del comercio internacional, pero poco a poco se va implantando, principalmente por el rápido incremento de las transacciones transnacionales; ejemplo de ello lo observamos en la aparición de la Red Eje y en la mediación que empieza a ofrecer la CCI<sup>87</sup>.

### C) Conciliación

Otra modalidad de medios de resolución extrajudicial de conflictos jurídicos es la conciliación, vía autocompositiva en la que se pretende aproximar a las partes en conflicto con el objetivo de conseguir un acuerdo, pero sin imponerles obligación alguna. En ella el tercero, es decir, el conciliador, más o menos activo tiende a favorecer el diálogo entre las partes que, a través de él, se relacionan. Es por ello que en la conciliación las partes no están obligadas a aceptar el acuerdo propuesto por el conciliador, y la resolución no constituye título ejecutivo, pues el conciliador asume una actitud más pasiva<sup>88</sup>.

Tanto en la conciliación como en la mediación se trata de conseguir una solución no heterocompositiva, que implique el cumplimiento de la misma por

---

<sup>87</sup> En Internet hay distintos proveedores de mediación *on line*, el más importante de todos ellos en cuanto al volumen de casos que gestiona es *Square Trade* (<http://www.squaretrade.com>). Otros proveedores de mediación son: *Mediate.com* (<http://www.mediate.com>), *Online Mediators* (<http://www.onlinemediators.com>), *The Claim room* (<http://www.theclaimroom.com>) *Iris mediation* (<http://www.iris.sgdg.org/mediation>), *e-mediation* (<http://www.e-mediation.nl/>), *Interneutral* (<http://www.interneutral.com>), *ARyME* (<http://www.aryme.com>), *Camera Arbitrale di Milano* (<http://www.camera-arbitrale.com>), *Singapore Mediation Centre* (<http://www.mediation.com.sg>), *Cibertribunal Peruano* (<http://www.cibertribunalperuano.org>), *Consensus Mediation* (<http://www.e-mediator.con.uk>), *eNeutral* (<http://www.eneutral.com>), *Internet Neutral Mediation* (<http://www.interneutral.com>), *JAMS* (<http://www.jamsadr.com>), *Mediation Arbitration Resolution Services (MARS)* (<http://www.resolvenydispute.com>), *Mediation First* (<http://www.mediationfirst.com>), *National Arbitration Forum* (<http://www.clicknsettle.com>), *NovaForum* (<http://www.novaforum.com>), etc.

<sup>88</sup> Se trata de una vía que no se ha llevado al entorno *on line*, y si lo ha hecho ha sido con poco éxito, por lo que no profundizaremos más en su estudio.



las partes, pero se puede observar como en la conciliación, el tercero pretende que las partes lleguen a un acuerdo, sin adoptar medida persuasiva alguna, mientras que la mediación implica la utilización de estas medidas así como la facultad de persuasión para obtener la solución que logre una posición común de las dos partes en conflicto<sup>89</sup>.

Estos modos extrajudiciales constituyen una forma de justicia contractual, ya que la designación del tercero, mediador o conciliador, reposa sobre un fundamento convencional, si bien el arbitraje se funda igualmente en un soporte convencional, se diferencia de los métodos anteriores en que la función encomendada al árbitro es de naturaleza similar a la jurisdiccional. La frontera entre estos tres modos de resolución de conflictos parece en ocasiones incierta<sup>90</sup>.

#### D) Arbitraje

Uno de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos por antonomasia es el arbitraje, que tal y como lo ha definido GÓMEZ COLOMER, es una *«institución jurídica, en virtud de la cual una tercera persona, objetiva e imparcial nombrada por las partes mediando convenio o de cualquier otra forma autorizada legalmente, resuelve con base a una potestad específica el conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos, en caso de ser la materia susceptible de libre disposición por las personas afectadas por la discrepancia»*<sup>91</sup>.

El arbitraje puede llevarse a cabo por medios electrónicos, es por ello que el arbitraje electrónico es aquel proceso no judicial de resolución de conflictos

---

<sup>89</sup> BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos*, cit., p. 54.

<sup>90</sup> En este sentido, la mediación y el arbitraje presentan muchas similitudes; a ambas se acude voluntariamente para resolver los conflictos fuera de los tribunales, ambas implican el recurso a profesionales neutrales en procesos más simples, flexibles y menos costosos, pero la mediación y la conciliación no son vinculantes. En el arbitraje más que intentar llegar a una solución *win-win* como en las otras dos, el árbitro tiene que determinar un ganador y un perdedor. Los procesos también difieren, el arbitraje es más formal y las partes suelen venir acompañadas de abogados, mientras que en las otras, no. Además, en la mediación el esfuerzo en persuadir a la otra parte para participar en el proceso se realizará generalmente una vez ya presentada la queja o demanda, mientras que en el arbitraje, determinados acuerdos deben haberse realizado con anterioridad. Persuadir a la otra parte en un arbitraje sin que previamente hayan acordado unos mínimos puede resultar sin éxito, pues éste debe, en la mayoría de ocasiones, haberse planeado con antelación. SOLOVAY, N. y REED, C., "The Internet and dispute resolution..." cit, p. 1-22.

<sup>91</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L., (junto a MONTERO AROCA, J., BARONA VILAR, S., MONTÓN REDONDO, A.), *Derecho jurisdiccional II. Procesal civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 825.

por un árbitro que se desarrolla, íntegramente o en gran parte, a través de medios electrónicos o telemáticos, y que será objeto del presente estudio<sup>92</sup>.

No vamos a decir nada más por el momento respecto al arbitraje *on line*, pues a él dedicamos este trabajo, donde veremos con detalle todas sus particularidades.

### **E) Autorregulación, códigos de conducta**

Existen en determinados sectores del ordenamiento jurídico unos mecanismos de autocontrol basados en sistemas de autorregulación que se encuentran plasmados en lo que se denominan códigos de conducta de debido respeto. Estos códigos tratan de imponer unas reglas de conducta, unos principios mínimos, etc., que deben ser cumplidos por todos aquellos que se dediquen a ese sector y, en caso de trasgresión de dichas normas de conducta, se establece un sistema de sanción de las mismas por un órgano integrado por elementos del sector<sup>93</sup>. Ejemplo de ello es el *Jurado de Autocontrol de la publicidad español*, órgano especializado en materia deontológico-publicitaria.

La Directiva 2000/31/CE relativa a los servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico se ocupa de esta materia al establecer el deber de los Estados Miembros de fomentar la elaboración de códigos de conducta. Asimismo, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información 34/2002 de 11 de julio, dedica su artículo 18 LSSI a los códigos de conducta, y establece cuatro materias específicas que el legislador se preocupa por

---

<sup>92</sup> Sin embargo, el arbitraje que más ha prosperado en la Red es el denominado por los operadores "arbitraje no vinculante" (*non binding arbitration*), en el cual el árbitro formula recomendaciones a las partes, que éstas pueden aceptar realizando entonces una transacción o rechazar, siendo libres de acudir a la justicia ordinaria. Considero que cuando el arbitraje es "no vinculante", no debería llamarse arbitraje, pues otorga poca confianza el acudir a éste, principalmente, por la postura que puede adoptar luego el perdedor, quien no tendrá obligación alguna de acatar lo dicho por el árbitro.

Una variante de este arbitraje es el arbitraje semi o unilateralmente vinculante en el que el proveedor se compromete a someterse a arbitraje en caso de que su cliente así lo decida, tal y como ocurre con la oferta pública de sometimiento a arbitraje de consumo regulado en el RD 636/1993. Es el tipo de arbitraje que existe bajo la "*Chartered Institute of Arbitrators' FordJourney dispute resolution mechanism*" y el de los miembros de la Asociación de Agencias de Viaje británicas quienes lo incluyen en sus condiciones bajo la "*Chartered Institute's online arbitration processes*".

<sup>93</sup> BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos*, cit., p. 142.

señalar, consideradas de especial interés en orden a esta regulación, y una de ellas es la de los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos<sup>94</sup>.

Los códigos de conducta en el entorno *on line* son instrumentos de autorregulación o de regulación voluntaria de la Red cuyo principal objetivo es potenciar la confianza –la llamada *e confidence*- de los consumidores a través del uso de los llamados sellos o marcas de calidad<sup>95</sup>.

Como desarrollo reglamentario de la LSSI se aprobó el Real Decreto 1163 /2005 de 30 de septiembre que deroga su predecesor, el RD292/2004 de 20 de febrero, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como los requisitos y procedimiento de concesión de tal distintivo. En virtud de dicho RD, los prestadores de servicios de la SDI que adopten un código de conducta elaborado por la correspondiente entidad promotora de códigos de conducta, en el que, entre otros, se establezca la adhesión al sistema arbitral de consumo, o bien a otros sistema de resolución extrajudicial de conflictos previstos en el listado de la Comisión Europea, ostentarán el derecho de exhibir el distintivo público “confianza en línea”<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Artículo 18 LSSI: *Las Administraciones públicas impulsarán, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones o asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas por esta ley.....3. los códigos de conducta deberán ser accesibles por vía electrónica.*

En esta línea, determinadas organizaciones internacionales y asociaciones sectoriales han elaborado códigos de conducta en campos relacionadas con el comercio electrónico que tratan de ofrecer mayores dosis de seguridad jurídica a los usuarios del comercio electrónico; ejemplo de ello se encuentra en el denominado “*E-terms*” impulsado por la Cámara de Comercio Internacional.

<sup>95</sup> MALUQUER DE MOTES, C., “La solución extrajudicial de los conflictos: códigos de conducta y arbitraje electrónico”, *La regulación del comercio electrónico*, AAVV, (coord. BARRALS VIÑALS, I.), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 112 – 130. Los códigos de conducta se asocian a la concesión de un sello o marca de calidad que la entidad que promueve dicho código permite usar a las empresas que lo suscriben y se someten a las consecuencias que su incumplimiento puedan acarrearlas. La empresa se beneficia de la distinción que la marca o sello conlleva, precisamente por la confianza potencial que la atribución de dicha distinción supone llevar implícita el cumplimiento por la empresa de una serie de normas que el consumidor conoce y cuya trasgresión es susceptible de denuncia y reclamación. Ésta es la función primordial de los códigos de conducta como ha manifestado, RUBIO GIMENO, G., en “Autorregulación y Marcas de Calidad: códigos de conducta en la Red”, Newsletter electrónica 5/2002 de 19 de diciembre de 2002, disponible en [http://www.e-global.es/confianza/newsletter05\\_2002.htm](http://www.e-global.es/confianza/newsletter05_2002.htm), (fecha de consulta: 6/2/2006).

<sup>96</sup> También existen entidades privadas creadoras de sellos de calidad como garantía para el consumidor, condicionados a la adopción de códigos de conducta así como al sometimiento a mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. La Asociación Española de comercio electrónico (AECE, <http://www.aece.org>) y la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación comercial (<http://www.aap.es>) han creado el sello de calidad “Confianza on line” (<http://www.confianzaonline.org>) que es de utilidad para todas

Este RD desarrolla lo dispuesto en la disposición final octava de la LSSI que prevé que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta ley, el gobierno apruebe un distintivo que permita identificar a los prestadores de servicios que respeten códigos de conducta adoptados con la participación del Consejo de Consumidores y Usuarios, y que incluyan, entre otros contenidos, la adhesión al sistema arbitral de Consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos que respeten los principios establecidos en la normativa comunitaria sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores, en los términos que reglamentariamente se establezcan<sup>97</sup>.

Existe un Libro Blanco sobre los sistemas de autorregulación, los sellos y marcas de confianza en mercados digitales y códigos de buenas prácticas para el comercio electrónico, de diciembre de 2002 cuyo contenido manifiesta la proliferación de los códigos de conducta asociados a sellos o marcas de confianza<sup>98</sup>. Este libro enuncia una serie de pautas estratégicas de acción orientadas a situar la tarea de la autorregulación en la correcta dirección, éstas son fundamentalmente: a) identificación de la verificación llevada a cabo para la obtención de la marca, b) autodeclaración o certificación por tercero independiente, c) fomento de la autorregulación sectorial, d) favorecimiento de los códigos de conducta y establecimiento de contenido mínimo, e) fomento del aumento de la exigencia de los documentos normativos de los sistemas de certificación, etc.

---

aquellas empresas adheridas al "Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva". Las controversias que puedan surgir se resolverán por el jurado del Autocontrol de la Publicidad o por la junta Nacional de Consumo, según la controversia se refiera a un tema de publicidad o a uno de comercio electrónico.

<sup>97</sup> Esos otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos deben ser únicamente los que figuren en la lista que publica la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores. En nuestro país encontramos, además de las juntas arbitrales de consumo, el jurado de Autocontrol de la Publicidad.

<sup>98</sup> Accesible en, <http://www.e-global.es/i+confianza.htm>, (fecha de consulta: 6/2/2006). Es parte del proyecto "i+Confianza" promovido por la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), la Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital (AEDED), el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (REICAZ) y la Fundació Catalana per a la Recerca (FCR).

## **F) El procedimiento administrativo obligatorio de resolución de controversias en torno a nombres de dominio**

Consiste en una de las ODR que de mayor éxito ha gozado, prueba de ello es el enorme número de casos que se han resuelto por esta vía hasta el momento.

A mediados de los noventa surgieron los primeros conflictos de ciberocupación (*cybersquatting*), que básicamente consistían en que determinadas personas, conscientes de la relevancia comercial de los nombres de dominio, registraron nombres de dominio correspondientes a marcas conocidas, para posteriormente ofrecérselos a sus titulares por un precio relativamente alto, provocándose numerosos litigios al respecto. Ante tal incremento de disputas, el 26 de agosto de 1999, la ICANN aprobó su "Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de nombres de dominio" (UDRP), así como el "Reglamento de la Política Uniforme" que establecen un procedimiento administrativo obligatorio de resolución de controversias en torno a nombres de dominio de primer nivel (.com, .net, .org., .biz, .info, .name)<sup>99</sup>.

Se trata de un procedimiento que, como su propio nombre indica, es obligatorio y como tal, ningún titular de nombres de dominio sujeto al UDRP puede sustraerse de él; su obligatoriedad reside en la aplicación de la UDRP como requisito para poder registrarse<sup>100</sup>.

Las controversias serán resueltas por aquellos proveedores de servicios de solución de controversias que han sido acreditados por la ICANN y que en la actualidad son: a) El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, el que más se ha involucrado en el proceso de creación y desarrollo de la UDRP<sup>101</sup>; b) National arbitration forum<sup>102</sup>; c) *Asian domain name dispute resolution*

---

<sup>99</sup> Para un estudio sobre el tema, vid. GELINAS, F., "Splendeurs et misères de la célérité: bilan du système de règlement des différends relatifs à l'adressage Internet", Les Cahiers de l'Arbitrage, Journal Spécial des Sociétés, nº 2002/1, junio 2002.

<sup>100</sup> CASAS VALLÉS, R., "Política uniforme para la resolución de conflictos en materia de nombres de dominio", *Régimen jurídico de Internet*, AAVV, (coord. CREMADES GARCÍA, J.), La ley, Madrid, 2002, pp.1496-1552.

<sup>101</sup> <http://www.arbiter.wipo.int>. Ha resuelto más de 6000 casos hasta el momento; en el ámbito español se han procedido a resolver por la OMPI entre otras, las disputas relacionadas con los nombres de dominio: "hipercor.com", "banesto.com", "banesto.net", "raimat.com", etc., dictándose resoluciones en favor de los demandantes y procediéndose a transferirles los correspondientes nombres de dominio.

<sup>102</sup> <http://www.arbforum.com/domains/>. Acreditado por la ICANN el 23 de diciembre de 1999.

centre<sup>103</sup>; y d) *Centre for public resources (CPR) Institute for dispute resolution*<sup>104</sup>.

Consiste en un procedimiento acelerado, con plazos breves<sup>105</sup>, no excesivamente caro, pues no requiere la presencia de abogados ni procuradores, siendo el demandante quien asume la totalidad de los gastos que deberá pagar por anticipado, viéndose únicamente obligado el demandado a pagar una parte si éste decide que sean tres expertos en vez de uno los que vayan a resolver el litigio.

En el artículo 4 de la UDPR se exigen tres circunstancias esenciales para que éste procedimiento pueda llevarse a la práctica, éstas son:

1. Identidad o similitud con capacidad de confundir entre una marca y un nombre de dominio, es decir, el nombre de dominio y la marca deben ser idénticos o muy similares provocando una confusión en los usuarios en relación a una marca de servicios o productos respecto de la que el demandante tiene derechos.
2. Falta de derechos o intereses legítimos del demandado; es éste quien deberá probar su legitimidad<sup>106</sup>.
3. Registro y utilización de mala fe del nombre de dominio<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> <http://www.adndrc.org>

<sup>104</sup> [http://www.cpradr.org/ICANN\\_Menu.htm](http://www.cpradr.org/ICANN_Menu.htm). Acreditado por la ICANN el 15 de mayo 2000, y comenzó sus actividades el 22 de mayo siguiente. Es un organismo americano, creado en 1979, que cuenta con más de 700 expertos encargados de resolver los litigios que ante él se presentan.

<sup>105</sup> Prueba de ello es que la demanda se ha de contestar en el plazo máximo de veinte días desde que se inició el procedimiento y la resolución del árbitro deberá dictarse en catorce días a partir de su nombramiento.

<sup>106</sup> Ello ocurre, por ejemplo, cuando el adquirente del nombre de dominio no es titular de ninguna marca registrada que se relacione con la expresión registrada como nombre de dominio, o no ejerce ninguna actividad relacionada con dicha expresión, en contraposición al reclamante que si la ostenta.

<sup>107</sup> En la misma UDPR se describe una relación de situaciones que traducen mala fe por parte de quien ha registrado el nombre dominio, no se trata de ninguna lista cerrada y, entre ellas, se señala que constituirán prueba del registro y la utilización de mala fe de un nombre de dominio: a) una oferta para vender, alquilar o transferir de otro modo el nombre de dominio al titular de la marca de producto o de servicio, o aun competidor del titular de la marca del producto, con propósitos financieros, b) un intento por atraer, con ánimo de lucro, usuarios de Internet al sitio web del titular del nombre de dominio o cualquier otro lugar en línea, creando confusión con la marca de producto o de servicio del solicitante, c) el registro del nombre de dominio a fin de impedir al titular de la marca de producto o de servicio reflejar la marca en el nombre de dominio correspondiente, siempre que se haya establecido por parte del titular del nombre de dominio esta pauta de conducta y por último, d) el registro del nombre de dominio a fin de perturbar los negocios de un competidor.

Se encontrarán legitimados para acudir a este procedimiento, únicamente los titulares de marcas perjudicados por el registro de un nombre de dominio, correspondiendo la legitimación pasiva al titular del dominio en conflicto de que se trate.

Todo el procedimiento se llevará a cabo en línea, a pesar de presentarse la demanda tanto en papel como en forma electrónica, debiendo remitir el demandante copia de la demanda al demandado, quien dispondrá de veinte días naturales a partir de la fecha de inicio del procedimiento para responder. Si éste no presenta un escrito de contestación, el grupo de expertos resolverá la controversia basándose únicamente en la demanda.

En caso de que las partes lleguen a un acuerdo se procederá a la terminación del proceso, incluso antes de la resolución. La resolución que haya adoptado el grupo de expertos o panelistas se comunicará a las partes y al registrador interesado en el plazo de tres días naturales desde su recepción. Una vez ya dictada la resolución, si en el plazo de diez días ninguna de las partes interpone demanda ante la jurisdicción correspondiente, la ICANN ejecutará de oficio la resolución, transfiriendo o cancelando el nombre de dominio. En caso de que tal demanda exista, la ICANN no podrá ejecutar la resolución y deberá esperar a la resolución del órgano jurisdiccional. La resolución será publicada en Internet junto a su fecha de ejecución.

El UDPR es análogo a un proceso arbitral, pero no constituye un arbitraje en el sentido jurídico del término como unánimemente ha concluido la jurisprudencia internacional<sup>108</sup>. Principalmente, porque la decisión que adopten los panelistas no tendrá fuerza de cosa juzgada ni será título ejecutivo, ni siquiera entre las partes, quienes, como hemos mencionado *supra*, podrán acudir a la jurisdicción ordinaria para defender la violación de un nombre de dominio en cualquier momento, tanto antes, durante, como una vez finalizado el procedimiento ante el fracaso de éste, pues no debemos olvidar que las normas de la ICANN no son excluyentes de otras vías de resolución de controversias<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Vid, por ejemplo, las sentencias: *Broadbridge Media LLC contra. HyperCD.com*, 106 F. Supp. 2d 505 (S.D.N.Y.2000) y *Parisi contra. NetLearning, Inc.*, 139 F Supp. 2d 745 (ED Va. 2001).

<sup>109</sup> En este sentido, BERENQUER GIMÉNEZ, L, señala: «La aplicabilidad de dicha normativa está garantizada en virtud de la cláusula de sumisión expresa que se suscribe por el interesado en el registro, por el hecho de registrar un dominio genérico de primer nivel. Tanto la Política

Existen otros muchos métodos de resolución extrajudicial de conflictos, así pueden citarse por ejemplo, entre otros, los *expertos imparciales*, a través de los cuales, bien las partes en conflicto o bien por designación del Tribunal, se reclama la intervención de un experto en una materia concreta para que éste manifieste su opinión sobre los hechos y las normas aplicables al caso objeto de litigio o el *Mini-trial*, procedimiento abreviado, informal, flexible y privado que consiste en un juicio simulado en donde un *advisor neutral* bien a través de una inicial conciliación o a través de su parecer no vinculante, intenta resolver el litigio que consta de dos partes diferenciadas: 1) la primera es el intercambio de información y, 2) en la segunda, se llevan a cabo las negociaciones intensivas entre las dos partes.

Asimismo, nos encontramos con los *Settlement conferences* a través de los cuales los jueces invitan a los abogados a llegar a un consenso entre las partes o, el *med-arb*, que consiste en un proceso que presenta dos etapas en las que las partes intentan resolver sus diferencias a través de una mediación y si ésta falla, el asunto en litigio es automáticamente remitido a arbitraje<sup>110</sup>.

Además, existen otros mecanismos especializados en determinados ámbitos que solucionan extrajudicialmente los conflictos, tales como el *Ombudsman* bancario, las *Arbitration Boards of telecom* de Italia, los Defensores del cliente, etc<sup>111</sup>.

Los mecanismos de solución de conflictos pueden combinarse. Podemos imaginar, por ejemplo, un sistema en el que en un primer lugar se permita a las

---

como el Reglamento, reconocen la posibilidad de acudir a otros procedimientos, hasta el punto de habilitar a los árbitros para suspender un expediente en tanto exista un procedimiento sobre un mismo nombre de dominio y marca», "El arbitraje de la OMPI en materia de nombres de dominio", Régimen jurídico de Internet, AAVV, (coord. CREMADES GARCÍA, J.), La ley, Madrid, 2002, pp. 764-791.

<sup>110</sup> BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos*, cit., p. 86 y, MARTINEZ GARCÍA, E., *El Arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 22 y ss.

<sup>111</sup> Entre las muchas categorías de ODR que no hemos citado y que se conocen comúnmente por su terminología anglosajona, destacamos las siguientes: *automated settlement system, online consumer advocacy and complaint, complaint assistance, facilitative communication, consumer schemes/complaint boards, ombudsmen, jury proceedings, non-binding evaluation, mock trials, credit card charge backs*, etc. Algunos de los principales desarrollos de ODR son aquellos que se han generado evitando transferir los tradicionales medios de resolución de conflictos *off line* a Internet, sino por el contrario, usando las fuentes que Internet nos proporciona para crear nuevos medios de solución de conflictos como son, el ya estudiado *blind bidding* o negociación automatizada, los *virtual juries* y los *public comment*. Para una aproximación de la diversidad de los procedimientos en línea, véase, VAHRENWALD, A., *Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce. Report on legal issues. Part III: Types of Outof-Court Dispute Settlement*. Informe del Joint Research Center de la Comisión Europea, 29 mayo 2000.



partes buscar una solución a los conflictos sin intervención de un tercero por la vía de la negociación en línea; si esta primera tentativa no funciona, las partes pueden decidir acudir a un tercero neutral para que les ayude a arreglar el conflicto a través de la mediación. Y por último, en caso de fracaso, las partes podrán someter el conflicto a un árbitro quien tendrá el poder de solucionar el litigio y de dictar una sentencia con fuerza vinculante; este tipo de proceso es la base del sistema ECODIR (*Electronic consumer dispute Resolution*)<sup>112</sup>.

Las ODR, también ofrecen otros servicios relativos, que estrictamente no se refieren a la resolución de conflictos, pero que contribuyen a facilitar la resolución de las disputas, como pueden ser, la recomendación y evaluación, prevención de disputas, asistencia a las quejas, etc. y otros servicios como marcas de confianza, referencias legales, etc.

A pesar de todos los medios de resolución extrajudicial de conflictos, son el arbitraje y la mediación los dos métodos de mayor éxito y que más comúnmente se han llevado a la práctica.

## **II. ODR Y SU PROYECCIÓN EN EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE INTERNET Y EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO. LA SEGURIDAD EN LA RED**

Las ADR funcionan ahora *on line*, es decir, en la Red. Gracias a Internet deben su aparición. Pero además se han ido nutriendo y desarrollando a medida que el comercio electrónico ha evolucionado; a este tipo de comercio deben su éxito, pues el mayor número de controversias que se ha resuelto por estos nuevos medios de resolución de conflictos *on line* han surgido en este entorno. Para entender la verdadera promesa de las ODR resulta necesario atender a estas dos “explosiones” que lo han hecho expandir<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> Proyecto patrocinado por la Comisión Europea, resultado de los esfuerzos realizados por el *Centre de Reserche en droit public de la Universidad de Montreal*. Tiene por objetivo proponer una plataforma electrónica a los consumidores europeos con la finalidad de solucionar los eventuales conflictos con los cibervendedores.

Cuanto más se alejan de la negociación menos las partes controlan la solución del conflicto; durante la negociación, las partes ejercen un control perfecto sobre el conflicto mientras que durante la mediación, un tercero ya se ha introducido en el proceso y a pesar del hecho de no disponer del poder de imponer una sentencia, sus propuestas deben ser tenidas en cuenta por las partes. BENEKHEF, K., y GELNAS, F., “Le règlement en ligne des conflits, enjeux de la cyberjustice”, cit., pp. 75 y ss.

<sup>113</sup> Es por ello que los proveedores de ODR tienen altas expectativas y anticipan ya que las ODR jugarán un papel muy importante en el establecimiento de la confianza que aún sigue

## 1) Internet

Si bien han sido numerosos los cambios producidos en el sector de las telecomunicaciones en las últimas décadas, ninguno de ellos ha generado a su alrededor tanta mitología e ilusión empresarial entre los usuarios ensoñadores, ni sensación de cambio de época tan rotundo y apasionante como Internet. Internet es un acontecimiento tecnológico y cultural extraordinario; en él convergen los universos hasta el momento separados de las redes informáticas, el audiovisual y las telecomunicaciones<sup>114</sup>.

Internet es un conjunto de redes de información conectadas entre sí, que permiten el intercambio de datos de cualquier tipo, razón por la que ha sido comúnmente denominada la “red de redes” o “telaraña mundial de comunicación”. Ha provocado uno de los mayores cambios sociales, económicos, culturales, etc., que se hayan producido desde la revolución industrial, siendo muy pocas las esferas que han quedado al margen de la influencia de este fenómeno<sup>115</sup>. Gracias a él podemos obtener prácticamente toda la información que deseamos en el momento que decidamos, podemos acceder a gran variedad de servicios sin importarnos el lugar en el que se encuentren. Ha desbordado todas las previsiones y parece un proceso irreversible pues se ha ido abriendo camino muy a pesar de todos sus detractores<sup>116</sup>.

Hoy en día su predominio es incuestionable como medio que permite recibir y transmitir información, si bien en sus inicios no se apostó por su éxito, actualmente Internet es una realidad que atañe a todos y sus magníficos resultados son hoy indudables.

---

faltando en el terreno del comercio electrónico. SOLOVAY, N. y REED, C., “The Internet and dispute ...”, cit., pp. 97 y ss.

<sup>114</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación en la red*, cit, p. 17.

<sup>115</sup> Vid. RICHARD, S., “Aproximación al sistema de nombres de dominio. Internet en la actualidad”, *Quince años de encuentro sobre Informática y Derecho*, AAVV, (coord. DAVARA RODRIGUEZ, M.), Universidad Pontificia de Comillas, tomo II, Madrid, 2002, cit, p. 2327.

<sup>116</sup> Vid. CREMADES GARCÍA, J., *“El Paraíso digital”*, Plaza y Janés, Barcelona, 2001.

## A) Orígenes de Internet

Aunque nos parezca a todos que Internet surgió en los noventa, la realidad es que su origen lo hallamos en los inicios de los años sesenta, en un proyecto concebido por el Servicio de Defensa Norteamericano en el contexto de la guerra fría, en el que los militares estadounidenses se plantearon la necesidad de proteger las comunicaciones entre las instituciones militares del país, temerosos de que éstas pudiesen interrumpirse quedando desprotegidos ante cualquier intento de destrucción o ataque.

En este entorno nació la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada del Departamento de Defensa de los Estados Unidos (ARPA), que pretendía desarrollar una gran red que conectara ordenadores a grandes distancias, iniciando en 1962 un programa de investigación sobre ordenadores denominado "Red Galáctica", que consistía en conectar los ordenadores de diferentes instituciones militares a fin de que las comunicaciones no se interrumpiesen si alguna de estas instituciones era destruida, resultando accesible en todo el mundo y con el objetivo de entrelazar todos los ordenadores que se utilizaban para servicios militares mediante una conexión telemática que pudiese ser operativa, incluso cuando parte de la red no lo fuera.

Para ello, se crearon unos protocolos (normas para transmitir información) que permitían ser interpretados por todos los ordenadores autónomamente del sistema operativo. Estas normas se conocen con el nombre de protocolo *TCP/IP (Transmission control protocol/ Internet Protocol)*.

La primera red creada en el verano de 1969 unía cuatro ordenadores. El 2 de septiembre de 1969 en la Universidad de California (UCLA) se instaló el primero de los cuatro nodos de ArpaNet. Los siguientes nodos fueron implantados ese mismo año en el Instituto de Investigación de Stanford (SRI), en la Universidad de California en Santa Bárbara (UCSB) y posteriormente, en la Universidad de Utah.

ArpaNet empezó a no ser de utilidad para los militares que desarrollaron su propia red secreta (Milnet), por lo que esta red se convirtió a partir de 1983, en pública y libre, dedicada, sobre todo, a la actividad científica y gestionada por organizaciones no lucrativas. Pronto las universidades americanas pusieron esta tecnología al servicio de la comunidad científica y se estableció una red

basada en la experiencia militar. A finales de los años 80, gran parte del mundo universitario estaba conectado al nuevo servicio de la *WWW*, provocando la popularización más asombrosa de la Red. Los años noventa sellaron el verdadero apogeo de Internet al abandonar el mundo académico y abrirse al público en general<sup>117</sup>.

Hoy en día Internet se ha convertido en una herramienta de trabajo, comunicación, personal, etc., de la cual casi no podemos prescindir. Desde una perspectiva histórica lo que Internet ha puesto en marcha en todo el mundo es una revolución que a todos atañe y de la que nadie puede escapar. Su mayor atracción reside en la posibilidad de realizar a distancia lo que antes requería una presencia física; ya contamos con tiendas, supermercados, centros comerciales, casinos, centros de conferencias, subastas, bancos, etc., *on line*, algo antes jamás imaginable.

La herramienta más familiar que encontramos en la Red es probablemente el *e-mail* o correo electrónico, nuevo medio de comunicación fácil de utilizar y que ha revolucionado el mundo de las comunicaciones. A medida que las herramientas electrónicas mejoran, los espacios en la Red se convierten en más poderosos e incluso más variados que los espacios físicos, al no existir obstáculos de tiempo y espacio para limitar sus diseños.

Se ha llegado a llamar a la *Web* como una gigante biblioteca o una biblioteca sin muros, pero tal metáfora ha decaído porque la *Web* ahora contiene tiendas, sitios de encuentro y otras realidades que no existen en una biblioteca por lo que, a pesar de tener el ingrediente más importante de una librería como es la información, la etiqueta no es la correcta. También conocemos otras metáforas como "autopistas de la información", etc., pero actualmente no consideramos que ninguna de ellas sea exactamente correcta, Internet es mucho más que todo ello y resulta imposible encontrar la metáfora pertinente.

---

<sup>117</sup> Para un estudio más profundizado sobre el tema, véase: LLANEZA GONZÁLEZ, P., *Internet y comunicaciones digitales*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 37- 40; MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación en la red...*,cit., pp. 30-35 y, DELGADO KLOOS, C., y GARCÍA RUBIO, C., "Historia de Internet", *Régimen jurídico de Internet*, AAVV, (coords. CREMADES GARCIA, J., FERNÁNDEZ-ORDOÑEZ, M. A e ILLESCAS ORTIZ, R.), La Ley, Madrid, 2002, pp. 87-99.

## B) Gobierno y Regulación de Internet

Con el fin de entender el papel regulador que las ODR pueden proporcionar a determinadas actividades en la Red y especialmente al comercio electrónico, debemos comenzar por conocer las diferentes posibilidades de regulación del ciberespacio. Han surgido grandes debates en torno a la polémica de quien debe gobernar la Red, siendo cuatro las principales escuelas que se han pronunciado al respecto<sup>118</sup>:

1) La primera de las escuelas es aquella que proclama la absoluta soberanía para el ciberespacio. En los inicios del comercio electrónico, alrededor de 1995, muchos investigadores, estudiosos y participantes de Internet argumentaban agresivamente en contra de cualquier tipo de regulación de la Red. La idea consistía en que la comunidad internauta pudiera vigilar y controlar ella misma el desarrollo de las reglas de conducta de Internet, sus leyes, su arquitectura tecnológica, etc. El modelo a seguir sería el de la Lex Mercatoria, entendiendo que el mismo fenómeno está ocurriendo en Internet, basándose en la idea de que los usuarios de la Red se adhieren más y con mayor credibilidad a las comunidades virtuales que a las leyes físicas. Hoy esta utopía no se ha materializado, sin embargo, si se han desarrollado métodos más realistas, mecanismos de autorregulación como los códigos de conducta y marcas de confianza, ODRs, etc., métodos que si actúan eficazmente<sup>119</sup>.

2) La segunda escuela procura la existencia de un gobierno nacional y es la postura que la Unión Europea pretende, especialmente en determinadas áreas, como por ejemplo, en el área de los consumidores en la que el gobierno debe actuar aunque sea minimamente. El gobierno de un país debe abordar determinados aspectos para desarrollar un marco en el que se proteja la autorregulación de Internet y se protejan los derechos de sus participantes, principalmente en áreas tales como, cuestiones de privacidad, seguridad, propiedad intelectual, consumo, etc. Además, la Unión Europea ha promovido la corregulación en algunas circunstancias con un determinado papel del gobierno, tratando de combinar la legislación vigente con la autorregulación,

---

<sup>118</sup> Vid. SOLOVAY, N. y REED. C., *The Internet and dispute resolution. Untangling the Web...*, cit., pp. 901 y ss.

<sup>119</sup> EEUU es uno de los países mayores promotores de la autorregulación. Entre su legislación más importante debemos resaltar: a) *The anticybersquatting consumer protection act (ACPA)*, b) *The uniform Electronic Transactions Act (UETA)* y, c) *The Electronic signatures in global and National Commerce act (E- SIGN)*.

buscando una cierta correulación, siempre y cuando no afecte a derechos fundamentales ni a reglas imperativas de los diferentes estados<sup>120</sup>.

3) La tercera de las escuelas mantiene como primer objetivo la armonización de las leyes nacionales en una regulación internacional. Internet es global y universal, entendiendo que por numerosas razones la ley funciona mejor si se armoniza a nivel internacional y se eliminan las barreras existentes entre las diferentes jurisdicciones, se trata así de determinar algunos estándares mínimos como, por ejemplo, en el tema de la salud.

4) La última de las escuelas proclama una teoría híbrida, y es finalmente ésta la que ha predominado hoy en día. Incluye todos los elementos primordiales de las anteriores escuelas, desde la autorregulación en el uso de códigos de conducta y marcas de confianza para asegurar la privacidad, confidencialidad, seguridad y el acceso a las ODR, hasta una mínima intervención en la regulación del gobierno para validar los contratos electrónicos, asegurar la protección de los consumidores, controlar determinadas infraestructuras de Internet, promover un acceso igualitario a la tecnología, etc. y por último, tratar de conseguir una armonización a largo término de las leyes nacionales<sup>121</sup>.

Queremos dejar de manifiesto, que las ODR pueden ayudar a la ordenación de la Red y convertirse en protagonistas de su regulación, aunque de momento estemos lejos de tal hipótesis.

---

<sup>120</sup> La Unión Europea ha adoptado una posición más activa y estricta en Internet, y en concreto, en el comercio electrónico que en EEUU, sobre todo en el área de los consumidores cuando de transacciones *on line* se trata. Entre sus principales esfuerzos regulatorios, tenemos: a) Directiva de comercio electrónico 2000/31, b) Directiva de firma electrónica 1999/93, c) Directiva ventas a distancia 97/7, etc.

<sup>121</sup> En términos semejantes se pronuncia LYNCH, K., en *The forces of economic globalization...*, cit, pp. 352 y ss, al señalar que predominan cuatro modelos de gobierno en el ciberespacio, éstos son: a) "Territorial sovereignty model": soberanía para el ciberespacio, modelo que está quedando obsoleto y no ha demostrado ser el más apropiado, b) "Centralized unified law model": modelo unificado por una agencia supranacional, como por ejemplo ocurre con la OMPI, aunque a otro nivel, debiendo ser conscientes que para ello existen obvias dificultades a la hora de negociar y desarrollar este sistema integrador y global; c) "Cyber-libertarian model": más que imponer orden en el mundo digital, abocan por el desarrollo de una regulación en el ciberespacio realizada por sus participantes. Pretende que Internet y el ciberespacio creen sus propias costumbres, nuevas leyes e instituciones legales efectivas por cuenta propia, como si se tratara de un espacio distinto en el que no existen fronteras, que no puede ser satisfactoriamente gobernada por ninguna soberanía territorial. Una nueva jurisprudencia es requerida para el ciberespacio al igual que sucedió con el desarrollo de la *lex mercatoria* en la Edad Media y por último, d) "Institutional harmonization model": modelo basado en los intereses nacionales que proclama una cooperación para poder gobernar el ciberespacio.

## 2) Comercio electrónico

Las ODR no se pueden entender completamente sin el escenario de las ADR, pero tampoco pueden verse aisladas del comercio electrónico del cual se nutren.

Las nuevas tecnologías y las ADR se han unido en un camino apropiado para resolver los conflictos que nacen del mercado electrónico, las ADR se están moviendo *on line*, en parte no, sino en un todo, para crear ODR. Sin lugar a dudas, uno de los pilares fundamentales para la correcta actividad del comercio electrónico internacional, lo constituye la presencia de un método de solución de conflictos *on line*. Las ODRs tienen el potencial de revolucionar la solución de conflictos en las transacciones B2B y B2C del comercio electrónico, especialmente por el aspecto deslocalizado que éstas presentan, por lo que no podemos estudiarlas aisladas, divorciadas de este tipo de comercio, su más importante exponente<sup>122</sup>.

### A) Necesidad de ODR en el comercio electrónico.

El crecimiento del comercio electrónico no carece de su correspondiente crecimiento de conflictos, que amenaza con convertirse en los próximos años en fuente de un número impresionante de acuerdos contractuales y, por consecuencia, de potenciales conflictos. Desde el punto de vista jurídico, los riesgos relacionados con el comercio en línea, la ausencia de reglas jurídicas de aplicación uniforme en el ciberespacio, las dificultades de ejecución de las decisiones en las jurisdicciones extranjeras, la lentitud de los sistemas judiciales, los costos de los procedimientos frente a los tribunales y la incapacidad de los tribunales ordinarios de tratar eficazmente los conflictos nacidos de la utilización de Internet, son dificultades que hacen temer a numerosas empresas que desean lanzarse en la aventura del comercio electrónico, así como a los consumidores que pretenden involucrarse en el mundo *on line*<sup>123</sup>. Con base en todo ello, resulta necesario otorgar un clima de

---

<sup>122</sup> KAUFMANN-KOHLER., G y SCHULTZ, T., *ODR: Challenges for contemporary justice*, cit. p. 76. Los dos conflictos más comunes en el mundo del ciberespacio son aquellos relativos a los nombres de dominio y aquellos que surgen en el entorno del comercio electrónico.

Para los emprendedores del comercio electrónico resulta un campo atractivo que deben incorporar a sus negocios como estrategia para otorgar confianza a sus usuarios.

<sup>123</sup> En esta situación, las empresas pueden llegar a preguntarse el porqué arriesgarse a aventurarse en un espacio comercial virtual donde en caso de surgir problemas los recursos a

seguridad jurídica a estas transacciones, pues parece lógico permitir que los que contratan electrónicamente tengan un recurso para la solución de sus conflictos y operen con tranquilidad en un marco jurídico bien definido.

Las razones de los lazos que unen el arbitraje telemático y el comercio electrónico se encuentran en las características que rigen este tipo de comercio, ya que los conflictos nacidos en el mercado electrónico presentan habitualmente características originales tales como: normalmente se caracterizan por el bajo coste de las transacciones comerciales llevadas a cabo (el montante medio de las operaciones de consumo es pequeño y los medios de resolución extrajudicial de litigios tienen una vocación natural de conocer los litigios de pequeñas cantidades en juego), la instantánea naturaleza de las comunicaciones, la apertura y transparencia en la Red (excepto determinados datos considerados restringidos), la sustitución de papel a medios electrónicos, la urgente necesidad de un igual tratamiento de los mensajes electrónicos o grabaciones y, por último y no por ello menos importante, la transnacionalidad de las actuaciones <sup>124</sup>.

Internet se configura como un instrumento adecuado para la comercialización en masa en donde la ilimitada oferta de productos y servicios viene acompañada de una situación de indefensión progresiva y creciente de los consumidores. Indefensión provocada por las características intrínsecas a los bienes de consumo que se caracterizan por su brevedad, rápida depreciación, bajos precios y, especialmente, por la debilidad económica del consumidor frente al poder del empresario y, en consecuencia, la desproporción de los medios con que éstos se enfrentan en el proceso de creación del contrato. En el comercio electrónico es habitual la postura de debilidad a la que se enfrentan los consumidores, pues este tipo de comercio permite la elaboración de estrategias de venta más agresivas (como, por ejemplo, ocurre con las *cookies*<sup>125</sup>), la facilidad de solicitud de los productos o

---

medios eficaces de solución de conflictos no existen. BENEKHEF, K. y GELNAS, F., *Le Règlement en ligne...*, cit, p. 55.

<sup>124</sup> Es por todo ello que la demanda de ODR, y en concreto de arbitrajes *on line*, está aumentando significativamente como consecuencia del creciente volumen de transacciones realizadas en la economía digital.

<sup>125</sup> Ha dejado ya de sorprendernos el recibir en nuestro correo electrónico ofertas sobre artículos o tiendas virtuales que hemos visitado en diversas ocasiones. Las *cookies* son una fuerte herramienta empleada por los servidores Web para almacenar y recuperar información acerca de sus visitantes, mediante su uso se permite al servidor recordar algunos de los datos



servicios conduce asimismo a una aceleración a la hora de concluir el contrato provocando un riesgo de precipitación, la distancia potencial entre consumidores y profesionales incita a dificultades en cuanto a la resolución de un eventual litigio, etc<sup>126</sup>.

Con la aparición de los mercados virtuales la dinámica transnacional entre consumidores y comerciantes ha variado de manera drástica y son muchos los cambios que se han producido respecto al comercio tradicional, para el consumidor, el comercio electrónico ofrece la posibilidad de contratar con todos los comerciantes del planeta sin restricción de horario o territorio, en línea el consumidor no se encuentra cara a cara con la persona con la cual contrata y no puede juzgar la calidad del producto antes de comprarlo<sup>127</sup>. Además, también difiere en lo que respecta a cuestiones relativas a la deslocalización de las partes, carácter internacional y dificultades para la determinación del foro competente en las transacciones transfronterizas, diferencias de lengua y cultura, etc., por lo que el recurso a los tribunales estáticos para el consumidor no aparece como una solución viable ni deseable, mientras que se refuerza la necesidad de proporcionar mecanismos en línea flexibles y adaptados a los medios electrónicos.

Si a todo ello añadimos, la escasa importancia económica del litigio que pudiera nacer de un incumplimiento contractual para entablar una acción ante la Justicia en contraposición con la duración y costes de la solución por vía

---

del usuario, como sus preferencias para la visualización de las páginas de ese servidor, nombre y contraseña, productos que más le interesan, etc.

<sup>126</sup> Como manifiesta BARONA VILAR, S., las características de los litigios sobre consumo son: a) La cuantía, como elemento significativo, por lo que el usuario opta por una posición pasiva y es aquí donde las asociaciones de consumidores y usuarios han ejercido un papel fundamental y, b) Los sujetos que intervienen, en donde es evidente la concurrencia de desigualdad real; por ello se ha hablado de la denominada "conciencia dormida del consumidor" en DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., "La posición del consumidor y ejercicio de sus derechos", Estudios sobre el Derecho del Consumo, Iberdrola, Bilbao, 1991, p. 57. BARONA VILAR, S., *Tutela de los consumidores*...., cit, pp. 31 y ss.

<sup>127</sup> No debemos olvidar que los consumidores gozan asimismo de considerables ventajas con la llegada del comercio electrónico, disfrutando de una mayor capacidad de elección al poder comparar y elegir inmediatamente entre una extensa variedad de ofertas, teniendo a su alcance cada vez más productos especializados, una información pre-venta más fácil y completa y con una reducción considerable de los precios a medida que descienden los costes generales y se incrementa la eficiencia, etc. (Vid. COM (97), Comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y social y el Comité de las Regiones de 12/04/97 cuya finalidad es fomentar un vigoroso crecimiento del comercio electrónico en Europa). Prueba de ello es que el comprar un libro a través de Internet en el extranjero, a miles de kilómetros de distancia, puede resultar mucho más sencillo y económico que comprarlo en la librería de la esquina de tu propia calle.

judicial, el recurso a las ODR aparece, cada vez, más necesario y evidente<sup>128</sup>. Esta desproporción entre el valor del bien adquirido y el del coste de la reclamación se acentúa cuando la adquisición se ha realizado de un prestador de servicios que se encuentra en otro país<sup>129</sup>.

Por todo ello, abogamos por la difusión y desarrollo de las ODR como cauces alternativos a la Justicia en el entorno del comercio electrónico. El establecimiento de medios eficaces que permitan solucionar los conflictos entre un consumidor y un cibervendedor es uno de los elementos clave del éxito del comercio electrónico, especialmente del B2C, principalmente para cumplir la meta de aumentar el nivel de confianza del consumidor en el ciberespacio.

La confianza en la Red se mide en términos de seguridad, sólo si el consumidor conoce el medio y cómo funciona, podrán valorar las ventajas que el comercio electrónico le aporta frente al tradicional. En este ámbito adquiere un valor incalculable el ofrecer al consumidor herramientas para evitar o solucionar los eventuales conflictos que pudieran nacer de las transacciones electrónicas, es el terreno donde el desarrollo de ODR se muestra más urgente<sup>130</sup>. Los participantes del comercio electrónico deben confiar en el mercado virtual, por lo que se les deberá otorgar cierta seguridad respecto de los potenciales problemas que puedan surgir bajo la promesa de que éstos podrán resolverse por el mismo medio *on line* en el que surgieron. Es principalmente la falta de confianza en el comercio electrónico quien requiere de los ODR, pues ésta se ha convertido en uno de los frenos más importantes al desarrollo de este tipo de comercio.

---

<sup>128</sup> SCHULTZ, T., *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*. Bruylant, Bruselas, pendiente de publicación, p. 36.

<sup>129</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J., "Comercio electrónico y «acceso de los consumidores a la Justicia»", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2003, nº 571, p. 6. Además, vid. DE LOCHT, P., "Les modes de règlement extrajudiciaires des litiges", cit., pp. 327 y ss, quien señala: «*el obstáculo financiero que encuentra el consumidor reside en la desproporción entre el valor limitado del supuesto y el coste del proceso judicial que le incita a menudo a renunciar a sus derechos [...] Además, las dificultades lingüísticas son susceptibles de causar problemas. Si el consumidor es capaz de elegir y pagar un objeto en otro idioma, diferente será el expresar su insatisfacción, además, la falta de conocimiento de los derechos extranjeros y del funcionamiento del sistema judicial de otros países provocan que el consumidor ni siquiera intente hacer valer sus derechos ante la Justicia*», (la traducción es mía).

<sup>130</sup> BARRAL VIÑALS, I., "La confianza del consumidor en el e-commerce", en [http://www.e-global.es/confianza/newsletter04\\_2002.htm](http://www.e-global.es/confianza/newsletter04_2002.htm) de 11 Diciembre 2002, (fecha de consulta: 6/2/2006).

## **B) Aspectos generales del comercio electrónico**

Al estar tan estrechamente unidas las ODR al comercio electrónico, debemos, como mínimo, otorgar unas breves pinceladas sobre este tipo de comercio para comprender la idoneidad de las ODR como medios de solución de los conflictos que surjan en dicho entorno.

### **a) Concepto y características**

A primera vista el comercio electrónico o el *e-commerce*, según la acepción anglosajona es, sencillamente, el comercio tradicional implementado a través de las nuevas tecnologías y, especialmente, a través de Internet<sup>131</sup>. Hoy en día, este concepto se ha visto ampliado, abarcando una extensa variedad de procesos asociados al desarrollo de la actividad comercial, comprendiendo desde una simple página en un sitio Web que contenga unos pocos productos a comercializar, hasta una empresa completa que realice negocios en todo el mundo<sup>132</sup>.

El término "comercio electrónico", de carácter mundial por su propia naturaleza, se utiliza con asiduidad para referirse a una amplia gama de actividades, algunas de ellas ya conocidas, mientras que la mayoría de ellas resultan totalmente nuevas; engloba tanto el comercio *on line* como el *off line* y, *«no sólo comprende la compra y venta electrónica de bienes, información o servicios o, en general, cualquier negocio jurídico verificado telemáticamente en el que exista una contraprestación económica por el servicio ofrecido al usuario, sino también el uso de la red para actividades anteriores y posteriores a ese negocio jurídico o completamente ajenas a un negocio patrimonial como*

---

<sup>131</sup> Originariamente el concepto de comercio electrónico se refería a la compraventa de productos y servicios a través de redes de comunicaciones, suministrando la entrega de los mismos, bien a través de los tradicionales canales de distribución (compra-venta *off line*), o bien directamente a través de la propia Red (compra-venta *on line*).

<sup>132</sup> DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M y ECHEVARRÍA BARBERO, J. M., "Comercio electrónico. Requisitos legales para su desarrollo", *Régimen jurídico de Internet*, cit., pp. 1085-1086.

Estudio sobre Comercio Electrónico y Propiedad Intelectual, elaborado por la OMPI en mayo de 2000 disponible en <http://ecommerce.wipo.int/primer/primer-es.doc>. La definición de vía electrónica, la encontramos en el artículo 2 a) de la Propuesta de Directiva sobre Comercio Electrónico, en donde se señala que "por vía electrónica" se entiende: *«un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético»*.

la búsqueda de información sobre productos, la mera navegación por la red, etc»<sup>133</sup>.

Dentro de este amplio abanico encontramos actividades tales como, el suministro en línea de bienes inmateriales o contenidos digitales (programas de ordenador, música, información), la transferencia electrónica de fondos, compraventa electrónica de acciones, el pago electrónico de bienes y servicios y de tributos, la remisión de documentación (presupuestos, albaranes, facturas, documentos aduaneros...), el marketing electrónico, la certificación de firmas, la prestación de servicios en línea (*on line sourcing*), contratación pública, etc<sup>134</sup>.

Las diferencias fundamentales que hallamos entre el comercio tradicional y el comercio electrónico son las siguientes: 1) La distancia que existe entre el comprador y vendedor, 2) A causa de tal distancia, el comprador no puede examinar el bien objeto de la compra detalladamente, únicamente podrá observar una fotografía de éste o se limitará a leer sus características y condiciones, 3) El comercio tradicional se lleva a cabo en un lugar concreto, a diferencia del comercio en la Red, en el que nos encontramos ante un lugar virtual y, 4) En el comercio tradicional el consumidor adquiere el bien inmediatamente, mientras que en el comercio electrónico, a excepción de determinados servicios o bienes intangibles, habrá que esperar a que el producto llegue al domicilio del comprador o a donde éste haya solicitado<sup>135</sup>.

El comercio electrónico ha suprimido el espacio y el tiempo que distanciaba a vendedores y compradores, los comercios o tiendas virtuales se encuentran dentro de casa (en la pantalla del ordenador), no cierran ni un solo

---

<sup>133</sup> CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J.M., "La protección de los consumidores", *Derecho de Internet*, cit, pp. 123 y ss.

<sup>134</sup> En este sentido la Guía jurídica sobre comercio electrónico de la Cámara de Comercio de Barcelona dispone, «Así, en un sentido amplio, comercio electrónico es cualquier intercambio de datos por medios electrónicos, esté o no relacionado con la actividad comercial en sentido estricto. Si nos ceñimos exclusivamente a las transacciones comerciales electrónicas, es decir, compra-venta de bienes o prestación de servicios, así como a las negociaciones previas y otras actividades ulteriores que no sean contractuales, comercio electrónico puede definirse como las transacciones comerciales entre individuos o empresas que se llevan a cabo mediante medios electrónicos. El comercio electrónico en sentido estricto expuesto cubre principalmente dos tipos de actividades: el pedido electrónico de bienes materiales que se entregan mediante canales convencionales como el correo o los servicios de mensajería, y el pedido, el pago y la entrega en línea ("online") de bienes y servicios intangibles o "data products", como los programas informáticos, servicios de información, recreativos, etc.». Guía jurídica sobre comercio electrónico. Cámara de Comercio de Barcelona, Marzo 2003, disponible en [http://www.cambrabcn.es/Castellano/Soluciones\\_internet/documents/GuiaESP.pdf](http://www.cambrabcn.es/Castellano/Soluciones_internet/documents/GuiaESP.pdf)

<sup>135</sup> Vid. ROSELLÓ MORENO, R., *El comercio electrónico y la protección de los consumidores.*, Cedecs, Barcelona, 2001, pp. 12 y ss.

minuto al día y en ellas pueden adquirirse casi todos los bienes o servicios imaginables, siendo una de las razones principales del éxito del comercio electrónico su accesibilidad en todo el mundo así como la existencia de una tecnología cada vez más barata, reduciendo, por tanto, los costes que la contratación conlleva<sup>136</sup>. El comercio electrónico ha dejado de limitarse a las relaciones interempresariales mediante redes propias (EDI), y se extiende mundialmente mediante redes abiertas como la *World Wide Web* (WWW) o el correo electrónico, ambas de Internet<sup>137</sup>.

## **b) Modalidades**

Debemos distinguir las diferentes modalidades de comercio electrónico con las que nos podemos encontrar ya que, dependiendo de donde nos hallemos, las reglas procesales mostraran ciertas singularidades dirigidas a la protección del sujeto que, en caso de tratarse de un consumidor, ocupará una posición inferior. Entre ellas, destacamos las siguientes<sup>138</sup>:

### **a. B2B (business to business): entre empresas**

Ha resultado ésta la actividad precursora en la utilización de las tecnologías de la información en el comercio. Las plataformas B2B son aquellas a las que mayor auge se les augura, pues están difundiéndose multitud de iniciativas B2B en la Red, iniciativas que se forman a través de los denominados "portales de Internet", auténticos mercados electrónicos o *e-marketplaces* en donde interactúan empresas de todo el mundo tratando de beneficiarse de las oportunidades que estos mercados virtuales ofrecen, como pueden ser, la reducción de costes de los negocios, inmediatez operativa, etc.

---

<sup>136</sup> PAZ-ARES, C., "El comercio electrónico (una breve reflexión de política legislativa)", *Derecho de Internet*, cit, p. 85.

<sup>137</sup> El vertiginoso crecimiento de Internet desde su aparición comercial unido a la explosión de la telefonía móvil en los últimos años hace de estos dos sectores los más dinámicos de las telecomunicaciones. La unión de ambos en el *mobile e-commerce*, gracias a la introducción de nuevas tecnologías y especialmente el UMTS, abre un campo nuevo de amplias posibilidades tanto para los operadores móviles y los agentes tradicionales de Internet, como para nuevos actores que tengan visión para entrar en este nuevo mercado. El *mobile e-commerce* es el conjunto de actividades que involucran transacciones económicas realizadas a través de una red de telefonía móvil. MULAS, V., "El comercio a través del móvil", *Régimen jurídico de Internet*, cit, p. 1204.

<sup>138</sup> Vid. DE LA CUÉTARA MARTINEZ, J. M y ECHEVARRÍA BARBERO, J. M., "Comercio electrónico. Requisitos legales para su desarrollo", *Régimen jurídico de Internet*, cit, pp. 1093 y ss.

Dentro de esta modalidad de comercio electrónico, hallamos por un lado, las plataformas que relacionan a empresas pertenecientes a distintas ramas de actividad, los llamados portales horizontales B2B y por otro, están popularizándose las plataformas entre empresas pertenecientes a la misma rama, portales verticales o temáticos quienes hoy en día se presumen como los que mayor potencial presentarán en un futuro no lejano. En definitiva, se dice que un sitio es vertical cuando se dirige a un sector económico específico, mientras que es horizontal cuando se dirige a diferentes sectores.

**b. B2C (business to consumers): entre empresas y consumidores finales**

El B2C ha sido el sector del comercio electrónico que inicialmente se instaló en Internet. Es el ejemplo más claro del comercio minorista llevado a cabo a través de la Red; las empresas que mantenían negocios fuera de Internet vieron en éste, un canal alternativo para el desarrollo de sus negocios y comenzaron a beneficiarse de su potencial ofreciendo directamente sus productos a los consumidores finales a través de la Red. Sus precedentes inmediatos podríamos situarlos en la venta por catálogo y por correo.

En el comercio electrónico y, en concreto, en el ámbito de la sociedad de la información, nace un antes desconocido concepto de consumidor que pasará a denominarse “destinatario de los servicios de la sociedad de la información o usuario”; nos hallamos ante un medio distinto y, en consecuencia, ante un consumidor o usuario diferente, lo que no puede suponer una menor protección del mismo, sino la necesidad de adaptar las normas tradicionales al nuevo entorno de Internet, lo que ha llevado a los legisladores a dictar normas específicas para la protección del consumidor que contrata telemáticamente.

En este sentido GONZÁLEZ MALABIA señala: *“Nos encontramos ante un comercio electrónico aplicado a relaciones mercantiles y un comercio electrónico empleado como instrumento de consumo, lo que determinará la existencia de connotaciones específicas en la tutela jurisdiccional otorgada a estos últimos, por la especial consideración que presentan. Bajo la denominación de contratos celebrados por consumidores y usuarios, incluso por vía electrónica, se incluye toda una heterogénea gama de situaciones jurídicas de diverso contenido, carácter y naturaleza, cuya común característica*

*viene dada por la presencia en la contratación de una parte, destinatario de los servicios de la sociedad de la información, constituido como consumidor o usuario, necesitada de una mayor y especial protección.... lo que determinará prestar un especial interés a las novedades introducidas por la LEC respecto a la protección que debe brindárseles a estos últimos”<sup>139</sup>.*

En la actualidad estas dos primeras categorías representan el 75% del comercio en la Red, pero también existen otras categorías.

### **c. B2A (business to administration): entre empresa y Administración**

Los gobiernos y, en general, las Administraciones Públicas, pueden constituirse en parte en los negocios del comercio electrónico, siendo su representación en este tipo de comercio muy variada. Se pueden resumir las distintas modalidades del comercio B2A en dos grandes unidades, la primera de ellas engloba el comercio electrónico denominado G2G o A2A, es decir, las relaciones entre diversas administraciones entre sí, y la segunda, comprende sin embargo, todas aquellas otras modalidades de comercio electrónico en las que la Administración se limita a interactuar con personas extrañas a la misma, como pueden ser los particulares, tanto personas físicas como jurídicas y tanto empresas como particulares ( B2G y C2G)<sup>140</sup>.

### **d. Otras modalidades de comercio electrónico: C2C y M2M.**

El C2C (*consumer to consumer*), consiste en aquellas actividades en las que los particulares negocian entre ellos, llevando a cabo cualquier ejemplo de transacción comercial. En estos días podemos ver en la Red toda una amplia gama de páginas web encaminadas al intercambio de productos entre particulares, el caso más característico lo conforman las subastas virtuales.

El M2M (*machine to machine*) o D2D (*device to device*), es un sector novedoso del comercio electrónico que abarca todas aquellas actividades que,

---

<sup>139</sup> GONZÁLEZ MALABIA, S., *Tutela Judicial del Comercio Electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 27.

<sup>140</sup> DE LA CUÉTARA MARTINEZ, J. M y ECHEVARRÍA BARBERO, J. M., “Comercio electrónico. Requisitos legales para su desarrollo”, *Régimen jurídico de Internet...*, cit., p. 1100.

efectuadas automáticamente por máquinas previamente programadas para ello, originan derechos y obligaciones a sus titulares<sup>141</sup>.

Otra de las modalidades en las que se puede clasificar el comercio electrónico es la siguiente:

a) Comercio electrónico indirecto: consiste en el pedido electrónico de bienes tangibles que se entregan a través de los medios tradicionales como el servicio de correos o servicios de mensajería, es decir, a través de servicios plenamente ajenos al comercio electrónico, *offline*, de manera que el *iter* contractual se desarrollará en alguno de sus aspectos (embalaje, carga, transporte) y formalizará (entrega) fuera de la Red, tal y como sucede en el comercio tradicional<sup>142</sup>.

b) Comercio electrónico directo: se trata del pedido de bienes y servicios intangibles que se adquieren directamente desde la Red, sin necesidad alguna de entrega física, es decir, consiste en la entrega (pedido, pago y suministro) en línea de bienes y servicios intangibles, susceptibles de ser transmitidos mediante la Red como son los libros electrónicos, software, archivos digitales de audio o de vídeo, noticias, información digital en general, programas informáticos, contenidos de ocio, etc.

### **c) Marco normativo**

Los negocios jurídicos que se constituyen a través de la Red, en la gran mayoría de ocasiones no son desconocidos sino que ya existían pero ahora se concluyen de una manera distinta, a través de nuevos medios de comunicación, por lo que los criterios jurídicos tradicionales siguen siendo aplicables a la hora de reglamentar el comercio electrónico si bien, en muchas ocasiones, adaptándolos a las nuevas circunstancias mediante la denominada "equivalencia funcional". Por tanto, la contratación a través de Internet no tiene

---

<sup>141</sup> Ejemplo de M2M muy curioso es el que una nevera podrá hacer el pedido de leche u otros productos automáticamente al supermercado cuando compruebe que la reserva empieza a agotarse. En el otro extremo, la otra máquina recibirá el pedido y pasará a tramitar el mismo al almacén, al tiempo que emitirá la orden de cobro del servicio al banco adecuado. Todo ello sin la necesaria intervención de persona física alguna, siendo los titulares de derechos y obligaciones sus titulares y gestores, y no, por supuesto, las máquinas. Este tipo de comercio se expandirá con la evolución de las nuevas tecnologías móviles.

<sup>142</sup> ROSELLÓ MORENO, R., *El comercio electrónico y la protección...*, cit, p. 16.



por qué dar lugar a una nueva teoría de las obligaciones, sino que seguirán aplicándose los principios clásicos del Derecho patrimonial privado.

Sin embargo, Internet representa un nuevo ámbito de contratación en el que esos principios deberán ser revisados así como actualizados, acompañando a la realidad tecnológica, realidad que incide y modifica el modo y la forma en que las personas negocian y contratan, pagan, cumplen sus obligaciones y reclaman sus derechos, etc<sup>143</sup>.

A la hora de proceder al estudio del marco normativo del comercio electrónico, observaremos en primer lugar el marco normativo que rige el ámbito del consumidor, por la importancia que su protección protagoniza en el comercio electrónico, y a continuación, el ámbito normativo del comercio electrónico, propiamente dicho.

#### **a. Consumo**

El artículo 23.1 LSSI manifiesta: *“los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en el Código Civil y en el Código de Comercio, y por las restantes normas civiles y mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y de ordenación de la actividad comercial”*. La base de la protección de los consumidores y usuarios la hallamos en el artículo 51 de nuestra Constitución, mandato constitucional que se ha desarrollado mediante la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Debemos tener en cuenta que en la nueva LEC 1/2000 el legislador ha evitado juiciosamente construir un proceso especial para tutelar a los consumidores y usuarios, optando por *“Concretar las especialidades de esta tutela en cada uno de los capítulos y secciones destinadas a regular las diversas instituciones atribuyéndole, en su caso, el debido privilegio como especialidad frente a las reglas comunes”* (Exposición de Motivos LEC, VII).

Las principales normas de protección de consumidores y usuarios son: Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1995 de Crédito al Consumo, Ley 26/1991 sobre contratos celebrados fuera de

---

<sup>143</sup> MATEU DE ROS, R., “El consentimiento y el proceso de contratación electrónica”, cit., p. 42.

establecimientos mercantiles, Ley 77/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, RD 1906/1999 por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, Ley 34/1988 General de Publicidad, Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista y, Ley 39/2002 de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

A nivel comunitario debemos destacar, entre las principales iniciativas comunitarias que persiguen la protección de los consumidores, las siguientes: Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos celebrados a distancia, Directiva 97/55/CE sobre publicidad engañosa, Directiva 85/577/CE en materia de contratos negociados fuera de locales comerciales, Directiva 98/7/CE en materia de crédito al consumo, Directiva 99/44/CE sobre la venta y la garantía de los bienes de consumo, Directiva 98/27/CE sobre las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, Directiva 95/46/CE relativa al tratamiento de datos personales, Directiva 97/66 relativa a la protección de la intimidad en el sector de las Telecomunicaciones, Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, etc.

## **b. Comercio electrónico**

Entre los principales documentos regulatorios del comercio electrónico, resaltamos los dos siguientes: Ley 59/2003 de 19 de diciembre de 2003 de Firma Electrónica y, por supuesto, Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico (LSSI), norma que ha resultado de enorme importancia a la hora de proceder a la regulación del comercio electrónico<sup>144</sup>.

Las dos normas vigentes de mayor importancia en el ámbito comunitario son: la Directiva 99/93/CE, de 13 de diciembre, por la que se establece un marco común para la firma electrónica y, la Directiva 200/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados

---

<sup>144</sup> Existen autores como SCHULTZ, T., que consideran que los ODR podrían llegar a introducirse como nuevos actores de la regulación del comercio electrónico y se debería hablar de ellos cuando del marco normativo del comercio electrónico se trate. *Réguler le commerce électronique par la résolution...*, cit, p. 4.

aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior<sup>145</sup>.

La velocidad a la que acontecen los cambios tecnológicos en este sector debe ser tenida en cuenta a la hora de proceder a la elaboración de sus normas reguladoras, evitando que, por estar asociadas a una determinada tecnología, queden obsoletas en un plazo breve de tiempo; en la medida de lo posible, las normas deben ser tecnológicamente neutras<sup>146</sup>.

No podemos olvidar la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), que ha ocupado el papel protagonista a la hora de desarrollar el comercio electrónico, especialmente a través de su Ley Modelo sobre Comercio electrónico de 1996, modificada en 1998<sup>147</sup>. Esta ley tiene por objeto facilitar el uso de medios modernos de comunicación y proponer a los diferentes legisladores un conjunto de disposiciones jurídicas a nivel internacional, de manera que los principales obstáculos al desarrollo del comercio electrónico sean eliminados y su adopción se traduzca en una mayor seguridad jurídica. Este texto, compuesto de 17 artículos y acompañado de una guía jurídica para la incorporación de la ley, se basa en el establecimiento del equivalente funcional de conceptos entre el documento en soporte papel y el documento electrónico y, entre la firma autógrafa y la firma electrónica, proporcionando los criterios para apreciar el valor jurídico de los mensajes electrónicos. Asimismo, se sustenta en el principio de la neutralidad tecnológica, en virtud del cual el legislador no debe privilegiar el uso de ninguna tecnología en particular.

---

<sup>145</sup> Su origen lo ubicamos en la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social y al Comité de las Regiones, bajo el título “*Sobre la iniciativa europea de comercio electrónico*” COM (97) 157 final, de 16 de abril de 1997.

La Unión Europea ha publicado una gran número de iniciativas, recogidas en diferentes documentos, que incluyen diferentes propuestas y comunicaciones relativas a los aspectos jurídicos del comercio electrónico, entre ellas, destacamos la Iniciativa Europea de comercio electrónico (COM (97) 157 final), Comunicación sobre comercio electrónico y fiscalidad indirecta, (COM (98) 374 final), Comunicación sobre contenidos ilegales o dañinos en Internet, (COM (96) 487), Comunicación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo (COM (1998) 198 final), etc.

<sup>146</sup> MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Estudios de Derecho Mercantil, nº 50, Civitas, Universitat de les Illes Balears, 1998, p. 12 y p. 41.

<sup>147</sup> Fue el 14 de junio de 1996, cuando se aprobó la Guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley modelo UNCITRAL, sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos y otros medios conexos de comunicación de datos. Vid. PAZ-ARES, C., “El comercio electrónico...”, cit., pp. 88 y ss.

La esencia primordial de la ley consiste en abrir la puerta al comercio electrónico, brindando un conjunto de reglas internacionalmente tolerables que puedan ser empleadas por los diferentes Estados para superar los obstáculos e inseguridades jurídicas que existen en torno al uso de medios de comunicación electrónicos en el comercio internacional.

### **C) Validez de los contratos electrónicos**

La contratación electrónica constituye una de las primordiales actividades comprendidas en el comercio electrónico. En su significado original ha sido sinónimo de compra electrónica. Actualmente se ha extendido y abarca todos los aspectos de los procesos de mercado y empresa habilitados por Internet y las tecnologías de la *World Wide Web*<sup>148</sup>. El mismo anexo de la LSSI, concretamente el anexo h), define el contrato electrónico como el «*contrato celebrado por vía electrónica o todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones*». En definitiva, los contratos electrónicos son aquellos que se celebran o perfeccionan por medios electrónicos, también son conocidos como “*click wrap agreement*”<sup>149</sup>.

Las principales características de la contratación electrónica a través de Internet y de las redes abiertas, que lo diferencian de la contratación tradicional, pueden resumirse en las dos siguientes:

(a) No se requiere la presencia física de las partes, planteándose numerosas cuestiones legales como pueden ser la identificación de las partes y la autenticidad de sus declaraciones de voluntad, cuestiones que se han visto resueltas en gran medida con la llegada de la firma electrónica que a continuación estudiaremos.

---

<sup>148</sup> MORENO NAVARRETE, M. A., *Contratos electrónicos*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 33 y ss.

<sup>149</sup> La contratación electrónica es la manera de llevar a cabo transacciones comerciales a través de Internet y de otras redes de comunicaciones y se puede definir como el acuerdo de voluntades entre dos o más partes que se formaliza mediante el intercambio de datos a través de medios o dispositivos electrónicos, informáticos o telemáticos y que, por tanto, establece un nuevo marco jurídico de relaciones constitutivas de derechos y obligaciones. Guía jurídica sobre comercio electrónico. Cámara de Comercio de Barcelona, cit.

No se trata de un fenómeno desconocido pues sus primeras manifestaciones surgieron ya en la década de los 80, cuando asistimos al nacimiento del todavía vigente EDI (*Electronic Data Interchange*).

(b) Cambio del soporte papel al documento electrónico. La práctica totalidad de las actuaciones que conlleva la contratación electrónica (incluyendo la suscripción del contrato y, en algunas ocasiones hasta el cumplimiento de las prestaciones pactadas<sup>150</sup>) se llevan a cabo por esta misma vía, sin la necesidad de recurrir a los tradicionales soportes en papel, ni siquiera requiriendo la utilización de la firma manuscrita.

En España no ha existido hasta la llegada de la LSSI una regulación global de la contratación electrónica. El reconocimiento de la eficacia jurídica de los contratos electrónicos ha ido evolucionando a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al amparo del principio de "libertad de forma".

Partiendo de este principio que rige los contratos en nuestro ordenamiento, el Tribunal Supremo ha reconocido la eficacia de los nuevos medios tecnológicos como instrumentos válidos para declarar la voluntad de las partes de quedar contractualmente vinculados sin la existencia de un soporte papel, siempre y cuando pueda probarse la autenticidad del consentimiento. Entre ellas, destacamos la STS de 31 de mayo de 1993 relativa a la compraventa por télex como medio de contratación<sup>151</sup> y, la STS de 3 de noviembre de 1997 en la que se deja de identificar el concepto de contrato y el de documento con el de "escrito físico en soporte papel", señalando: *«estamos asistiendo en cierto modo en algunas facetas de la vida, incluso jurídica, al ocaso de la civilización del papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. El documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse ya en exclusiva con el papel, como soporte, ni con la escritura como unidad de significación...»*<sup>152</sup>.

Ha sido la LSSI quien ha reconocido, concretamente en su artículo 23, por primera vez y con carácter general para todo el ordenamiento jurídico español, la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, al establecer que cuando la ley exija que un contrato conste por escrito, este requisito se verá cumplido si el contrato se contiene en un soporte electrónico. Sin embargo, existen negocios que, por la trascendencia de su objeto, se consideran que no pueden celebrarse por esta vía, con lo que el artículo 23

---

<sup>150</sup> Como ocurre, por ejemplo, con la música y libros electrónicos.

<sup>151</sup> RAJ 1993\4061.

<sup>152</sup> RAJ 1997\8252.

LSSI en su párrafo cuarto, excluye del ámbito de aplicación de la ley, los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones y los que requieren forma documental pública o intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad o mercantiles o autoridades públicas<sup>153</sup>.

A pesar de ser diferente el medio que se utiliza para contratar o para emitir las voluntades de las partes a la hora de perfeccionar el contrato electrónico, respecto a los tradicionales formatos que hasta ahora se han venido utilizando, tales como el papel, fax o telégrafo, la base de la contratación electrónica se encuentra en las normas que regulan la contratación tradicional, es decir, en el Código de comercio y en el Código Civil aunque junto con las especificidades del título IV LSSI, artículos 23 a 29. El objetivo de la LSSI consiste en establecer un marco jurídico idóneo en las actividades realizadas por medios electrónicos partiendo de las normas generales y especiales que las regulen y ocupándose únicamente de aquellos aspectos que tanto por su novedad, como por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no están protegidos por la legislación.

Tanto nuestro Código Civil (arts. 1.254 y ss) como el Código Mercantil (arts. 50 y ss) recogen, con carácter general, la regulación del régimen contractual, aplicable asimismo a la contratación electrónica. Debemos distinguir los contratos de naturaleza civil y los de naturaleza mercantil para entender que normativa será aplicable a cada contrato electrónico. Así, tendrán naturaleza mercantil aquellos contratos en que intervenga una empresa, un empresario o un comerciante con el objetivo de servir o realizar una finalidad propia de la empresa, negocio o actividad empresarial que lleve a cabo; mientras que tendrán naturaleza civil, aquellos suscritos por los destinatarios finales de los bienes o servicios objeto del contrato, siempre que éstos no estén destinados a la finalidad propia de la empresa o actividad empresarial aunque intervenga una empresa o un comerciante<sup>154</sup>.

Sin embargo, la LSSI ha unificado el régimen aplicable a ambos contratos civil y mercantil, en lo relativo a:

---

<sup>153</sup> Actualmente, la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico (art. 9) establece la obligación de los estados miembros de velar para que sus legislaciones permitan los contratos suscritos por vía electrónica y garanticen su eficacia y validez jurídica (exceptuando de estas reglas determinados contratos, entre otros, los que afecten derechos inmobiliarios y aquellos contratos por los cuales se pida la intervención de tribunales, autoridades o profesionales, por ejemplo, notarios).

<sup>154</sup> Guía jurídica sobre comercio electrónico. Cámara de Comercio de Barcelona, cit.

- Momento de perfeccionamiento del contrato: encontrándose en lugares diferentes tanto el oferente como el aceptante, el contrato civil o mercantil no se entiende suscrito hasta que el oferente conozca la aceptación o desde que, habiéndola remitido el aceptante, no pueda el oferente ignorarla sin faltar a la buena fe (arts. 1.262 CC y 54 CC). No obstante, en los contratos civiles o mercantiles celebrados mediante dispositivos automáticos se entiende suscrito el contrato desde que se manifiesta la aceptación.

- Lugar de celebración del contrato: cuando el oferente y el aceptante se encuentran en lugares diferentes, el contrato civil o mercantil se entiende perfeccionado en el lugar en que se realizó la oferta (art. 1.262 Código Civil y art. 54 del Código de Comercio). El artículo 27 LSSI señala que los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual, mientras que los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

Son otros muchos los aspectos jurídicos que nos interesan a la hora de estudiar la contratación electrónica, cabe destacar, aunque sea brevemente, los siguientes:

a) Para la válida celebración de los contratos electrónicos no resulta necesario el previo acuerdo de las partes sobre el uso de medios electrónicos.

b) La LSSI declara la plena validez legal y eficacia de los contratos electrónicos, siempre y cuando concurra el consentimiento y los requisitos necesarios para su validez (art 23.1 LSSI), así como la adecuación del soporte electrónico para cumplir el requisito de la forma escrita a efectos probatorios si se dan determinadas condiciones (arts 23.3 y 24 LSSI). Excepcionalmente, la validez de determinados contratos se condiciona al cumplimiento de algunos requisitos de forma específica (por ejemplo, la constitución de una hipoteca sobre un inmueble pide el otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad). En estos casos, tal y como prevé el artículo 23.4 de la LSSI, y mientras no se articulen mecanismos para el otorgamiento de documentos públicos electrónicos, los negocios jurídicos habrán de perfeccionarse fuera de la Red (*off line*), de manera que la página web opere

sólo como herramienta de puesta en relación, promoción, publicidad entre oferentes de productos/prestadores de servicios y sus potenciales clientes<sup>155</sup>.

c) Para que nazca un contrato, es preciso que concurra la oferta y aceptación de las partes contratantes sobre el objeto y el precio; cuando las declaraciones de voluntad se formulen a través de Internet, nos cuestionamos el cumplimiento de este requisito.

La oferta se asienta en una declaración de voluntad dirigida a una persona determinada o incluso, como ocurre en la gran mayoría de ocasiones en la Red, al público en general, en que se invita a la celebración de un contrato. Por tanto, la oferta tiene que ser precisa, completa y definitiva de manera que revele inequívocamente el propósito del su autor a vincularse.

En este sentido, el artículo 27 de la LSSI señala la información que los prestadores de servicios de la sociedad de la información que realicen actividades de contratación electrónica tendrán que poner a disposición de los destinatarios. La obligación de informar a los destinatarios se tendrá que realizar de una forma clara, comprensible e inequívoca antes de iniciar el procedimiento de contratación sobre los siguientes extremos: a) los diferentes tramites que se han de seguir para celebrar el contrato, b) si el prestador archivará el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste será accesible, c) los medios técnicos que el prestador ponga en disposición para identificar y corregir errores en la introducción de datos y d) el idioma o idiomas en el cual se podrá formalizar el contrato.

d) Tratamiento de la aceptación: la aceptación, para dar lugar a un acuerdo contractual, debe dirigirse al oferente, referirse a la oferta, coincidir perfectamente con ésta y expresar la intención de concluir el contrato propuesto. La aceptación debe producirse, además, mientras la oferta continua vigente, ya que de otra manera no podrá llevarse a cabo el acuerdo de voluntades.

El artículo 28 de la LSSI establece la obligación para el ofertante de confirmar la recepción de la aceptación por alguno de estos medios: a) el envío de un acuse de recepción, por correo electrónico o por algún otro medio de comunicación equivalente, a la dirección que el aceptante haya señalado, en el

---

<sup>155</sup> Vid. Guía jurídica sobre comercio electrónico. Cámara de Comercio de Barcelona, cit.



termino de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o b) la confirmación, por un medio equivalente a la utilizada en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario.

e) Destacamos entre los derechos de los usuarios como consecuencia de la contratación a través de Internet, los siguientes<sup>156</sup>: a) Derecho a que las comunicaciones comerciales sean identificables como tales de forma clara, b) Derecho a acceder con facilidad y de forma permanente a los datos identificativos del prestador o proveedor de los servicios a través de Internet, d) Derecho a que las condiciones que aparezcan en la Web del proveedor sean consideradas como oferta vinculante para el mismo, e) Derecho a que el proveedor acuse sin demora recibo de cualquier pedido que realice un usuario, f) Derecho a que las comunicaciones que se realicen entre el cliente y el proveedor sean seguras y estén a salvo de la interceptación, g) Derecho a que sólo tenga por válido el consentimiento del cliente expresado de forma expresa e inequívoca a través de la pulsación del botón, h) Derecho a la descarga e impresión e las páginas el proveedor, i) Derecho a obtener una copia impresa del contrato en papel firmada por apoderado de la entidad proveedora del servicio y j) Derecho a la comunicación con la entidad en cualquier momento de la contratación, etc.

### **3) Posibles problemas de seguridad.**

El crecimiento acelerado y el auge que en los últimos años ha presentado la Red ha mostrado las falencias que presenta en seguridad este sistema, lo que ha generado una alarma creciente en la transmisión de datos y en especial en la celebración de negocios por este medio. Además, a ello hay que añadirle los problemas que, como veremos, pueden surgir de la utilización de sistemas informáticos<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> Vid. Guía jurídica sobre comercio electrónico. Cámara de Comercio de Barcelona, cit.

<sup>157</sup> También se dice que si bien los sistemas operativos no son todo lo seguro que cabría esperar y lo mismo ocurre con los protocolos y tecnologías sobre las que descansan las comunicaciones, «posiblemente, la mayor debilidad en lo que a la seguridad se refiere, está en la excesiva confianza, desconocimiento, o posible negligencia de los usuarios y responsables de los sistemas informáticos y comunicaciones». "El problema de la seguridad en Internet", *Libro de ponencias de Mundo Internet' 97, II Congreso Nacional de usuarios de Internet e*

El principal problema con el que nos encontramos en el arbitraje *on line* es la falta de seguridad que, en muchas ocasiones, el llevar a cabo los actos procesales por medios electrónicos provoca a los usuarios. Es por ello que uno de los asuntos prioritarios que se deben tener en cuenta, es el de asegurar la existencia de garantías suficientes para que la solución de la controversia por las instancias extrajurisdiccionales electrónicas ofrezcan ciertos niveles de calidad y seguridad requeridos para la administración de justicia.

A través de la firma electrónica se han logrado disminuir estas inseguridades y dotar de confianza a los usuarios en la utilización de estos medios, garantizando así la circulación del documento electrónico.

### **A) Necesaria implantación de una seguridad técnica y jurídica**

La creación de un sistema de arbitraje *on line* debe basarse en medidas que aporten un alto grado de seguridad jurídica así como técnica dado que los derechos que se encuentran en juego son de gran importancia. Una falla del sistema podría implicar una afectación de derechos y principios de rango constitucional. Es por ello que la confianza y la seguridad son dos de los aspectos más importantes en las transacciones *on line*<sup>158</sup>. Por tanto, son dos las medidas de seguridad que deben respetarse en este campo:

#### **a) Seguridad técnica o informática**

El objetivo de la seguridad informática es proteger los recursos informáticos valiosos del prestador de servicios de ODR, tales como la información, el *hardware* o el *software*; los prestadores deberán proteger sus sistemas para garantizar la oferta de sus servicios de una forma eficiente, correcta y segura. Debemos ser conscientes que la protección de los sistemas y de la información no suele eliminar por completo la posibilidad de que estos

---

*Infovia*, Madrid, 4, 5 y 6 de febrero de 1997 organizado por la Asociación de Usuarios de Internet, p. 593.

<sup>158</sup> En este sentido, ROSELLÓ MORENO, R., señala: «La utilización de las redes de comunicación abiertas como Internet pueden plantear problemas de distinta índole, tanto generales: relacionadas con el soporte físico que permite la comunicación, incluyendo aquellos que se presentan por la deficiencia de algún componente técnico, como por aquellos que se encuentran asociados íntimamente con la seguridad en el envío de información a través de redes de comunicación abiertas». *El Comercio electrónico...*, cit., p. 23.

bienes sufran daños, por ello, se deberán implantar medidas de protección que aseguren los riesgos hasta niveles aceptables<sup>159</sup>.

Los sistemas informáticos son vulnerables a multitud de amenazas que pueden provocar daños que desemboquen en pérdidas significativas. Estos daños pueden variar desde simples errores en el uso de aplicaciones que comprometen la integridad de los datos, pasando por intrusiones fraudulentas, accidentes, hasta virus. Los efectos de dichas amenazas pueden ser muy diversos<sup>160</sup>. Existe un inmenso elenco de medidas de seguridad que pretenden la reducción (porque la desaparición tal vez no sea posible en su totalidad) de dichos incidentes en los sistemas informáticos. Estas medidas pueden ser tanto medidas de seguridad meramente técnicas como medidas de seguridad de gestión, que en muchas ocasiones resultan más eficaces que las primeras, así diferenciamos entre<sup>161</sup>:

a) Medidas técnicas: consisten en medidas que tratan de conservar la integridad, confidencialidad y disponibilidad de la información. Las técnicas más usadas, aunque existen muchas otras, son: los antivirus, los cortafuegos, las copias de respaldo, los mecanismos de autenticación y la criptografía.

b) Medidas de gestión: son aquellas medidas diseñadas para evitar o controlar los daños que se pueden producir en las comunicaciones informáticas. La política de seguridad de un proveedor se reflejará en las normas y procedimientos internos que se deberán seguir para conservar la seguridad en los sistemas; los planes de contingencia son aquellos procedimientos que deberán utilizarse ante la aparición de determinadas incidencias que arriesguen el buen funcionamiento de los sistemas.

---

<sup>159</sup> GALDAMEZ P., "Seguridad informática", Actualidad TIT, Revista del Instituto Tecnológico de informática, nº 1, 2003. Respecto a los métodos de protección de la seguridad, vid. Gretel 2000, grupo de Regulación de las Telecomunicaciones, *Convergencia, competencia y regulación en los mercados de las Telecomunicaciones, el audiovisual e Internet*. Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, (coords. PÉREZ MARTÍNEZ, J y FEIJOO GONZÁLEZ, C.), Madrid, 2000, pp. 561-572.

<sup>160</sup> «Unos pueden comprometer la integridad de la información o de los sistemas, otros pueden degradar la disponibilidad de los servicios y otros pueden estar relacionados con la confidencialidad de la información». GALDAMEZ P., "Seguridad informática"..., cit.

<sup>161</sup> GALDAMEZ P., "Seguridad informática"..., cit.

Uno de los mayores problemas que provoca inseguridad a la hora de llevar a cabo un proceso *on line*, es el de la manipulación de documentos<sup>162</sup>; por ello, el arbitraje electrónico debe asegurar los siguientes términos: privacidad, confidencialidad, integridad, autenticación y no repudio de los documentos que a través del proceso circulan por la Red, seguridad que se conseguirá gracias a la utilización de la firma electrónica.

Pero no debemos alarmarnos y olvidar que los documentos tradicionales también pueden ser manipulables, en este sentido se pronuncia SANCHIS CRESPO, quien señala: *«La creencia que un documento en soporte informático es fácilmente manipulable, no es más que eso, una creencia, con poca justificación práctica. Para adulterar un documento informático se necesitan ciertos conocimientos técnicos que no todo el mundo posee, ¿o es que cualquiera sabe falsificar un disco óptico?, mientras que para falsear un documento escrito en soporte tradicional, a pesar de ser necesarias indudablemente ciertas cualidades el material necesario es mucho más asequible»*<sup>163</sup>.

## **b) Seguridad jurídica**

Como hemos dicho, además de seguridad técnica se requiere la existencia de una seguridad jurídica en orden a proteger la información que

---

<sup>162</sup> *La prueba por medios audiovisuales de instrumentos...*, cit., p. 69.

Sin embargo, si bien es cierto que obviamente los documentos en papel pueden también falsificarse, también lo es que las técnicas para falsificar documentos en papel son más conocidas por el momento y, por tanto, más fácilmente detectables. Pero como claramente muestra la STC de 16 de noviembre de 1992 (RTC 1992/190), aunque existe riesgo de manipulación, ello no implica que se le niegue eficacia probatoria, y en este sentido señala en su fundamento jurídico tercero: *“Con carácter general, debe reconocerse que toda grabación magnetofónica presenta una posibilidad cierta de manipulación, trucaje y distorsión del contexto global en el que tuvieron lugar las manifestaciones reproducidas, siendo perfectamente concebible que en ella se imite la voz de una persona al objeto de atribuirle unas declaraciones de las que no fue autor y que, incluso, nunca se produjeron. Mas una cosa es que, para evitar la proliferación de «pruebas» artificiosamente conseguidas, se recomiende proceder con suma cautela a la hora de admitir como tales las manifestaciones contenidas en uno de estos soportes, y otra bien distinta es que deba negárseles radicalmente toda eficacia probatoria”*.

<sup>163</sup> A través de los denominados “sistemas de autenticación” lo que se pretende es verificar la identidad de un usuario. Entre los sistemas más comunes podemos nombrar los siguientes, presentando cada uno de ellos diferentes grados de seguridad: (a) La simple asignación y utilización del nombre de usuario y contraseña, (b) La utilización de sistemas criptográficos y por último, (c) Sistemas de reconocimiento biométrico.

Tanto la Directiva sobre Comercio electrónico 2000/31 como el Anteproyecto de Convención sobre comercio electrónico tratan de minimizar los riesgos de alteración de los documentos electrónicos, señalando que los proveedores de servicios faciliten los términos del contrato al destinatario “de una manera que le permita conservarlos y reproducirlos”.

circula en los procesos arbitrales y conseguir la confianza de los usuarios. En este sentido, quienes participen en los procesos de solución de conflictos *on line* han de poder contar con un marco jurídico que les permita confiar en una adecuada protección de sus legítimos derechos y expectativas en un grado que al menos no resulte inferior a la protección que disponen en el mundo *off line*.

La seguridad jurídica en torno estos aspectos ha venido principalmente otorgada por la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico 34/2002, por la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal 15/1999<sup>164</sup> y por la Ley de Firma Electrónica 59/2003.

Sin embargo, uno de los mecanismos más utilizados para otorgar la seguridad y confianza que requieren los usuarios en el entorno *on line* son las denominadas marcas de confianza<sup>165</sup>; los sellos y marcas de confianza basados en códigos de buena conducta surgen así como una respuesta a estos problemas de seguridad de los que venimos hablando y son promovidos tanto por la normativa comunitaria como por nuestra LSSI. En este sentido nos encontramos con tres mecanismos que resultan sumamente ventajosos a la hora de garantizar una cierta confianza a los usuarios, éstos son:

- a) El sistema de autorregulación, fomentado generalmente por asociaciones sectoriales.
- b) Los sellos basados en normas o especificaciones elaborados por entidades certificadoras.

---

<sup>164</sup> El ordenamiento jurídico, en concreto la Ley Orgánica de Protección de datos, impone a su vez determinados niveles de seguridad en sentido tecnológico para proteger ciertos derechos o intereses, como por ejemplo sucede con los responsables de ficheros que contengan datos de carácter personal quienes, para preservar el derecho a la intimidad de las personas físicas, están obligados a implantar y mantener determinadas medidas de seguridad en el tratamiento que serán más sofisticadas cuando los ficheros contengan datos de carácter personal sensibles.

<sup>165</sup> Debemos ser conscientes que además, en el entorno *on line*, uno de los medios más adecuados para otorgar confianza a los usuarios se basa en la reputación que el ODR pueda presentar. El comercio electrónico y los métodos de solución de conflictos *on line* están deslocalizados, "no tienen lugar en ningún lugar", por lo que carecen de un medio social para establecer su reputación a diferencia de lo que ocurre en las comunidades *off line* en donde recurrimos a la proximidad geográfica, las costumbres sociales, publicaciones, periódicos, etc. Muchos usuarios no saben en las manos de quien se están resolviendo sus conflictos, lo que provoca que se sientan más desconfiados. Ello nos hace recordar el famoso dibujo animado en el que sale un perro frente a un ordenador enviando un mail, dibujo que refuerza la creencia que en Internet no se sabe quien está al otro lado de la pantalla, ni siquiera si es un ser humano. A pesar de ello, no tenemos que asustarnos, es cierto que Internet no es enteramente confiable pero tampoco lo es el espacio físico. Lo que si es evidente es que en el mundo físico cada uno de nosotros tenemos ya una cierta experiencia a la hora de evaluar el nivel de confianza que se nos presenta.

c) Códigos de buenas prácticas.

La *American Bar Association*, en su recomendación sobre las buenas prácticas en el sector de los mecanismos de arbitraje *on line*, propone la armonización de algunos aspectos de información que deben contener los proveedores de servicios de arbitraje *on line*, que junto a los otorgados en el Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos de diciembre de 2002 se pueden resumir en los siguientes, para así poder otorgar a los recurrentes a estos medios la confianza que éstos desean<sup>166</sup>:

I. Información de carácter general (nombre o denominación social, dirección de correo electrónico, etc.).

II. Explicación de los servicios o procesos de resolución de disputas (descripción de los tipos de servicios que se ofrecen, reglas de procedimiento, consecuencias legales del resultado, etc.).

III. Uso de tecnologías y plataformas *on line* para resolución de litigios (información sobre el *software* y *hardware* necesarios para la utilización de los servicios *on line*, si utiliza sistemas de seguridad que permiten identificar a los participantes, si utiliza sistemas de archivo, etc.).

IV. Información específica respecto a la formación en el uso de sistemas *on line* (si educan a los participantes y respecto de la forma de llevar acabo los procesos *on line*, si brindan formación para adaptar los conocimientos de los terceros neutrales, etc.).

V. Coste y financiación de los servicios *on line*.

VI. Imparcialidad del proveedor de servicios (proceso de selección de los terceros neutrales, etc.).

VII. Confidencialidad, privacidad y seguridad de la información (informar de su política de privacidad, si son miembros de algún sello o marca de confianza, si el sitio web utiliza sistemas tecnológicos para identificar o seguir las actividades o conductas de los participantes, confidencialidad específica de los procedimientos y aquella relacionada

---

<sup>166</sup> *Recommended best practices by online dispute resolution service providers, American Bar Association, task force on ecommerce and ADR, 2002* y Libro Blanco sobre mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, diciembre 2000, en <http://www.e-global.es/i+confianza.htm> (fecha de consulta: 14/02/2006).

con los participantes y procedimientos, el tipo de seguridad que el sitio web ha implementado para salvaguardar la información de los participantes, la seguridad de la información provista por las partes, políticas de archivo y retención de la información, etc.).

#### VIII. Cualificación y responsabilidad de los terceros neutrales.

La organización de la resolución de conflictos *on line* reclama la implantación de herramientas que den seguridad a las transacciones y garanticen los derechos de los usuarios, lo que tiene que ser acordado a escala supraestatal y es por ello que la técnica más apropiada para superar los problemas de seguridad que provocan las redes se solventa con la aparición de la denominada firma electrónica<sup>167</sup>.

#### B) La Firma electrónica

Un documento electrónico podrá firmarse: a) escribiendo la firma (el nombre) al final del documento electrónico, b) escaneando la firma escrita a mano, c) haciendo clic en un botón en una página web y por último, d) mediante el empleo de la firma electrónica<sup>168</sup>. El último método es el más seguro y a él vamos a dedicarnos.

La firma electrónica surge para dar seguridad a los documentos electrónicos, así como para dotarles de un instrumento análogo a la firma manuscrita que sea manifestación irrefutable de la voluntad del remitente de la información<sup>169</sup>. La falta de confianza del usuario es el principal obstáculo al desarrollo de la sociedad de la información y del comercio electrónico y los datos más recientes, tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley de Firma Electrónica, muestran que aún existe desconfianza de los intervinientes en las transacciones telemáticas, por lo que como respuesta a esta necesidad de otorgar confianza a las comunicaciones por Internet surge la firma electrónica.

---

<sup>167</sup> Vid. Meeting of OAS-CIDIP-VI Drafting Committee on Secured transaction conference transcript, "Electronic commerce aspects of secured transactions", Arizona journal of International and Comparative Law, Verano, 2001. Vid también, ABDEL WAHAB, M., "La technologie sape-t-elle la confiance? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne", *La Technologie au service du règlement...*, cit, pp. 45 -55.

<sup>168</sup> Las firmas biométricas aún no están casi desarrolladas.

<sup>169</sup> RIBAGORDA GARNACHO, A., "Sistemas de certificación. La firma y el certificado digital", *Régimen jurídico de Internet*, La Ley, Madrid, 2002, p.1320.

Por la importancia que adquiere la firma electrónica en el arbitraje *on line* como generadora de confianza en los documentos electrónicos, resulta necesario realizar un breve estudio sobre su funcionamiento, caracteres y utilización.

### a) Regulación y concepto

La firma electrónica viene regulada en la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica<sup>170</sup>; Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica que deroga el anterior RD-Ley 14/99, de 17 de septiembre sobre firma electrónica<sup>171</sup> y Orden de 21 febrero de 2000, Reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de certificación de determinados productos de firma electrónica<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> D.O.C.E L 13, de 19 de enero de 2000. Su origen se encuentra en la Comunicación de la Comisión de la Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social y al Comité de las Regiones, bajo el título *"garantizando la seguridad y confianza en la comunicaciones electrónicas: hacia un marco europeo para las firmas digitales y la encriptación"*, (COM (97) 503), de 8 de octubre de 1997.

<sup>171</sup> La nueva Ley de Firma Electrónica se promulga para reforzar el marco jurídico existente incorporando a su texto algunas novedades respecto de la ley anterior que contribuirán a agilizar y dinamizar el mercado de prestación de servicios de certificación. Para ello revisa la terminología, modifica la sistemática y simplifica el texto facilitando su comprensión (Exp. Motivos III LFE). Un estudio sobre el proyecto de Ley de Firma electrónica publicado el 20 de junio de 2003 en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados (nº 158-1) se encuentra en, DAVARA RODRIGUEZ, M. A., *Anuario de Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)*, Davara & Davara, 2004, pp. 177- 197. Práctico resulta el glosario de términos que dicho anuario ofrece al final de cada capítulo.

<sup>172</sup> La primera vez que se reguló la firma digital fue en 1995 en Utah (EEUU), más tarde surgieron otros proyectos legislativos en Georgia, California y Washington hasta que finalmente se adoptó la Ley Federal sobre firma Electrónica de EEUU. Un análisis y estudio comparado de la Directiva Europea sobre Firma Electrónica con la Ley de Firma Electrónica Federal de Estados Unidos (Electronic signatures in global and National Commerce Act, 15 U.S.C, 2000, "e-sing") resulta interesante en: LINCOLN, A., "Electronic signature laws and the need for uniformity in the global market", *Journal of Small and Emerging Business Law*, Primavera, 2004. El autor demuestra que si bien ambas leyes han seguido el mismo camino y pautas, han adoptado diferentes posturas en orden a su ejecución y para ello, realiza un estudio de las diferencias y semejanzas de ambas leyes y aboga por la necesidad de una uniformidad en orden a garantizar las transacciones internacionales con mayor facilidad. Destaca como principal diferencia entre ambas normas el que "e-sign" es tecnológicamente neutral y permite el uso de diversas firmas electrónicas, mientras que la Directiva Europea se ciñe a la firma digital al considerarla más segura que el resto de firmas electrónicas, a pesar de, como opina el autor, ésta pueda quedarse obsoleta ante la aparición de nuevas y mejores tecnologías. El mismo autor refleja los problemas que pueden surgir cuando un ciudadano americano pretenda negociar con un europeo y tenga que adoptar como firma del contrato la firma digital, para lo que necesitará las claves públicas y privadas que le otorgue una entidad de certificación europea, lo que resultará mucho más costoso además de complicado que hacerlo *off line*. Otro estudio comparativo sobre el tema lo encontramos en, CHING, L., "Electronic signatures: A Comparison of American and European Legislation", *25 Hastings International and Comparative Law Revue*, 2002, pp. 199 y ss.



La nueva Ley de Firma Electrónica persigue promover un uso más generalizado de la firma electrónica como instrumento generador de confianza y seguridad en las comunicaciones electrónicas y por ello, entre las principales novedades que incorpora dicha ley respecto del RD- Ley 14/99, de 17 de septiembre de Firma Electrónica, se encuentra el marco básico para el desarrollo del DNI digital, la reducción de la cuantía de las garantías económicas de los prestadores de servicios de certificación y el establecimiento de las bases para trasladar al ámbito telemático los apoderamientos<sup>173</sup>.

Como acabamos de mencionar, una de las principales novedades que incorpora la nueva ley de firma electrónica es la creación del DNI electrónico, si bien no vamos a entrar en el estudio de este documento por exceder del objeto de nuestro trabajo, solo diremos que el DNI electrónico acredita la identidad de su titular en cualquier procedimiento administrativo y a su vez, permite la firma electrónica de documentos. La ley se limita a establecer su marco normativo básico remitiéndose a la normativa específica en cuanto las particularidades que presente su régimen jurídico.

Centrándonos ya en la firma electrónica, se debe entender ésta como la firma manuscrita digitalizada<sup>174</sup> y conforme a la Ley 59/2003 sobre firma electrónica, nos encontramos con tres tipos diferentes de firma electrónica, a diferencia de lo que ocurría en el anterior RD Ley 14/1999 que solo distinguía dos: firma electrónica y firma electrónica avanzada. Ahora la nueva ley distingue entre:

1) Firma electrónica, que tal como define la ley en su artículo tercero: "*La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados*

---

<sup>173</sup> A nivel autonómico nos encontramos con el Decreto 87/2002 de 30 de mayo del Gobierno Valenciano por el que se regula la utilización de la firma electrónica avanzada en la Generalitat Valenciana; este Decreto también se ocupa de la regulación de la prestación de los servicios de certificación de firma electrónica por parte de la Administración Valenciana. Vid. además, la Instrucción del 19 de octubre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el uso de la firma electrónica de los fedatarios públicos; la Resolución de 21 de noviembre de 2000, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera sobre el procedimiento de tramitación de solicitud de certificados electrónicos en les dependencias de la Caja de Depósitos y sus sucursales; RD 1317, de 30 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 81 de la Ley 66/1997 de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en materia de prestación de servicios de seguridad por la Fabrica Nacional de Moneda y Timbre- Real Casa de la Moneda, en las comunicaciones a través de medios electrónicos, informáticos y telemáticos con las Administraciones públicas. También resulta sumamente interesante la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre firma electrónica de 2001.

<sup>174</sup> SANCHIS CRESPO, C., *La prueba por medios audiovisuales. e instrumentos de archivo en la LEC1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 93.

*junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”.*

2) Firma electrónica avanzada: es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control (art. 3.2 Ley de Firma Electrónica)

3) Firma electrónica reconocida: es la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

La ley introduce como novedad fundamental la posibilidad de las personas jurídicas de poseer la firma electrónica con el objetivo de integrarlas en el tráfico telemático<sup>175</sup>. La ley de firma electrónica anterior permitía a estas personas jurídicas ser titulares de certificados electrónicos pero únicamente en el ámbito de la gestión de tributos. Como garantía, la ley exige ciertas cautelas pues se requiere una especial legitimación a las personas físicas que soliciten certificados electrónicos de personas jurídicas y además, les obliga a una especial custodia de los datos de creación de firma asociados a cada certificado.

## **b) Funcionamiento**

Debemos conocer, aunque sea brevemente, los métodos técnicos que soportan la firma electrónica en orden a su mayor comprensión y estudio.

El método técnico que utiliza la firma electrónica es el de la criptografía, método que se basa en algoritmos matemáticos que tratan de cifrar el contenido de un mensaje; mediante el cifrado, los datos legibles se convierten en ilegibles, únicamente pudiéndose acceder a ellos a través de la clave necesaria para descifrarlos. Existen dos tipos de cifrados<sup>176</sup>:

a) Cifrado de clave simétrica o criptografía de clave única: consiste en un método en el cual se utiliza la misma clave tanto para cifrar como

---

<sup>175</sup> Un estudio sobre la firma electrónica en las personas jurídicas lo hallamos en, *Anuario de Derecho de las Tecnologías de la Información...*, cit., pp. 198- 213.

<sup>176</sup> *Anuario de Derecho de las Tecnologías...*, cit., p. 182.

para descifrar unos datos; esta clave deberá ser conocida tanto por el emisor como por el receptor de la comunicación. El algoritmo de cifrado simétrico más conocido es el DES (*Data Encryption Standard*). Este método presenta determinados inconvenientes, pues, entre otros, se debe encontrar un método seguro para dar la clave secreta al destinatario para que no sea interceptada.

b) Cifrado de clave asimétrica o criptografía de clave pública: se trata de un método para el intercambio seguro de mensajes en el que se asigna a las partes dos claves complementarias, una privada que cifra el documento y otra pública que lo descifra.

La firma electrónica funciona mediante este sistema de criptografía asimétrica en la que se utilizan un par de claves, una pública (destinada a ser conocida por todos) y otra privada (solo conocida por su titular) y en el que un mensaje cifrado con la clave privada sólo podrá ser descifrado utilizando la clave pública y viceversa<sup>177</sup>. Este sistema se apoya en la conocida infraestructura de clave pública o PKI (*Public Key Infrastructure*) y suple las carencias de la criptografía de clave privada<sup>178</sup>.

Más detenidamente, cada usuario tendrá su par de claves, que como hemos dicho, será una privada y otra pública. El creador del mensaje lo encriptará con la clave pública del destinatario o receptor, quien éste a su vez, descifrará el mensaje con su clave privada, clave que únicamente él conoce. Por tanto, si una persona ajena decidiera interceptar el mensaje, nunca podrá entenderlo si no conoce la clave privada del destinatario.

La firma electrónica consigue acreditar la autenticidad de los contenidos expresados en el documento, es decir, garantizar la identidad de los partícipes, que cada uno sea quien dice ser, asegurando la autoría del mismo así como

---

<sup>177</sup> La clave privada debe permanecer secreta, mientras que la pública se da a conocer al público.

<sup>178</sup> Vid. JULIÁ BARCELÓ, R., *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y la prueba del contrato electrónico (EDI)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 226 y ss; BOLÁS ALFONSO, J., "Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial", *Notariado y Contratación electrónica*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2001 y ALONSO UREBA, A., y ALCOVER GARAU, G., "La Firma Electrónica", *Derecho de Internet...*, cit., pp. 175 y ss; Para entender su funcionamiento véase el símil aportado por INZA, J., de la caja de doble fondo de un mago en "Firma electrónica", *Libro de ponencias de Mundo Internet'97...*, cit., pp.113 y 114.

imputando al autor el documento<sup>179</sup>. Las funciones de la firma electrónica básicas para garantizar la seguridad de las transacciones *on line* son:

- **Confidencialidad:** la clave pública de la firma electrónica cifra un documento que sólo puede ser leído por el propietario de la correspondiente clave privada. El contenido del mensaje debe ser secreto entre las partes.
- **No- Repudio:** prueba la transacción, la firma electrónica es un instrumento que permite imputar indubitadamente un documento digital a su autor. Ninguna de las partes podrá negar haber enviado o, en su caso, recibido el mensaje.
- **Integridad:** asegura que el mensaje llega íntegro al otro extremo y no ha sido modificado ni manipulado.
- **Autenticidad:** se vincula indisolublemente la firma a su signatario.

### **c) Valor jurídico**

La primera sentencia española que dio validez probatoria a la firma electrónica fue la STS 3 noviembre 1997<sup>180</sup>, señalando claramente lo que a continuación exponemos: *“La firma es el trazado gráfico, conteniendo habitualmente el nombre, los apellidos y la rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos para darles autoría y virtualidad y obligarse con lo que en ellos se dice. Aunque la firma puede quedar reducida, sólo, a la rúbrica o consistir, exclusivamente, incluso, en otro trazado gráfico, o en iniciales, o en grafismos ilegibles, lo que la distingue es su habitualidad, como elemento vinculante de esa grafía o signo de su autor. Y, en general, su autografía u holografía, como vehículo que une a la persona firmante con lo consignado en el documento, debe ser manuscrita o de puño y letra del suscribiente, como muestra de la inmediatez y de la voluntariedad de la acción y del otorgamiento.*

*Pero la firma autógrafa no es la única manera de signar, pues hay otros mecanismos que, sin ser firma autógrafa, constituyen trazados gráficos, que*

---

<sup>179</sup> La Exposición de Motivos de la ley de firma electrónica (II), señala: *“La firma electrónica constituye un instrumento capaz de permitir una comprobación de la procedencia y de la integridad de los mensajes intercambiados a través de redes de telecomunicaciones, ofreciendo las bases para evitar el repudio, si se adoptan las medidas oportunas basándose en fechas electrónicas”*. Debemos ser consciente de que, por ejemplo, un mail no encriptado es tan poco seguro como lo puede ser una postal enviada por correo ordinario.

<sup>180</sup> RJ 1997/ 8251.

*asimismo conceden autoría y obligan. Así, las claves, los códigos, los signos y, en casos, los sellos con firmas en el sentido indicado. Y, por otra parte, la firma es un elemento muy importante del documento, pero, a veces, no esencial, en cuanto existen documentos sin firma que tienen valor probatorio (como son los asientos, registros, papeles domésticos y libros de los comerciantes). Aunque, al igual que en el caso de los documentos comunes, puede haber documentos electrónicos sin firma, el documento electrónico (y, en especial, el documento electrónico con función de giro mercantil) es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituido, por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras, claves u otros atributos alfa-numéricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido.*

*Por lo tanto, si se dan todas las circunstancias necesarias para acreditar la autenticidad de los ficheros electrónicos o del contenido de los discos de los ordenadores o procesadores y se garantiza, con las pruebas periciales en su caso necesarias, la veracidad de lo documentado y la autoría de la firma electrónica utilizada, el documento mercantil en soporte informático, con función de giro, debe gozar, como establece el artículo 76.3, c) del Reglamento de 1995, de plena virtualidad jurídica operativa”.*

Actualmente la firma electrónica reconocida goza del mismo valor jurídico que la firma manuscrita y será admisible como medio de prueba en juicio tanto a nivel nacional como a nivel comunitario, así el artículo 3.4 de la ley sobre firma electrónica le reconoce este mismo valor cuando manifiesta, “*La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los datos consignados en papel*”.

Por tanto, no basta con la firma electrónica avanzada para su equiparación o equivalencia funcional, sino que será preciso que la firma electrónica avanzada esté basada en un certificado reconocido y haya sido creada por un dispositivo seguro de creación. No obstante, no se deberán negar efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida con relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse de forma electrónica (art. 3.9 LFE).

Siguiendo los pasos de la LSSI, la ley de firma electrónica incorpora dentro de la modalidad de prueba documental el soporte en el que figuren los datos firmados electrónicamente (art. 3. 8 LFE).

#### **d) Certificados electrónicos y Prestadores de servicios de certificación**

El empleo de la firma electrónica basado en claves públicas y privadas puede incurrir en una falsa identificación de las partes, es por ello que surgen los certificados electrónicos expedidos por terceras partes de confianza o autoridades de certificación.

Como hemos explicado en el apartado anterior, en la criptografía de clave pública, si una parte quiere enviar un mensaje secreto al destinatario deberá obtener su clave pública y para ello deberá asegurarse de que esta clave pública corresponde verdaderamente a su titular. Esta cuestión se soluciona con la utilización de los certificados electrónicos que permiten vincular una clave pública a una persona determinada.

Un certificado electrónico es un documento electrónico emitido por una entidad de certificación autorizada, para una persona física o jurídica, con el fin de almacenar la información y las claves necesarias que faciliten su identificación ante terceros, ofreciendo mecanismos para prevenir la suplantación de su identidad<sup>181</sup>. En este sentido, la ley de firma electrónica define el certificado electrónico como el documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad (art. 6.1 LFE).

La ley diferencia dos clases de certificados: los certificados electrónicos y los certificados electrónicos reconocidos, diferencia que implica consecuencias jurídicas muy importantes pues la única firma que se equipara a la manuscrita será la firma electrónica reconocida que está basada en un certificado reconocido. Estos dos certificados se diferencian esencialmente por los requisitos que se exigen en su emisión.

---

<sup>181</sup> "Certificado digital", *Teoría y práctica de las empresas más avanzadas* (Libro Blanco), Telefónica, Junio, 2004, p. 64.

Los certificados electrónicos deberán ser firmados electrónicamente por un prestador de servicios de certificación, vinculando unos datos de verificación de firma a un firmante concreto confirmando así su identidad. Por su parte, los certificados reconocidos deberán cumplir además una serie de requisitos antes de la expedición de un certificado reconocido y para ello deberán, a) comprobar la identidad y circunstancias personales de los solicitantes de certificados b) verificar que la información contenida en el certificado es exacta y que incluye toda la información prescrita para un certificado reconocido, c) asegurarse de que el firmante está en posesión de los datos de creación de firma correspondientes a los de verificación que constan en el certificado y por último, d) garantizar la complementariedad de los datos de creación y verificación de firma, siempre que ambos sean generados por el prestador de servicios de certificación (art. 12 LFE).

Los certificados reconocidos deberán incluir unos datos necesarios, además de otras circunstancias específicas del firmante en caso de que sean significativos, estos datos necesarios son: a) la indicación de que se expiden como tales, b) el código identificativo único del certificado, c) la identificación del prestador de servicios de certificación que expide el certificado y su domicilio, d) la firma electrónica avanzada del prestador de servicios de certificación que expide el certificado, e) la identificación del firmante, en el supuesto de personas físicas, por su nombre y apellidos y su número de documento nacional de identidad o a través de un seudónimo que conste como tal de manera inequívoca y, en el supuesto de personas jurídicas, por su denominación o razón social y su código de identificación fiscal, f) los datos de verificación de firma que correspondan a los datos de creación de firma que se encuentren bajo el control del firmante, g) el comienzo y el fin del período de validez del certificado, h) los límites de uso del certificado, si se establecen, i) los límites del valor de las transacciones para las que puede utilizarse el certificado, si se establecen.

Los sujetos que posibilitan la utilización y empleo de la firma electrónica son los llamados prestadores de servicios de certificación y ejercen una tarea crucial en este campo, pues garantizan la distribución segura de las claves

necesarias para el funcionamiento de la firma electrónica vinculando el par de claves a una persona determinada<sup>182</sup>.

La ley obliga a estos prestadores de servicios de certificación a realizar una tutela y gestión intensa y permanente de los certificados electrónicos que éstas expiden, labor que se recogerá en la denominada declaración de prácticas de certificación, donde cada una de ellas especificará las condiciones necesarias para solicitar un certificado electrónico, su expedición, suspensión, extinción, etc. Los prestadores previamente a emitir un certificado deberán llevar a cabo una serie de procesos de autenticación con el objetivo de asegurar que el remitente es quien dice ser y por tanto la clave pública que se presenta en el certificado le pertenece sin lugar a dudas. Además, los prestadores deberán mantener accesible un servicio de consulta sobre el estado de vigencia de los certificados y un directorio actualizado en el que se indicarán los certificados expedidos y si están vigentes o si su vigencia ha sido suspendida o extinguida (art. 18.c. LFE).

Los prestadores de servicios de certificación deberán comunicar al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, sus datos de identificación, los datos que permitan establecer comunicación con el prestador, los datos de atención al público, las características de los servicios que vayan a prestar, etc., información que deberá ser permanentemente actualizada (art. 30 LFE).

No debemos olvidar que la prestación de servicios de certificación no esta sujeta a autorización previa y se deberá realizar en régimen de libre competencia (art. 5 LFE).

---

<sup>182</sup> Las autoridades de certificación pueden ser tanto personas físicas como jurídicas y su principal labor consistirá en la expedición de los certificados, pudiendo prestar además otro tipo de servicios tales como, el depósito registral de los certificados expedidos, publicación, recuperación de claves, etc.



## **Capítulo Segundo**

### **Tratamiento jurídico del arbitraje on line**



## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **TRATAMIENTO JURÍDICO DEL ARBITRAJE *ON LINE***

En el presente título abordaremos el estudio detallado de las diferentes especificidades que conlleva el realizar un arbitraje por medios telemáticos, los sujetos que en él participan así como el convenio o acuerdo arbitral por el que las partes deciden someter su controversia a arbitraje, sus requisitos y efectos. Aspectos fundamentales en el arbitraje que fundamentan y explican la existencia del mismo.

Asimismo, veremos determinadas reglas del procedimiento tales como el lugar de celebración e idioma del arbitraje, los plazos y los actos de comunicación que se llevan a cabo en esta institución.

#### **I. EL ARBITRAJE EN INTERNET**

Es necesario que el Derecho, ante los nuevos medios de comunicación y las nuevas tecnologías, dote de completa eficacia a los arbitrajes que se llevan a cabo por medios telemáticos y garantice todos aquellos aspectos que resulten necesarios para su correcto funcionamiento.

Si bien contamos con las herramientas básicas para su existencia, aún son muchos los obstáculos con los que se encuentra este tipo de arbitraje, obstáculos que con el paso del tiempo, consideramos, irán disminuyendo y poco a poco la realidad social forzaría al legislador patrio a “modernizar” las disposiciones legales que van quedando obsoletas ante la llegada de las nuevas tecnologías.

##### **1) Regulación legal del arbitraje telemático**

El ámbito normativo de aplicación propio del arbitraje es la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje (en adelante, LA). Hasta llegar aquí, no obstante, como ha manifestado BARONA VILAR, han sido múltiples y dispares los vaivenes sufridos. Muy a pesar de la “presencia” del arbitraje en nuestra larga historia legislativa, ésta no se ha traducido en la presencia de un recurso habitual al mismo en la práctica. Prueba de ello sea, tal vez, que los últimos cincuenta años han visto la aprobación de tres leyes arbitrales por parte de

nuestro legislador. En cada una de ellas se ha asociado una distinta concepción en torno a la institución arbitral, atendiendo a coordenadas histórico-políticas propias; las tres, sin embargo, responden a una decisión política común: regular el arbitraje en un marco específico –Ley de Arbitraje-, desgajándolo de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>183</sup>.

La primera de dichas leyes fue la Ley de Arbitraje Privado de 22 de diciembre de 1953, es innegable que su propia denominación confiesa una concepción puramente contractualista del arbitraje que lo regulaba restringiéndolo a la resolución de conflictos jurídico-privados<sup>184</sup>.

La segunda etapa se inauguró con la aprobación de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, en donde fueron innegables los avances que supuso para la regulación y modernización del régimen del arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico. Durante su vigencia se produjo una notable expansión del arbitraje en nuestro país, aumentando en gran medida el tipo y el número de relaciones jurídicas, sobre todo contractuales, para los que las partes pactaron convenios arbitrales; se asentó el arbitraje institucional y se generó un cuerpo de doctrina notable en torno al arbitraje<sup>185</sup>.

Esta ley se actualizó y modernizó con la llegada de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en donde se introdujeron una serie de normas que provocaron un fuerte impulso para la institución arbitral<sup>186</sup>. Algunas de ellas indujeron a un doble tratamiento, en el que la opción más favorable provenía de la LEC, quedando desterrada la legislación arbitral por poco operativa y desfasada, ejemplo de ello, se observaba en temas tales como la introducción de medios electrónicos, ópticos o similares, la aclaración del laudo, prueba, revisión, declinatoria como cauce de oposición de la vía judicial por existencia del convenio, medidas cautelares, ejecución, etc<sup>187</sup>.

El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la ley de 1988 permitió detectar en ella lagunas e imperfecciones que vinieron a suplirse con la entrada en vigor de la actual ley de arbitraje el 26 de marzo de 2004.

---

<sup>183</sup> BARONA VILAR, S., "El procedimiento arbitral", conferencia impartida en el I Seminario de arbitraje, Gran Canaria, 19 y 20 de diciembre de 2005.

<sup>184</sup> Padre de esta ley y defensor de la concepción contractualista del arbitraje fue GUASP DELGADO, J., *El arbitraje en el derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956.

<sup>185</sup> En términos similares se pronuncia la Exposición de Motivos de la ley arbitral de 2003 en su fundamento I.

<sup>186</sup> Vid. MARTINEZ GARCÍA, E., *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000...*, cit.

<sup>187</sup> BARONA VILAR, S., "El procedimiento arbitral", cit.

La nueva ley, Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, si bien ha modificado respecto a la ley anterior principalmente las materias relativas a medidas cautelares, arbitraje internacional, ejecución provisional del laudo, protocolización de laudo, etc., también ha influido en el arbitraje electrónico y ha contribuido a potenciar este tipo de arbitraje, aunque tímidamente. La adaptación a los tiempos modernos ha llevado a introducir la posibilidad del empleo de estas tecnologías en el arbitraje, principalmente a la hora de convenir el acuerdo arbitral, emitir en el laudo arbitral, así como su empleo en los diferentes los actos de comunicación necesarios para el desarrollo del procedimiento arbitral.

Una de las principales notas que caracterizan a la nueva ley arbitral es la supremacía del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Son constantes las normas de la ley en las que se preferencia la autonomía de la voluntad de las partes, ya sea de forma directa, o indirectamente a través de la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral (art. 4 LA).

Debemos tener presente, pues en gran número de ocasiones ello explica el alcance y contenido de diversos preceptos de la ley, que la ley arbitral está inspirada en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (en adelante, Ley Modelo UNCITRAL), ley que se dedica específicamente al arbitraje comercial internacional y, como su propio nombre indica, es una ley modelo o ley de referencia, susceptible de ser aceptada en bloque o, modificada de acuerdo con las necesidades y perspectivas de cada Estado<sup>188</sup>. Esta ley ha supuesto un verdadero hito en el arbitraje comercial internacional de los últimos tiempos.

La ley arbitral de 2003, siguiendo la Ley Modelo, en lo que respecta a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, opta por una regulación unitaria de ambos, siguiendo la regulación de un sistema monista.

---

<sup>188</sup> En 1966 se creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) a quien se le encomendó la misión de profundizar en la unificación y armonización progresiva del derecho mercantil internacional. Entre los cuerpos legales más reveladores de la UNCITRAL nos encontramos con la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985.

Además del panorama legislativo que acabamos de exponer, no debemos olvidar que junto al sistema general de arbitraje, el ordenamiento español contempla otros sistemas arbitrales especializados. Uno de ellos ha sido ratificado por la misma ley de arbitraje en su disposición adicional única, se trata del sistema arbitral de consumo regulado en el RD 636/1993, que desarrolla el artículo 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Gran parte de los conflictos que se someten al arbitraje *on line* versan sobre materias relativas al comercio electrónico en los que intervienen consumidores o usuarios de servicios de la sociedad de la información, por lo que serán repetidas las ocasiones en las que acudamos a este tipo de arbitraje.

La LA señala en su artículo 1.3 LA que será de aplicación supletoria esta ley a los arbitrajes previstos en otras leyes. Estos arbitrajes, que ya no están contemplados en la ley pero que existen y se regulan mediante leyes sectoriales, son: el de la propiedad intelectual regulado en el RD 479/1989 de 5 de mayo regulador de la composición y procedimiento de actuación ante la comisión mediadora y arbitral de la propiedad intelectual, el arbitraje de ordenación de los transportes terrestres (arts. 37 y 38 de la Ley 16/1987, de 30 de julio), el arbitraje de seguros (art. 34.2 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto), etc. Estos arbitrajes se rigen por esta normativa especial y, subsidiariamente, por la ley de arbitraje, sin embargo deberán reformularse o replantearse determinadas cuestiones para adaptarse a las modificaciones introducidas por la nueva ley arbitral<sup>189</sup>.

Insistimos en que la mayoría de los conflictos que se someten al arbitraje electrónico versarán sobre cuestiones relativas al comercio electrónico, por lo que no debemos olvidar, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico 34/2002, de 11 de julio de 2002 (en adelante LSSI), ley que establece un sistema dual de resolución de conflictos, por un lado un

---

<sup>189</sup> Ejemplo claro de ello, lo encontramos en el RD 636/1993 por el que se regula el sistema arbitral de consumo en cuyo articulado encontramos diferentes aspectos que no encajan con la nueva ley, como por ejemplo, la equidad de los laudos si previamente no se ha pactado que éstos se resuelvan conforme a Derecho (art. 11.3 LA). La solución más razonable será, hasta que no se produzca una reforma legislativa, atender a la literalidad del RD pese a que contravenga la LA; tampoco dice nada la nueva LA sobre la gratuidad del arbitraje de consumo. Al respecto, vid. PALAO MORENO, G., *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VLAR, S.), Civitas, Madrid, 2004, pp. 1621- 1640. Este autor señala al respecto: "aquellos aspectos previstos de forma específica en el RD, pero que se encuentren ordenados de un modo distinto en la nueva Ley, se saldarán a favor de la solución presente en el texto de 1993", ob. cit., p. 1623.

sistema judicial (acción de cesación) para las conductas contrarias a la ley que lesionen los intereses de los consumidores y, por otro lado, un sistema extrajudicial cuyas razones de adopción se enuncian en la Exposición de Motivos de la misma: *“Por su sencillez, rapidez y comodidad para los usuarios, se potencia igualmente el recurso al arbitraje y a los procedimientos alternativos de resolución de conflictos que puedan crearse mediante códigos de conducta, para dirimir los conflictos que puedan surgir en la contratación electrónica y en el uso de los demás servicios de la Sociedad de la información”*.

Esta misma ley proclama en su artículo 32 LSSI, la posibilidad de acudir a los sistemas de solución extrajudicial de conflictos en caso de litigios surgidos en los servicios de la sociedad de la información, indicando en el párrafo segundo la opción de llevar a cabo éstos por medios electrónicos<sup>190</sup>; por tanto, la LSSI además de introducir el sistema de arbitraje, aporta la novedad de posibilitar la realización de arbitrajes por medios telemáticos. Asimismo, en su disposición adicional tercera señala la posibilidad de someter los conflictos al arbitraje de consumo, mediante su adhesión al sistema arbitral de consumo.

Nos encontramos en el ordenamiento jurídico español con diversas normas que tratan de fomentar el uso de estos métodos alternativos y en especial del arbitraje, entre ellas destacamos: la Ley General de la Defensa de Consumidores y usuarios Ley 26/1984 de 19 de julio, el artículo 38 de la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, Ley General de Telecomunicaciones, la disposición adicional segunda de la Orden CTE/662/2003, de 18 de marzo, por la que se aprueba el plan nacional de nombres de dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a España (“es”), etc.

A pesar de toda la regulación que acabamos de mencionar del arbitraje *on line*, no debemos olvidar que son aún muchas las lagunas con las que nos encontramos; es innegable la necesidad de un estudio, reforma y ordenación de las relaciones jurídicas que pueden llevarse a cabo a través de la Red, así

---

<sup>190</sup> Artículo 32 LSSI: *“1.El prestador y el destinatario de servicios de la Sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación. 2. En los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que hace referencia el apartado anterior, podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica”*.

como del arbitraje como medio de solución de los conflictos que puedan surgir. Aunque debemos ser conscientes de que el paso previo a todo ello, es decir, a una modificación legislativa, es conseguir un cambio de mentalidad en nuestra sociedad que se afiance a la utilización de estos nuevos medios.

## **2) Concepto, caracteres y naturaleza**

El arbitraje es una forma heterocompositiva de solución de conflictos en la que interviene un tercero imparcial, denominado árbitro, imponiendo una solución final y obligatoria, que las partes deben acoger<sup>191</sup>.

### **A) Concepto**

El arbitraje electrónico se distingue por la organización a distancia del proceso arbitral, gracias a la utilización de las nuevas tecnologías de la información. Existen diferentes denominaciones del arbitraje *on line*, como son, entre otras: arbitraje en línea, arbitraje telemático, arbitraje electrónico, arbitraje virtual, arbitraje de Internet, etc.

Como acabamos de decir, el arbitraje *on line*, es también comúnmente denominado arbitraje telemático; el significado de la palabra telemática viene de la unión de dos vocablos: telecomunicación e informática. La telemática es la combinación de las técnicas de la informática y de las telecomunicaciones para la presentación del apoyo al tratamiento de información a distancia. En este orden de ideas, existirá un proceso arbitral telemático cuando los árbitros y los sujetos procesales utilicen el ordenador y la tecnología de comunicaciones para realizar ciertas actuaciones a distancia, es decir, no en forma presencial<sup>192</sup>.

En la actualidad ya gozamos de la capacidad tecnológica necesaria para administrar y llevar a cabo procedimientos de arbitraje telemático, utilizando medios de comunicación avanzados, como pueden ser las videoconferencias,

---

<sup>191</sup> El arbitraje venía definido en el artículo 1 de la LA de 1988 al indicar: "*Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho*".

<sup>192</sup> JUÁREZ MELGAR, M y RIVERA NEUTZE, A., "El arbitraje virtual". I Congreso de Arbitraje, Panamá, 18 - 24 octubre 1999, en <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-12.html>, (fecha consulta: 23/01/2006).



los *chats*, las salas virtuales y el correo electrónico, medios que resultan prácticos y eficaces para comunicar a los árbitros entre sí y a éstos con las partes en conflicto, aportar al proceso documentos electrónicos debidamente firmados a través de la firma electrónica, diligenciar los medios de prueba y emitir las resoluciones pertinentes por medios electrónicos, incluyendo el laudo arbitral. Actualmente en España, todo el proceso arbitral, con excepción de la práctica de determinadas pruebas que requieren la presencia de las partes y no pueden desarrollarse por vías telemáticas, podrá desarrollarse electrónicamente.

## **B) Caracteres**

Los rasgos especiales que caracterizan el arbitraje *on line* y que lo diferencian de un arbitraje tradicional son, siguiendo en parte las consideraciones de MERINO MERCHÁN<sup>193</sup>:

- Se trata de un arbitraje especial por el singular medio empleado, es decir, por medios electrónicos, y por la organización a distancia del proceso arbitral, lo que conlleva la utilización de tecnologías avanzadas tales como la videoconferencia, la firma electrónica, etc.
- Las partes suelen ser nacionales de distintos países y tal distancia se supera mediante el arbitraje *on line*. Este arbitraje suele versar sobre controversias con elementos transnacionales, lo que conlleva un diferente nivel de protección jurídica de sus Estados y, por tanto, la necesaria elección del Derecho aplicable.
- Se recomienda el arbitraje de equidad, adecuado a los interrogantes que presenta el Derecho y las nuevas tecnologías. Asimismo se hace aconsejable el uso del arbitraje administrado o institucional, por los problemas que, en determinadas ocasiones, se originan con la utilización de las nuevas tecnologías de la información y que requieren de una institución capacitada y dotada de los medios necesarios para su correcto desarrollo y eficacia.

---

<sup>193</sup> Vid. MERINO MERCHÁN, J., "El pacto de arbitraje telemático". *Régimen jurídico de Internet*, AAVV, (coord. CREMADES GARCÍA, J.), La Ley, Madrid, 2002, pp. 529-545.

- El consentimiento se perfecciona por medios electrónicos conectados por radio, elementos ópticos, electromagnéticos o medios electrónicos, lo que implicará la exigencia de determinadas cautelas en aras a proteger tal consentimiento y demostrar su autenticidad y otorgamiento en condiciones de igualdad respecto a los medios tradicionales.

- Existe la posibilidad de sometimiento al mismo en los contratos electrónicos que circulan en la Red. Contratos que en muchas ocasiones mediante enlaces remiten a las condiciones generales de la contratación donde se incluyen las cláusulas arbitrales y que pueden resultar peligrosas o abusivas, por lo que requieren un grado de atención elevado con el fin de garantizar la seguridad jurídica.

- Es un arbitraje en cuyo ámbito de aplicación no se encuentran límites materiales previamente definidos; a diferencia de lo que ocurre en otros arbitrajes especiales que quedan delimitados a su ámbito de especialidad sectorial (consumo, seguros, transportes, propiedad intelectual, deportes, etc.), el arbitraje *on line* no se reduce a sector especializado alguno, sino que se utiliza en todo tipo de relaciones celebradas electrónicamente, con salvedad de determinadas excepciones, pues si bien es cierto que el ámbito más adecuado de controversias que a él se someten, son las relativas al comercio electrónico, en modo alguno es el único tipo de conflictos susceptibles de arbitraje *on line*.

- Se trata de un arbitraje promovido institucionalmente tanto por el legislador nacional como por el internacional, e incluso por las Administraciones Públicas bajo el patrocinio de los llamados “códigos de conducta”, como el medio más adecuado para resolver aquellas cuantías que surgen en el comercio electrónico.

### **C) Naturaleza**

No queremos finalizar este apartado sin antes referirnos a la naturaleza jurídica del arbitraje, pues en el nacimiento, desarrollo y terminación del arbitraje

concurrir una diversidad de actuaciones de distinta índole, tal diversidad jurídica ha provocado amplias y – duraderas- discusiones doctrinales en torno a la naturaleza de la institución arbitral<sup>194</sup>. Se trata de un tema controvertido en la doctrina y así lo ha sido desde siempre, en donde, además, el enfoque que se acoja resulta fundamental para completar las lagunas de la ley arbitral, lagunas que, como iremos viendo a lo largo del presente estudio, no son escasas. Han sido esencialmente tres tesis las que han venido a consagrarse al respecto, éstas son:

a) Tesis contractualista

Lo importante es en esencia el convenio arbitral, desde el que se irradian todas y cada una de las actuaciones que se despliegan en el sistema arbitral y a partir del cual y por el cual, existe arbitraje. De él surge el arbitraje, y es en él donde se refleja la voluntad de sometimiento de la controversia a los árbitros, además de conformar, eventualmente, su desarrollo. Se considera que el arbitraje es un contrato por el cual se delega en un tercero la solución del conflicto existente entre las partes y, por tanto, se basa en la autonomía de la voluntad de las partes expresada a través del convenio. Esta tesis cuenta con gran número de partidarios<sup>195</sup>, destacando principalmente, entre ellos, a GUASP<sup>196</sup>. La indiscutible naturaleza contractual del convenio arbitral llevó a la consagración de este entendimiento.

Esta concepción no se sostiene en la actualidad, probablemente porque los componentes *iuspublicistas* y la eficacia del laudo arbitral impiden abogar por una concepción *iusprivatista* asentada tan sólo en los componentes contractualistas, quienes no alcanzan a explicar la naturaleza de la función ejercida por los órganos arbitrales, amén de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye al laudo arbitral<sup>197</sup>.

b) Tesis jurisdiccionalista

Tesis que subraya la función jurisdiccional encomendada a los árbitros, insistiendo como elementos primordiales del arbitraje: el procedimiento seguido

---

<sup>194</sup> BARONA VILAR, S., *Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 54.

<sup>195</sup> Siguiendo la clasificación de SERRA DOMINGUEZ, son partidarios de dicha tesis, GÓMEZ ORNABEJA-HERCE QUEMADA, LASCANO, ROSENBERG, OGAYAR AYLLÓN, etc. "Naturaleza jurídica del arbitraje", *Estudios de Derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 573 y 574.

<sup>196</sup> *El arbitraje en el Derecho español*, cit.

<sup>197</sup> BARONA VILAR, S., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 55.

por los árbitros que responde a los principios esenciales de la actividad jurisdiccional o proceso y el laudo que pone fin a éste que produce cosa juzgada y es título ejecutivo. Siguiendo a MONTERO AROCA, resulta ésta la postura más acertada en cuanto considera que la naturaleza jurídica del arbitraje y de la jurisdicción es la misma<sup>198</sup>.

Debemos precisar una cuestión semántica: se ha denominado indiferentemente esta teoría jurisdiccionalista o procesalista. Aún cuando tienen considerables puntos en común, debemos ser conscientes que mientras en la teoría jurisdiccionalista se acentúa la misión efectuada por los órganos arbitrales (art. 17.3 CE) así como los efectos de cosa juzgada del laudo arbitral, la teoría procesalista se fundamenta en la concepción de que el proceso arbitral es como el proceso judicial, incidiendo en el instrumento a través del cual se ejercita la función jurisdiccional.

#### c) Tesis mixta

En las últimas décadas ninguna de las dos teorías anteriores ha sido defendida de manera independiente, dejando paso a una teoría ecléctica o mixta, que obedece a esa doble faceta de la institución arbitral que se basa en la autonomía de la voluntad de las partes, que se plasma en el contrato del arbitraje y que posteriormente es desarrollada a través de un proceso que finaliza con una decisión con efectos de cosa juzgada y de ahí la incardinación del arbitraje en las leyes procesales. Es ésta la postura que más discípulos presenta en hoy en día y que enlaza directamente con la configuración que nuestro Tribunal Constitucional ha realizado del arbitraje como equivalente jurisdiccional o cuasijurisdiccional (ATC de 28 de octubre de 1993<sup>199</sup>). Entre los defensores de la naturaleza mixta del arbitraje nos encontramos con,

---

<sup>198</sup> *Introducción al Derecho Procesal*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 93; Dicha tesis ha sido compartida mayoritariamente por la doctrina y en esta misma línea se pronuncian GOMEZ COLOMER en *Derecho Jurisdiccional II...*, cit., p. 826 y SERRA DOMINGUEZ en *Estudios de Derecho...*, cit, pp. 571 y ss, así como, ROCCO, U., CARNACINI, T., VECCHIONE., PIETRO-CASTRO., ALCALA-ZAMORA., FENECH y CARRERAS, J., citados por MONTERO AROCA en, *Introducción al Derecho...*, cit, p. 94.

<sup>199</sup> RTC 1993/326. En este mismo sentido, vid. ATC de 20 de julio de 1993 (RTC 1993/259).

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO<sup>200</sup>, CALVO CARAVACA Y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA<sup>201</sup>, CHILLÓN MEDINA Y MERINO MERCHÁN<sup>202</sup>, entre otros.

Esta última tesis no se encuentra exenta de matices, pues existe un gran número de situaciones en el arbitraje de naturaleza contractual y otras de naturaleza pública, resultando la línea divisoria entre ellas, en determinadas ocasiones, algo confusa como ocurre, a título de ejemplo, con los vínculos entre los sujetos y las instituciones arbitrales, la función ejercida por los árbitros, la ejecución del laudo, etc. y, en este sentido comparto, junto a BARONA VILAR, que habría que matizar la posición anterior y defender no ya que estamos ante una posición mixta o ecléctica, sino que estamos ante una institución autónoma e independiente que es el arbitraje: «*El arbitraje es arbitraje y esa es su naturaleza*», tal vez el error sea insistir en categorizar a la institución, incardinándola en una única categoría existente<sup>203</sup>.

### 3) Principios

La ley de arbitraje proclama en su artículo 25 LA, la supremacía de la autonomía de voluntad que poseen las partes a la hora de configurar el procedimiento arbitral, libertad que no resulta absoluta, ya que ciertas pautas necesarias se van marcando a lo largo de la LA y determinados principios deben ser respetados.

---

<sup>200</sup> *Comentarios a la Ley de arbitraje*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 18.

<sup>201</sup> *El arbitraje comercial internacional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 21.

<sup>202</sup> *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 117 y

ss.

<sup>203</sup> BARONA VILAR, S., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 58. La autora manifiesta: «*Ese entramado de relaciones jurídicas, la justificación de las intervenciones de determinados sujetos, los vínculos existentes entre sí, con las Instituciones o con las partes, la primacía de la voluntad como criterio de conformación de prácticamente todos los aspectos de la institución arbitral –nacimiento, desarrollo y terminación–, las relaciones de terceros que no son partes ni árbitros en el proceso y su vinculación con éstos, la función que ejercen los árbitros, la naturaleza de las obligaciones derivadas de la aceptación del cargo, la conformación de las reglas del procedimiento, la posible incidencia de las normas imperativas procesales... Y de ahí surge la pregunta –ya- clásica: ¿qué es esencial en el arbitraje: la voluntad de las partes, la libertad de someterse a arbitraje, sin la cual no es posible hablar de arbitraje, o la función de los árbitros de solucionar el litigio planteado y ofrecer el ordenamiento jurídico un cauce –el proceso– para su ejercicio? ¿Puede haber arbitraje sin convenio? ¿Puede haber arbitraje sin proceso? ¿Puede haber laudo con efectos de cosa juzgada sin el ejercicio de la función heterocompositiva de los árbitros por medio del proceso?. Todas las respuestas a las cuestiones planteadas conducen a la misma solución: no es posible un arbitraje sin alguna de las piezas que se han expuesto. Ello nos lleva a concluir que “el arbitraje es el arbitraje”, y esa es su naturaleza jurídica».*

El arbitraje *on line* tiene que basarse en unas normas mínimas de calidad, entre las que figuran determinados principios que deben asistir el procedimiento arbitral. Nos preguntamos cuál es la mejor forma de garantizar la aplicación de dichos principios y, siguiendo el modelo de las iniciativas en curso con motivo de los avances de la sociedad de la información, quizás una de las opciones más adecuadas será la adopción de determinadas iniciativas de autorregulación; esta opción ayudaría a otorgar confianza a la hora de acudir al arbitraje<sup>204</sup>.

El arbitraje en la Red debe regirse al igual que el arbitraje *off line* por los principios de igualdad, contradicción y audiencia, que expresamente proclama el artículo 24 de la LA. Imprescindible resulta tener en cuenta la Recomendación de 30 Marzo de 1998 de la Comisión Europea, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (Recomendación 98/257/CE)<sup>205</sup>. Los principios enunciados por ésta son:

1º) Principio de transparencia: deben instaurarse medios adecuados para preservar la plena transparencia de las actuaciones, ya que se debe informar en todo momento a las partes sobre las reglas del procedimiento, el resultado del proceso, posibles incidencias, etc.

2º) Principio de contradicción: El modo de comunicación de las partes poco importa si se garantiza la contradicción. En el arbitraje *on line* es completamente concebible que las partes hagan valer sus observaciones y tengan conocimiento de los argumentos de la otra parte en un intercambio de

---

<sup>204</sup> Internet es un ámbito propicio para el desarrollo de iniciativas de autorregulación, dado que se trata de un área dinámica y en constante evolución que requiere una regulación flexible. En este sentido, como ya dijimos en su momento, tanto la LSSI como la Directiva relativa a los servicios de la sociedad de la información, han reconocido el valor de los códigos de conducta como instrumentos de ordenación del sector y complemento de los principios y normas jurídicas. De manera particular, la LSSI encomienda a las Administraciones Públicas la labor de incentivar la elaboración y aplicación de los citados códigos (art. 18).

<sup>205</sup> También es destacable la Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos de resolución consensual de litigios en materia de consumo, que señala los siguientes principios:

- Principio de imparcialidad (los reglamentos tendrán que proveer mecanismos oportunos para asegurar la abstención y recusación del órgano arbitral y la confidencialidad del procedimiento).
- Principio de transparencia (las partes tienen que tener acceso de una forma clara y sencilla a la información que recoja los datos de las personas de contacto, el funcionamiento y la disponibilidad del procedimiento. La Comisión ordena que las soluciones se registren en un soporte duradero que quedará a disposición de las partes).
- Principio de eficacia.
- Principio de equidad.

documentos electrónicos, en debates en un foro electrónico, o incluso oralmente a través de una videoconferencia.

El principio fundamental del “derecho a ser oídos” se cumple en el arbitraje *on line* en comparación con los procedimientos tradicionales escritos, en los casos en los que se emplean tecnologías de último desarrollo como, por ejemplo, las audiencias por videoconferencias con personal cualificado que permita el desarrollo del proceso.

3º) Principio de eficacia: Comporta la necesidad de facilitar el procedimiento con la utilización de medios electrónicos, no necesidad de representación legal, brevedad en la consecución del laudo y control en el comportamiento de las partes por el órgano arbitral. La resolución de litigios en línea debe asegurar la rapidez del procedimiento, siempre y cuando no sean excesivamente veloces y dañen el principio de contradicción.

4º) Principio de legalidad: Según el cual el órgano extrajudicial no puede tomar una decisión que tenga como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado en el territorio en el cual está establecido dicho órgano.

5º) Principio de libertad procedimental: Este principio insiste en el carácter voluntario del recurso a los tribunales arbitrales; es común a todos los reglamentos internacionales de arbitraje, el establecer mecanismos preclusivos y otorgar poderes al árbitro para hacer avanzar el arbitraje a pesar de la inactividad de las partes una vez iniciado éste. Además, este principio también se refiere a la libertad de las partes a la hora de configurar las reglas procedimentales, elegir el lugar del arbitraje, el idioma, etc., en definitiva, a la autonomía de la voluntad de las partes que impera en el proceso arbitral.

6º) Principio de representación: En la hipótesis de la resolución de los litigios en línea, este principio debe concluir en la posibilidad a nivel técnico de que un tercero acompañe a las partes.

7º) Principio de independencia: Nos encontramos esencialmente con el problema de la independencia de la institución arbitral en la medida en que en el funcionamiento del arbitraje *on line* viene ligado, en muchas ocasiones, a su financiación<sup>206</sup>. Gran número de operadores de sitios web de ODR han cesado

---

<sup>206</sup> KAUFFMANN-KOHLER, G., “La resolución de los litigios en línea...”, p. 18.

sus actividades por dificultades financieras, debido a que la inversión inicial resulta de un gran costo, y en sus inicios no es tan fácil recuperar los ingresos realizados, así, tienen que acudir a fondos externos, que podrán ser públicos<sup>207</sup> o privados que son los más frecuentes, y es aquí donde en ocasiones resulta algo incierta dicha independencia, especialmente cuando el operador de ODR depende económicamente de una sola empresa, y en muchas ocasiones se demuestra una especial atención a la estructura y a la organización del sitio, al igual que a la selección personal de los árbitros.

Dos principios deben ser añadidos, tal y como ha manifestado MERINO MERCHÁN, pues éstos igualmente deben regir todo procedimiento arbitral, éstos son<sup>208</sup>:

a)- Principio de equilibrio *inter partes*: La asunción del convenio arbitral celebrado por vía digital no puede implicar desequilibrios para alguna de las partes, así el artículo 15 de la LA, si bien proclama que las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, no podrán vulnerar el principio de igualdad<sup>209</sup>. En este sentido, el artículo 24.1 LA señala: "*Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos*".

b) - Principio *perpetuatio arbitralis* o conservación del pacto arbitral, en cuya virtud se establece una vigencia y efectos del arbitraje que hace inmune a la rebeldía unilateral de alguna de las partes de no cumplir con el deber de colaboración en la designación del árbitro, en la adopción del laudo y en la eficacia nacional y transnacional de este último. El principio pro arbitraje (autonomía pacto arbitral respecto del resto el convenio arbitral), tiene especial trascendencia para el pacto de arbitraje telemático al poderse "aislar" del negocio o cláusulas generales donde se incorpora, sirviendo de conexión a otras normas diferentes a las aplicables a esas últimas, y ello en la medida en que el pacto arbitral puede determinar el Derecho aplicable e incluso el procedimiento a seguir por los árbitros, siendo el más importante por el carácter universal y sin fronteras del medio donde tiene el negocio *on line*.

---

<sup>207</sup> Como ocurre con el Proyecto ECODIR financiado por la Unión Europea.

<sup>208</sup> MERINO MERCHAN, J., "El pacto de arbitraje telemático", cit., pp. 529-545.

<sup>209</sup> El artículo 9.3 de la LA de 1988 sancionaba con nulidad, el convenio arbitral que colocaba a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros. La nueva ley arbitral ya no dedica un artículo al respecto, lo que no es óbice para que pueda considerarse como un motivo de anulación del laudo (art. 41.1 LA).



#### 4) Materias susceptibles de arbitraje

La determinación de las materias que pueden someterse a arbitraje ha ido sufriendo una evolución en las diferentes leyes arbitrales que conocemos. La ley arbitral de 1953 (art. 14), predicaba que podían ser susceptibles de arbitraje todas las materias de Derecho privado sobre las que las partes pudieran disponer libremente; en la ley de 1988, su artículo 1, dispuso que eran arbitrables las materias de libre disposición de las partes conforma a derecho, y su artículo 2 describía una relación de aquellas cuestiones que debían excluirse del arbitraje.

En la actualidad, la ley arbitral de 2003 afirma que el arbitraje debe recaer únicamente sobre materias de libre disposición de las partes conforme a Derecho, estableciendo el principio de presunción relativa de disponibilidad arbitral en su artículo 2 LA; precepto que coincide sustancialmente con el artículo 1 de la ley arbitral de 1988, pero la nueva ley ha evitado la enunciación negativa de aquellas materias que no pueden ser objeto de arbitraje, huyendo de la técnica legislativa adoptada por su predecesora<sup>210</sup>. Se circunscribe así la ley en la tendencia internacional de ampliar al máximo las materias arbitrables<sup>211</sup>.

Dicha concreción se ha suprimido en la nueva ley de arbitraje por reputar innecesario tal elenco, por lo que ahora la ley se limita a establecer que la arbitrabilidad de la controversia coincida con la disponibilidad de su objeto por

---

<sup>210</sup> Durante el debate parlamentario de la ley arbitral, se rechazaron todas las enmiendas formuladas por diferentes grupos parlamentarios en aras a que el principio de seguridad jurídica comportara que la ley contemplase una enumeración de las materias no susceptibles de arbitraje; podemos incluso afirmar que éste precepto (art. 2 LA) ha sido uno de los que más propuestas de enmienda ha provocado, entre ellas: enmienda num. 1 del Grupo EAJ- PNV, num. 16 del Grupo Federal de izquierda Unida, num. 43 del Grupo Mixto, num. 64 del Grupo Catalán, etc.

<sup>211</sup> En este sentido, MANTILLA SERRANO, F., afirma que la ausencia de este listado responde a una voluntad de favorecer la sumisión a arbitraje del máximo posible de materias y no debe tomarse como una invitación a imaginar o crear cortapisas o restricciones en ausencia de texto legal que expresamente proscriba al arbitraje para ciertas cuestiones o ciertos derechos normalmente disponibles. *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, p. 46. Por su parte, CHILLÓN MEDINA, J. M y MERINO MERCHÁN, J. F, proclaman que se ha producido un ensanchamiento de la arbitrabilidad de las controversias al ampliarse las materias que pueden ser objeto de arbitraje en línea con la Ley Modelo, los tratados internacionales y las legislaciones internas del Reino Unido, Holanda, y Estados Unidos, la nueva ley se afilia a la tendencia de máxima amplitud o liberalidad en cuanto a la disponibilidad objetiva de las materias susceptibles de arbitraje. "Valoración crítica de la nueva ley de arbitraje", La Ley, nº 5945, febrero 2004, p. 3.

las partes<sup>212</sup>. Resulta plausible la parquedad de este precepto, si tenemos en cuenta el número de dudas y cuestiones que se plantearon bajo la vigencia de la ley de 1988 al respecto. La Exposición de Motivos de la LA señala las razones de tal comportamiento: *“El artículo 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta Ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales”*.

Prevalece, por tanto, el criterio de la generalidad de la norma, criterio que remite, en consecuencia, a la práctica arbitral y a la jurisprudencia, la determinación casuística de las cuestiones arbitrables o no arbitrables<sup>213</sup>. Resultaría muy extensa y ardua la tarea de predicar con exactitud las materias que pueden o no someterse a arbitraje; además, no consideramos sea correcto emitir afirmaciones tajantes, sino que se debe estar al caso concreto y estudiar la materia o relación jurídica núcleo de la controversia<sup>214</sup>. Podemos, sin embargo, plantear algunas líneas generales. Para ello, hacemos nuestras, con ciertas matizaciones, las conclusiones a las que ha llegado MONTERO AROCA:

El objeto del arbitraje es siempre una pretensión por medio de la cual se pide un bien o consecuencia jurídica. La arbitrabilidad debe atender a si esa consecuencia jurídica puede ser lograda por los particulares o si por el contrario, la consecuencia queda excluida de la voluntad de las partes, quienes

---

<sup>212</sup> El criterio de la disponibilidad como equivalente a la arbitrabilidad es, asimismo, utilizado en varios países como, por ejemplo, en Francia (art. 2059 *Code Civil*), a diferencia del criterio patrimonial que contemplan otros ordenamientos, como son, entre otros, Suiza (artículo 177 Ley Suiza de Derecho Internacional Privado) y Alemania (parágrafo 1030 ZPO).

<sup>213</sup> OLIVENCIA RUIZ, M., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, AAVV, (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), Thomson Aranzadi, Madrid, 2004, p. 46.

<sup>214</sup> El criterio de la indisponibilidad es un criterio jurídicamente inseguro, a menos que el legislador realice un listado exhaustivo de dichas materias, lo que no es del todo conveniente en orden al ajuste del ordenamiento jurídico a las circunstancias sociales. En este sentido, NIEVA FENOLL, J., afirma que la disponibilidad o no de las materias depende de las épocas, de la moral colectiva que el legislador pretende reflejar en cada momento histórico en el derecho positivo. “Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición”, *AJA*, nº 3, 2002, p. 23.

únicamente podrán alcanzarla por medio de una actuación judicial en la que se dicte una sentencia. En definitiva, *«cuando la consecuencia sólo puede hacerse efectiva por medio de sentencia estaremos ante materia de no libre disposición»*<sup>215</sup>.

Con base en estas precisiones, no podemos admitir un arbitraje en los supuestos en los que la consecuencia jurídica solo se puede obtener por medio de una sentencia judicial, *a sensu contrario*, cuando las partes pueden conseguir dicha consecuencia directamente por ellos mismos, nada les impedirá que traten de resolver el litigio por medio de arbitraje; por tanto, podemos someter a arbitraje aquellas cuestiones que no requieran necesariamente de un pronunciamiento judicial. En esta línea, MONTERO AROCA afirma que el artículo 2.1 LA podría haber dicho: *«No son susceptibles de arbitraje las consecuencias jurídicas previstas en las leyes que pueden ser aplicadas en los casos concretos únicamente por medio de sentencia»*, o en sentido afirmativo, *«pueden ser objeto de arbitraje las consecuencias jurídicas previstas en las leyes que pueden ser aplicadas por los titulares de las relaciones jurídicas»*<sup>216</sup>.

Si seguimos estas premisas y acudimos a las leyes de nuestro ordenamiento, éstas podrán otorgarnos ciertas pautas al respecto, pues, directa o indirectamente, señalan cuándo es ineludible acudir a un proceso judicial<sup>217</sup>. En primer lugar, todo el *ius puniendi* del Estado está excluido de la disponibilidad de los particulares, en virtud del artículo 3 CP quien prevé: *“no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”*. Lo que conlleva que quede fuera de duda que las materias

---

<sup>215</sup> MONTERO AROCA, J., *Comentarios a la Ley de arbitraje...* (coord. BARONA VILAR, S.), cit., p. 122.

<sup>216</sup> MONTERO AROCA, J., *Comentarios a la Ley de arbitraje...* (coord. BARONA VILAR, S.), cit., p. 122.

Debemos tener en cuenta que el carácter imperativo de las normas que regulan un derecho no convierte por si mismo a las controversias que surjan en torno a éste en inarbitrables, lo único que impedirán esas normas será que los árbitros en sus laudos las infrinjan. En sentido similar se pronuncia LORCA NAVARRETE, al indicar que la imperatividad y la conceptualización de derecho necesario de concretas normas no se opone a la disponibilidad de los derechos subjetivos ni de las relaciones jurídicas regidas por esas normas. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, IVADP, San Sebastián, 2004, p. 30.

<sup>217</sup> NIEVA FENOLL, J., “Las materias inseparablemente unidas a aquellas...”, cit., p. 24.

penales no son de libre disposición, por lo que nunca podrá someterse a arbitraje una infracción penal<sup>218</sup>.

Recordemos que la ley arbitral (art. 1.4 LA) excluye expresamente de su ámbito de aplicación los arbitrajes laborales, arbitrajes que se regulan por el RD Ley 5/1979 de 26 de enero, regulador de los Tribunales arbitrales laborales.

En lo que a las materias civiles y mercantiles se refiere, éstas, en principio, si son arbitrables, excepto las relativas al estado civil de las personas, tales como la capacidad, filiación<sup>219</sup>, matrimonio, -excepto en lo que se refiere al régimen económico matrimonial<sup>220</sup> - y, menores, que vienen reguladas en los artículos 748 y ss de la LEC. Deben excluirse del arbitraje todas aquellas cuestiones respecto de las cuales las partes carecen de facultades dispositivas por afectar plenamente a su estatuto personal, *“algo tan importante como el status de una persona, afectante al interés social y orden público, no está entregado por ello a ningún interés particular o partidista”* (STS de 3 de diciembre de 1988)<sup>221</sup>.

En orden a proceder al estudio de las materias arbitrables, podemos hacer referencia a aquellas materias que fueron expresamente excluidas en la ley arbitral de 1988, éstas eran:

a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. Al respecto, debemos señalar que la disponibilidad que se exige en el arbitraje, debe ser tanto de orden sustantivo como adjetivo, es decir, tratarse de materias con

---

<sup>218</sup>Vid. SAP Santa Cruz de Tenerife de 8 de septiembre 2003 (JUR 2004/25230). Sin embargo, no existe razón alguna para impedir que la acción civil derivada del delito sea arbitrable.

<sup>219</sup> Vid. Res. DGRN de 19 de diciembre de 1990, (RJ 1990/ 10490), STS de 28 de noviembre de 1992, (RJ 1992/9449) y STS de 21 de abril de 1988, (RJ 1998/3268), en donde se demuestra que afecta al orden público y, por tanto, quedan excluidas del arbitraje, las cuestiones relativas a la filiación.

<sup>220</sup> Vid. STS de 4 de diciembre de 1985, (RJ 1985/6202) y STS de 13 de octubre de 1986, (RJ 1986/5785).

<sup>221</sup> RJ 1988/9295.

Son civilmente indisponibles las materias no susceptibles de ser objeto de contrato conforme al artículo 1271 CC, es decir, aquellas que están fuera del comercio de los hombres y, los servicios contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

A título de ejemplo, CHILLÓN MEDINA, J. M y MERINO MERCHÁN, J. F., señalan que no serán susceptibles de arbitraje la siguientes cuestiones: situación jurídica de la persona, nacionalidad, adopción, incapacidad e interdicción, domicilio y vecindad civil, cuestiones relativas a la representación y defensa del ausente, patria potestad, paternidad, filiación y alimentos, cuestiones que rigen el matrimonio, tutela, emancipación y cuestiones relativas a derechos políticos, honoríficos, exenciones y privilegios. *Tratado de arbitraje privado interno...*, cit., pp. 138 – 139.

disponibilidad civil así como disponibilidad jurisdiccional<sup>222</sup>. Por tanto, no podrán someterse a arbitraje, obviamente, aquellas controversias que ya han sido resueltas por el orden jurisdiccional. Evidente resulta este supuesto, pero no porque la materia no sea arbitrable, sino por razón de la cosa juzgada que excluye la posibilidad de una segunda decisión, ya sea jurisdiccional o arbitral.

b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición. Se trata de una indisponibilidad de la materia por conexión que si bien en la actual ley de arbitraje se omite cualquier referencia al respecto, continuará siendo aplicable tal premisa y en este sentido, GUASP DELGADO, ha proclamado que si una materia es disponible pero se encuentra conexas con otra que no lo es, el todo será tratado judicialmente<sup>223</sup>. En esta línea se han pronunciado numerosas sentencias de nuestros tribunales, entre ellas, la SAP Navarra de 6 de mayo de 2004<sup>224</sup>.

c) Las cuestiones en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes no puedan actuar por sí mismos.

Existen supuestos en los que la ley legitima activamente al Ministerio Fiscal para ejercitar la pretensión, estos supuestos vienen regulados en el artículo 749 .1 LEC y son: los procesos sobre incapacidad, los de nulidad matrimonial y los de determinación e impugnación de la filiación; cuando ante ellos nos encontremos, evidentemente, no podrá acudir al arbitraje<sup>225</sup>. Por tanto, el Ministerio Fiscal intervendrá cuando un incapaz o menor carezca de representación legal, pero cuando los interesados se hayan provisto de los mecanismos ordinarios de representación y, consecuentemente, la intervención

---

<sup>222</sup> SANCIÑENA ASURMENDI, C., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. MATEO SANZ, J.), Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 66.

<sup>223</sup> *El arbitraje en el Derecho español*, cit., p. 122. En esta línea, CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN, señalan que el silencio del legislador ha de interpretarse positivamente, esto es, en el sentido de que las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que no tengan las partes poder de disposición, regirá el principio de separabilidad, cuando no el principio de absorción a favor de la arbitrabilidad. "Valoración crítica de la nueva ley de arbitraje"..., cit., p. 3. Vid. NIEVA FENOLL, J., "Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre...", cit., pp. 11- 44.

<sup>224</sup> JUR 2004/184311. En esta sentencia se desestimó el recurso de nulidad al someter a arbitraje materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tienen poder de disposición.

<sup>225</sup> El artículo 3 de Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, proclama que corresponde al Ministerio Fiscal: "Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley" (núm. 69) e "Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación" (núm. 7). Vid. STS de 9 de julio de 1992, (JUR 1992/6273).

del Ministerio Fiscal no resulte necesaria, nada impide que el representante legal platee el arbitraje si la materia lo permite y se siga el cauce previsto al efecto, como sería, por ejemplo, la autorización judicial del artículo 271. 3 cc<sup>226</sup>.

En definitiva, si bien la gran mayoría de las cuestiones en las que interviene el Ministerio Fiscal quedan fuera del ámbito de la arbitrabilidad, es porque se trata de materias indisponibles y no por la mera intervención del Ministerio Público<sup>227</sup>, es decir, la intervención del fiscal no conlleva que la materia sea indisponible, sino que en determinados supuestos así lo es, por ejemplo, en las cuestiones relativas al estado civil, cuando el sujeto no puede disponer por circunstancias personales, por ejemplo de incapacidad, minoría de edad, etc. En este sentido, LORCA NAVARRETE considera que fue desafortunado postular en el artículo 2.c) LA de 1988 la inarbitrabilidad de las controversias en las que con arreglo a la ley debía intervenir el Ministerio Fiscal. Además, y a título de ejemplo, la indisponibilidad, como causa justificada en la intervención del fiscal, quiebra en determinados momentos, como puede ser en los procesos matrimoniales que se tramitan de mutuo acuerdo y en los que los cónyuges no tienen hijos; en estos supuestos no cabe duda que podrá incluirse en el convenio arbitral las controversias estrictamente patrimoniales<sup>228</sup>.

Una vez vistas las tres materias que excluía expresamente la ley de 1988 y, siguiendo en el estudio de las materias arbitrables o no arbitrables, cuando nos encontremos ante un arbitraje sectorial, tendremos que acudir, además, a sus normas reguladoras y observar si en ellas se contiene algún tipo de exclusión. Ejemplo de ello lo encontramos, entre otros, en el arbitraje de consumo, cuyo RD 636/1993 (art. 2.1) dispone que no podrán ser objeto de arbitraje de consumo: a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición. c) Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por

---

<sup>226</sup> YAÑEZ VELASCO R., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.198.

<sup>227</sup> GARCIA RUBIO, M. P., "El convenio arbitral en la ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988", RCEA, 1988 – 1989, p. 89.

<sup>228</sup> LORCA NAVARRETE, A. M., *Comentarios a la ley de arbitraje*, Madrid, Dykinson, 1991, p. 40. Vid. SAP Sevilla de 29 de marzo de 2001, (JUR 2001/233535), en la que se demuestra que nada impide que la liquidación de la sociedad de gananciales entre los cónyuges se realice por medio de arbitraje.

carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos. d) Aquellas en las que concurran intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito<sup>229</sup>.

Hasta el momento no hemos hecho referencia alguna en lo que a materias administrativas respecta. Cabe afirmar que por el mero hecho de que una de las partes sea una Administración no provoca que la controversia sea inarbitrable (STS de 6 de marzo de 1987<sup>230</sup>). Son amplias las posibilidades del arbitraje en el ámbito administrativo, pues, en principio, la sumisión de las Administraciones Públicas a arbitraje será posible respecto aquellas materias sobre las que éstas tengan capacidad de disposición, como por ejemplo, puede ocurrir con los contratos celebrados por éstas tanto tengan carácter público como privado<sup>231</sup>.

Además, existen diferentes leyes que expresamente otorgan la posibilidad de someter a arbitraje materias administrativas, como, por ejemplo, la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, que regula tal opción en su artículo 28, señalando que es posible someter a arbitraje las controversias que puedan surgir en relación con los actos administrativos que pongan fin al procedimiento de registro de exclusiva.

Además de lo previsto para el arbitraje en general, queremos recalcar que, en lo que al arbitraje virtual se refiere, el campo de litigios susceptibles de

---

<sup>229</sup> Vid. respecto del arbitraje de consumo, las SAP Barcelona de 3 de noviembre de 2003 (AC 2003/1763) y SAP Almería de 15 abril de 2004 (JUR 2004\152466), en las que se anula el laudo por extralimitación objetiva al conocer de materias ajenas al sistema arbitral de consumo. Existen otros arbitrajes, como el regulado en la Ley 20/2003, de 7 de julio de Protección Jurídica del Diseño Industrial, cuyo artículo 42 prevé un arbitraje limitado a determinadas cuestiones previstas en dicha ley.

<sup>230</sup> RJ 1987/1419. Un ejemplo práctico de lo dicho, lo encontramos con ocasión de la firma entre el Estado español y la Fundación Thyssen Bornemiza, del contrato de cesión de la famosa colección de pintura. El RD 1525/1988, de 16 de diciembre (BOE de 21 de diciembre), por el que se aprobó la cesión, establecía en su artículo 2 lo siguiente: "*Toda controversia o cuestión que surja como consecuencia de dicho contrato podrá someterse al arbitraje internacional de acuerdo con lo estipulado en el mismo*". GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 263.

<sup>231</sup> GÓMEZ JENE, M., *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, AAVV, (coord. ARIAS LOZANO, D.), Thomson, Navarra, 2005, p. 34. Además, téngase en cuenta el artículo 106.2 de la Ley 30 /1992 LRJAP y PAC, que plantea la posibilidad de que los recursos administrativos sean sustituidos por otros medios de resolución de conflictos, como puede ser el arbitraje. Vid. CANAL MUÑOZ, P. e IBÁÑEZ- BUIL, J., "El arbitraje en el Derecho Administrativo", *Actualidad Administrativa*, nº 13, 27 de marzo a 2 de abril de 2000, pp. 478 y ss.

Asimismo deberá tenerse en cuenta la ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE 4 de noviembre de 2003, nº 24), cuyo artículo 31 dispone: "*No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno*".

someterse a un arbitraje completamente a distancia es muy amplio y excede del de los conflictos contractuales derivados del comercio electrónico, *a sensu contrario*, los conflictos surgidos del comercio electrónico no tienen porque solucionarse únicamente a través de procedimientos en línea. Si bien, debemos reconocer que el arbitraje es un medio idóneo para resolver los conflictos surgidos en este ámbito pues ambos se insertan en una perspectiva universal que marcha conjunta. El arbitraje conoce un desarrollo paralelo a éste y sigue la progresión del comercio internacional. El entorno del comercio electrónico, por su rapidez y su evolución incesante, parece llamar a gritos el recurso al arbitraje<sup>232</sup>, es por ello que se ha llegado a afirmar que «*es evidente que en ningún otro campo de la contratación resulta la institución arbitral tan idónea como en las relaciones patrimoniales que discurren a través del comercio electrónico*»<sup>233</sup>.

Para finalizar, queremos brevemente mencionar que respecto al arbitraje internacional, mientras la anterior ley de arbitraje no realizaba referencia alguna expresa a la capacidad del Estado para comprometerse al arbitraje, se introduce en la nueva ley una regla que consiste en que los Estados y entes dependientes de ellos, no pueden hacer valer las prerrogativas de su ordenamiento jurídico para excepcionar su capacidad (art. 2.2 LA)<sup>234</sup>. La Exposición de Motivos de la ley, en esta línea indica: “*Respecto de las materias objeto de arbitraje se introduce también la regla, para el arbitraje internacional,*

---

<sup>232</sup> Vid KALLEL, S., “Arbitrage et commerce électronique”, *Revue de droits des affaires internationales*, nº1, 2001. La doctrina internacional ha manifestado que las mejores disputas para resolver por medio del arbitraje *on line* son las siguientes: las relativas al comercio electrónico, las disputas que surgen con los nombres de dominio, los conflictos relacionados con la propiedad intelectual, (tengamos en cuenta que con el uso de las TICs, particularmente de Internet, resulta mucho más fácil para los piratas informáticos infringir estos derechos) y determinadas disputas monetarias en las que se trata de alcanzar una solución rápida. SHAH, A., “Using ADR to resolve online disputes”, *Richmond Journal of Law and Technology*, Primavera, 2004.

<sup>233</sup> MERINO MERCHÁN, J., “El pacto de arbitraje telemático”..., cit., pp. 529-545. Además, debemos tener en cuenta que la Directiva 2000/31 de Comercio Electrónico, en su artículo 1.5, así como la ley española que la incorpora, la LSSI (art. 5) excluyen de su ámbito determinadas cuestiones, tales como, el régimen fiscal y tributación aplicables a los servicios de la sociedad de la información, las actividades de los juegos de azar que impliquen apuestas de valor económico, etc.; por su lado, la LSSI excluye de su ámbito, el relativo a las actividades profesionales realizadas en el ámbito de la sociedad de la información por Notarios y Registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas y el llevado por los procuradores y abogados, en el ejercicio de las que le son propias en representación y defensa en juicio. Por lo que en el caso de que algunas de estas cuestiones trataran de resolverse a través de arbitraje, no les será aplicable la ley de comercio electrónico sino el régimen general.

<sup>234</sup> Para un estudio profundo sobre el tema, vid. ESPLUGUES MOTA, C., *Comentarios a Ley de arbitraje...* (coord. BARONA VILAR, S.), cit., pp. 133 y ss.



*de que los Estados y entes dependientes de ellos no puedan hacer valer las prerrogativas de su ordenamiento jurídico. Se pretende con ello que, a estos efectos, el Estado sea tratado exactamente igual que un particular*". Esta regla se basa en el principio de que el Estado o la sociedad controlada por el Estado que presta libremente su consentimiento al convenio arbitral no puede después ir contra sus propios actos y tratar de acogerse a sus prerrogativas, inmunidad de jurisdicción, para así evitar el cumplimiento de lo convenido.

## **5) Clases**

Existen diversas modalidades de arbitraje, pero principalmente vamos a centrarnos en las dos más comunes. Una primera clasificación del arbitraje la encontramos en el arbitraje de derecho o de equidad y, junto a esta tradicional clasificación, se articula otra que diferencia entre la posibilidad de que el arbitraje sea "*ad hoc*" o institucional. La opción por un arbitraje u otro se convierte en una de las manifestaciones más importantes de la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes en el proceso arbitral.

### **A) Arbitraje de derecho o de equidad**

Los árbitros podrán resolver la cuestión litigiosa tanto con sujeción a derecho, adecuando el laudo y el procedimiento al Derecho sustantivo, como en equidad, según su leal saber y entender, sin someterse a ninguna forma legal. Ambos arbitrajes se regulan indistintamente en la ley arbitral.

Dicha elección, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que rige todo el proceso arbitral, será realizada por las partes y en el caso en que éstas no opten por una opción u otra expresamente, los árbitros resolverán en derecho, siempre y cuando no estemos en el ámbito de un arbitraje institucional en cuyo caso debemos atenemos a lo que se disponga en su reglamento interno (art. 34 LA).

En el arbitraje de derecho el árbitro resolverá estrictamente su decisión sujeto a las normas jurídicas, mientras que en el arbitraje de equidad, los árbitros resolverán atendiendo meramente a su leal saber y entender, sin recurrir a la aplicación del ordenamiento jurídico, sino limitándose a otorgar la respuesta que entienda más justa desde su propio punto de vista personal;

este último arbitraje también se denomina *ex aequo et bono*<sup>235</sup>. Ello provoca que los árbitros que resuelvan en equidad no tienen la obligación de ostentar la condición de abogado en ejercicio como si ocurre, por el contrario, en el caso de los árbitros que resuelven en derecho, salvo que las partes dispongan otra cosa (art. 15 LA).

El arbitraje de equidad conlleva, lógicamente, que los árbitros o “amigables componedores” como también se denominan en este tipo de arbitraje, resuelvan sin el deber de fundamentar jurídicamente su decisión<sup>236</sup>, lo que no implica que el laudo no deba ser congruente ni aparecer debidamente motivado, tal y como exige el artículo 37 .4 LA<sup>237</sup>. En ningún caso, desde luego, debemos entender que la resolución del árbitro según su leal y buen saber y entender equivale a discrecionalidad absoluta por parte del árbitro, pues el laudo que posteriormente se dicte en equidad no implica desconocimiento y mucho menos, desobediencia de las norma de derecho positivo imperativo, sino que lo que sucede es que si bien no se resuelve aplicando rigurosamente y en exclusiva el derecho, deberá en todo caso, atender a lo estipulado por las partes y tomar en consideración lo dispuesto en las normas imperativas que afecten a la relación jurídica objeto del litigio.

Se ha invertido la regla con respecto a la ley de 1988 en la que se otorgaba preferencia por el arbitraje en equidad en defecto de acuerdo por las partes (art. 4.2 LA de 1988), pues como hemos dicho *supra*, con la nueva ley arbitral el arbitraje será en derecho mientras las partes no decidan lo contrario. Ante dicha opción legislativa, la Exposición de Motivos de la ley arbitral ha otorgado dos razones: en primer lugar ha señalado: “*la preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado*”. Al respecto, debemos aclarar, que tal afirmación no es tan manifiesta<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> Para profundizar en el estudio del arbitraje de equidad, véase, LORCA NAVARRETE, A., *Arbitraje Multimedia*, Dykinson, Madrid, 2000.

<sup>236</sup> Vid. STS de 28 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8716).

<sup>237</sup> Vid. SAP Barcelona de 16 de mayo de 2003 (JUR 2003/254634).

<sup>238</sup> Si bien la coincidencia si es plena, tanto con el mandato del artículo VII.2 del Convenio de Ginebra de 1961 y del artículo 28.3 de la Ley Modelo, así como en lo dispuesto en la mayoría de reglamentos de arbitraje de las distintas instituciones arbitrales. Existen numerosas leyes que prevén lo contrario, entre otras: la ley ecuatoriana de arbitraje (art. 3), ley panameña de 1999 (art. 3), ley peruana (art. 3), etc. ESPLUGUES MOTA, C., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. BARONA VILAR, S), cit., p. 1119.

Como segundo motivo indica: *“Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribuna”*. De nuevo, consideramos que esta afirmación no es del todo correcta, pues, como afirma ESPLUGUES MOTA, se trata de una opinión cargada de relatividad y en modo alguna determinante, por lo que *«todo apunta a que el legislador ha optado por reproducir las soluciones de la Ley Modelo, sin valorar suficientemente, en primer lugar que la Ley Modelo, como su propio nombre indica es eso, una Ley de referencia, susceptible de ser aceptada en su totalidad, o modificada de acuerdo con las necesidades y expectativas de cada país. Y que dicha Ley, en segundo lugar, se dedica específicamente al arbitraje comercial internacional»*<sup>239</sup>.

Por tanto, no estamos de acuerdo con la opción que ha adoptado el legislador y compartimos, junto a BARONA VILAR, la calificación de inexplicable de la inversión de la regla a favor del arbitraje de derecho; esta autora considera un desacierto tal decisión por diversas razones<sup>240</sup>:

a) La primera de ellas, estrictamente numérica, basada en las estadísticas arbitrales de los últimos años que demuestran que ha sido mucho mayor el número de laudos que se han dictado conforme a equidad que los que se han dictado conforme a derecho. Más aún si tenemos en cuenta la potenciación en los últimos años del arbitraje, provocada por la aparición de los denominados arbitrajes sectoriales, los cuales han venido apostando claramente por el arbitraje de equidad, principalmente, los arbitrajes de consumo<sup>241</sup>.

b) En segundo lugar, entendemos que una de las grandes ventajas del arbitraje como medio de solución de controversias alternativo a la justicia, es probablemente salir de la esfera de la imposición del derecho al caso concreto,

---

<sup>239</sup> *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit, p. 1120.

<sup>240</sup> BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit, p. 1204 y ss.

<sup>241</sup> Tras la llegada de la nueva ley arbitral se ha producido una gran incertidumbre en los arbitrajes de consumo, en donde venía siendo lo usual el arbitraje de equidad. No hallamos solución alguna en la disposición adicional de la ley, la cual se limita a predicar: *“Esta Ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrán establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho”*. Aunque, podemos deducir que tal disposición trata de favorecer en un futuro el arbitraje de equidad en este tipo de arbitrajes (decimos en un futuro porque la misma ley dice *“en sus normas de desarrollo”*, normas que todavía no han visto la luz).

y perseguir una idea de desconflictivización hacia la que se encamina el movimiento de solución extrajudicial de conflictos que se favorece con un arbitraje de equidad. Con el arbitraje de equidad se pretende una salida menos agresiva que la que conlleva el arbitraje de derecho<sup>242</sup>.

En definitiva, considero que si las partes acuden al arbitraje, en muchas ocasiones lo hacen evitando acudir a los jueces quienes van a aplicar el Derecho, y con el arbitraje pretenden una solución basada en la equidad por parte de un tercero.

c) Finalmente, desde un punto de vista dogmático, resulta paradójico incluso la misma existencia del arbitraje de derecho. La elección de la preferencia por el arbitraje de equidad resultaba conforme con la negación de una posible segunda instancia, mientras que la preferencia por el arbitraje de derecho, priva a las partes de una garantía procesal que si se ofrece por los tribunales jurisdiccionales. Se produce una diferencia digna de mención porque puede ser una de las desventajas que podría achacarse al arbitraje.

Desde luego, en lo que respecta al arbitraje *on line*, recomendamos el arbitraje de equidad, más adecuado a los interrogantes, dudas y cambios que conlleva la combinación de las nuevas tecnologías y el Derecho.

## **B) Arbitraje ad hoc o institucional**

Una segunda clasificación es la referente al arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional. El arbitraje llamado *ad hoc* es el que se efectúa caso por caso a medida que las controversias van surgiendo y en donde las partes someten la solución del litigio ya surgido o que pueda surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros. La LA otorga a las partes plena capacidad para estructurar el arbitraje al que se han sometido; en él, las partes administran el procedimiento en su totalidad, configurando la estructura que debe conformar el desarrollo procedimental, decidiendo el idioma del arbitraje, la sede, los árbitros, la duración, los costes, etc., siempre y cuando se respeten las normas que con carácter imperativo impone la ley arbitral.

El arbitraje *ad hoc* se distingue del arbitraje institucional en que las partes son las que nombran directamente a los árbitros, estableciendo ellas mismas

---

<sup>242</sup> BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit, pp. 1206 y 1207.

las reglas del procedimiento y la forma en la que debe de llevarse a cabo todo el arbitraje. Por el contrario, en el arbitraje institucional las partes convienen resolver sus conflictos ante instituciones especializadas que organizan y administran el proceso. La voluntad de las partes de encomendar la administración del arbitraje a una institución arbitral o por el contrario, optar porque el arbitraje sea *ad hoc*, deberá hacerse en el convenio arbitral (art. 9 LA).

La institución arbitral es una persona jurídica que asume la función de gestionar y administrar el arbitraje, mediante la adopción de un reglamento de arbitraje que las partes aceptan en orden a que sus cuestiones litigiosas sean resueltas<sup>243</sup>. En caso de que las partes decidan someter la controversia a un arbitraje institucionalizado, el nombramiento de los árbitros así como el procedimiento a seguir se desarrollará conforme al reglamento de la institución arbitral a la que se ha sometido<sup>244</sup>.

La doctrina habla indistintamente de arbitraje institucional, organizado, administrado o corporativo, a la hora de referirse a esta modalidad de arbitraje caracterizada por la presencia de una institución arbitral que administra el arbitraje.

El arbitraje institucional viene regulado en el artículo 14 LA, y tiene su antecedente inmediato en los artículos 10 y 14 de la LA de 1988<sup>245</sup>. Se caracteriza por la presencia de un organismo que tiene por objeto servir de

---

<sup>243</sup> LORCA NAVARRETE, A., *Tratado de Derecho de Arbitraje*, IV DPA, San Sebastián, 2001, p. 162. ALMAGRO NOSETE, define el arbitraje institucional como, «*el confiado a un centro de arbitraje, entidad de carácter corporativo o institucional que administra aquél, mediante la designación de los árbitros, la sujeción del mismo a determinadas reglas de procedimiento, y la facilitación, en general, de los medios necesarios para llevar a cabo el fin encomendado de dar solución arbitral al asunto*». «La nueva ley española de arbitraje», *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairen Guillén*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 37.

<sup>244</sup> A título de ejemplo, observamos el Reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona, cuyo artículo 8 señala: *A falta de acuerdo de las partes, y de no estar previsto en el convenio arbitral, el TAB decidirá en atención a las circunstancias del caso, sobre si el arbitraje será de derecho o e equidad, número de árbitros, lugar e celebración del arbitraje y de emisión del laudo, nombramiento del árbitro...*

<sup>245</sup> El arbitraje institucional ostenta una larga tradición jurídica en el ámbito del arbitraje comercial internacional. A nivel mundial goza de un gran prestigio la Cámara de Comercio internacional de París (CCI). Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no se introdujo el arbitraje institucional hasta la ley de 1988, pues la ley arbitral de Derecho Privado (art. 22) prohibía este tipo de arbitrajes. A pesar de tan corta tradición, han ido consolidándose en nuestro país un número creciente de instituciones arbitrales.

Un estudio sobre las principales novedades introducidas por la nueva LA que afectan al arbitraje institucional, se refleja en GIBERT ZAMORA, M., «El arbitraje institucional en la Ley 60/2003 de 23 de diciembre», *Revista de Derecho de los Negocios de La Ley*, nº 163, septiembre, 2004, pp. 5 – 19.

manera profesional a las partes; dicho organismo ejercerá la función arbitral cuando las partes encomienden la administración del arbitraje a:

a) Corporaciones de Derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia. Se trata de entidades con base asociativa creadas por el Estado y, por ello, de carácter público, pero con capacidad de autogestión y autofinanciación, con la peculiaridad que constituye el carácter obligatorio de la adscripción a las mismas para garantizar el cumplimiento de los fines que le son atribuidos<sup>246</sup>. Entre ellas, destacamos las Cámaras Oficiales de Comercio y los Colegios profesionales<sup>247</sup>.

b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. También se pueden incluir en esta categoría las fundaciones siempre y cuando sus estatutos prevean funciones arbitrales. Como pueden ser los sindicatos, las asociaciones empresariales, etc<sup>248</sup>.

Las instituciones arbitrales disponen de un reglamento en el que se codifican el conjunto de normas tanto procedimentales como administrativas conforme a las cuales se va a desarrollar el arbitraje; las previsiones de sus reglamentos no pueden contradecir el contenido de la ley arbitral, si así lo hacen posteriormente se podrá recurrir a la anulación del laudo final (art. 41 .1.d LA)<sup>249</sup>. En la nueva ley arbitral se ha suprimido el carácter preceptivo de la

---

<sup>246</sup> ANDRÉS CIURANA, B., "Las instituciones arbitrales nacionales (desarrollo, fundamento y consolidación del arbitraje institucional)", *Actualidad Civil*, nº 3, 15 al 21 de enero de 2001, pp. 96 – 97.

<sup>247</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., define las Corporaciones de Derecho público como las, «asociaciones forzosas de particulares, creadas por el Estado, que igualmente, les atribuye personalidad jurídica pública para, sin perjuicio de defender y gestionar intereses privados de sus miembros, desempeñar funciones de interés general de carácter monopolístico, cuyo ejercicio se controla por la jurisdicción contencioso-administrativa». *Derecho Administrativo II*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 320.

<sup>248</sup> Destaca dentro de esta categoría, la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEDAE) que permite la consulta *on line* del estado de los expedientes.

Discrepamos, al igual que LLEDÓ YAGÜE, F., con la exclusión legal de las asociaciones con ánimo de lucro en cuanto a la posibilidad de configurarse como instituciones arbitrales, dada la inexistencia de circunstancias que les imposibiliten para poder prestar, de manera adecuada, funciones arbitrales de gestión o administración con gran profesionalidad, teniendo en cuenta que el mandato a la sazón generalmente no es gratuito, sino que es un encargo retribuido. "Artículo 10", *Comentarios a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 165 – 166. Ejemplo de ello, lo pudimos observar cuando ARYME dejó de funcionar como administradora de arbitrajes *on line* tras la llegada de la nueva ley arbitral por tratarse de una iniciativa privada.

<sup>249</sup> Las principales diferencias entre un arbitraje *ad hoc* y uno institucional, las resume claramente, GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., tal y como a continuación vamos a exponer: 1) En cuanto a la notificación de la designación: en el arbitraje no institucional el árbitro notificará a las partes la aceptación, mientras que en el institucional la notificación de la aceptación se realizará por la

protocolización notarial de los reglamentos de las instituciones arbitrales, así como de las sucesivas modificaciones de los mismos.

Debemos recordar que el arbitraje institucional presenta determinadas ventajas con respecto al arbitraje *ad hoc*, entre ellas debemos destacar las siguientes: la institución arbitral proporciona los medios, tanto materiales como personales que requiere el desarrollo de un procedimiento arbitral. En el arbitraje *on line*, resulta fundamental que la institución disponga de los medios tecnológicos adecuados para que el proceso se desarrolle adecuadamente, como si ante un arbitraje tradicional nos encontráramos. Además, ofrece mayor seguridad jurídica, en el sentido de que el procedimiento arbitral y sus actuaciones se ajustan a lo dispuesto en unas normas previamente establecidas en el reglamento de la institución y cuentan con mecanismos efectivos de selección de los árbitros; a su vez, implica un refuerzo de la actividad de los árbitros, quienes se saben respaldados por una entidad especializada; asimismo, otorga ciertas garantías en orden a la reparación de daños y perjuicios originados por conductas dolosas de los árbitros, como veremos cuando estudiemos la responsabilidad de los árbitros<sup>250</sup>. Por su parte, el arbitraje *ad hoc*, ofrece mayor flexibilidad en el procedimiento al ser éste directamente diseñado por las partes, además y principalmente, de presentar unos costes más reducidos que los que suponen los arbitrajes administrados.

No debemos olvidar que con la entrada de la nueva ley arbitral, frente a estos dos tipos de arbitraje surge un tercero, el "arbitraje reglamentario", por el que en virtud del artículo 4 b) LA, precepto claramente inspirado en el artículo 2 de la Ley Modelo, se prevé la posibilidad de que las partes se sometan a las disposiciones de un reglamento arbitral, sin otorgar la administración del

---

Corporación, quien a su vez lo comunicará a los comprometidos. 2) Sobre la celeridad del procedimiento: en el arbitraje institucional, la Corporación o Asociación dispone de plenas facultades de impulso: término de alegaciones, prueba, recusaciones, etc. 3) Documentación de las actuaciones: en el arbitraje institucional se documentan todas las actuaciones en un acta que suscribirán el árbitro y las partes, lo que sin duda contribuye a dotar de una mayor seguridad al procedimiento. 4) en materia de recusación, las diferencias también se manifiestan pues si en el arbitraje *ad hoc* algún árbitro fuera recusado, para el nombramiento de uno nuevo deberá producir el acuerdo entre las partes; en cambio, en el arbitraje institucional, la institución, por el hecho de aceptar el encargo, se obliga a ejecutar el mismo, por lo que deberá sustituir a un árbitro por otro y, 5) Prueba: en el arbitraje institucional queda a la libre decisión de los árbitros la aceptación o no de las pruebas que hayan sido solicitadas por las partes, así como practicar otras que consideren convenientes. *Comentarios a la ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 322.

<sup>250</sup> Vid. JOVÉ PONS, M. A., "La administración del arbitraje por persona jurídica, con especial referencia al Tribunal Arbitral de Barcelona", *Justicia*, 1997, p. 479.

arbitraje a una institución arbitral sino simplemente sometiéndose a su reglamento. En este supuesto no estamos ante un arbitraje institucional, sino más bien ante uno *ad hoc*, pero cuyo desarrollo se encuentra regulado en el reglamento de una institución arbitral. Con ello se trata de que las partes puedan beneficiarse de las disposiciones previstas en los reglamentos de las instituciones arbitrales sin el gasto que su administración y gestión conllevaría.

## **6) Ventajas e inconvenientes del arbitraje telemático**

El arbitraje *on line*, como medio alternativo de solución de conflictos, comporta un gran número de ventajas respecto a los tribunales judiciales, aunque también algunos inconvenientes que no podemos omitir. A todas estas ventajas e inconvenientes vamos a referirnos a continuación:

### **A) Ventajas**

Además de las múltiples ventajas que presenta el arbitraje como medio alternativo a la Justicia<sup>251</sup>, son otras muchas las ventajas adicionales que ofrece el arbitraje que se desarrolla a través de la Red, principalmente por las especificidades del medio por el que se lleva a cabo; opinamos que el proceso

---

<sup>251</sup> Las ventajas que se predicen normalmente del arbitraje y las más comunes, son las siguientes:

1. **Accesibilidad:** El arbitraje debe resultar fácilmente accesible para las partes, tratando de evitar todas aquellas cargas y trámites burocráticos que resulten innecesarios y que en muchas ocasiones los tribunales judiciales requieren a las partes.

2. **Aproximación a la justicia heterocompositiva al ciudadano y a la sociedad civil,** universalizándola y reduciendo el tiempo, las costas y gastos del procedimiento arbitral, (GARCÍA-ARGUDO MENDES, J., "El convenio arbitral y el pacto arbitral electrónico en el arbitraje interno o doméstico", Actualidad Informática Aranzadi, Octubre 2001, p. 8.). Asimismo otorga una nota de humanización al proceso, en tanto en cuanto, incrementa la satisfacción de las partes porque se confecciona el proceso al gusto y medida de las mismas.

3. **Poder de libre disposición de las partes,** pues rige a lo largo de todo el procedimiento arbitral el principio de autonomía de la voluntad que se manifiesta en la libertad de las partes a la hora de proceder a la elección del árbitro, el procedimiento que va a llevarse a cabo, el lugar e incluso de la ley aplicable.

4. **Reducción de la carga de trabajo de los jueces y tribunales.** Pudiendo así ayudar a una mejora del funcionamiento del sistema judicial en su conjunto al menguar el número de asuntos que llegan a los tribunales judiciales.

5. **Produce efectos legales procesales,** porque el fallo arbitral o laudo se considera cosa juzgada y tiene el mismo efecto de una sentencia judicial, tal y como señala el artículo 43 LA. Ello conlleva una ventaja considerable respecto a otros medios de solución de conflictos extrajurisdiccionales, como la mediación o la negociación, que no producen tal efecto, y una vez terminado el proceso, en determinadas ocasiones, resulta difícil obligar a las partes a cumplir con la decisión del tercero neutral. Por el contrario, el laudo arbitral si puede adquirir fuerza ejecutoria y se impondrá a las partes, quienes no podrán desconocer lo decidido por el árbitro en el laudo.



arbitral *on line* puede otorgar innumerables ventajas añadidas al propio arbitraje, siempre y cuando se establezcan las debidas garantías para asegurar la autenticación de los mensajes que se notifican, la integridad de los documentos y las fundamentales cuestiones de confidencialidad y defensa de la privacidad. Entre ellas cabe destacar las siguientes:

1. Solventa muchas de las incertidumbres que se plantean sobre ley y jurisdicción aplicable a muchos negocios jurídicos a distancia, así como el denominado desbordamiento de fronteras que provoca la Sociedad de la Información, pues, como ya sabemos, los negocios que se llevan a cabo en la Red provienen de personas que se encuentran en lugares muy lejanos o en países con diferentes jurisdicciones; por lo que las partes en el arbitraje se ponen de común acuerdo y deciden qué ley aplicar a sus negocios jurídicos, independientemente de la nacionalidad que ostenten.

2. Evita el desplazamiento de las partes que suelen encontrarse en lugares geográficos distintos, y que podrán seguir y actuar en el proceso arbitral desde sus propios domicilios, sin necesidad de moverse, gracias a la utilización de estas nuevas tecnologías que hacen factible tal posibilidad.

3. Elimina horarios: es accesible 24 horas al día, siete días por semana en todo el mundo, lo que ayuda a eliminar los conflictos de horarios y potenciales problemas con las diferencias horarias de los distintos países. Las partes pueden elegir el momento de participar.

Estas dos últimas ventajas implican celeridad, rapidez y brevedad en la tramitación de este medio de solución de conflictos sin quebrantar ninguna de las garantías procesales, a las que tienen derecho las partes; prueba de ello es el artículo 37 LA que proclama que los árbitros deben dictar el laudo en el plazo máximo de seis meses desde la fecha de presentación de la contestación o desde la expiración del plazo para contestarla, plazo que podrá ser prorrogado. Esta rapidez y efectividad conlleva un ahorro sustancial de tiempo frente a lo que podría suponer la resolución de ese mismo litigio por los Tribunales, pues en definitiva, las partes pueden decidir el tiempo o duración del proceso; rapidez que se acentúa más aún, si lo comparamos con lo que supondría llevar a cabo el mismo proceso pero por medios tradicionales.

La reducción de los tiempos del procedimiento es posible en un sistema que, como el arbitral, se caracteriza por la ausencia de instancias y formalismos de la jurisdicción ordinaria.

4. Bajo coste: Se ha dicho que el arbitraje resulta un medio de solución de controversias caro, pero tal la afirmación no es siempre cierta. La agilidad y rapidez en el desarrollo del procedimiento muestra su carácter económico. Además, si a ello le añadimos el llevar a cabo el procedimiento por medios electrónicos, será evidente que el coste que puede conllevar un arbitraje *on line* resultará más asequible y económico que el acudir a la vía judicial en numerosos supuestos.

Las facilidades de comunicación ofertadas por Internet repercuten en el bajo costo de los procedimientos extrajurisdiccionales en línea y por supuesto, la no necesidad de las partes de desplazarse redundará, obviamente, en dicho ahorro. Tengamos en cuenta que tales desplazamientos conllevan, además de los gastos de alojamiento y manutención, la necesidad de contratar a un consejero jurídico en el extranjero, los eventuales costes de traducción de los documentos, etc<sup>252</sup>. El único coste adicional viene dado por la tecnología empleada, que puede llegar a resultar muy costosa, pero una vez se ha amortizado su gasto, no puede dudarse que implicará numerosas ventajas; además, en los últimos tiempos, los costes de las tecnologías de la información van reduciéndose, aunque sea lentamente.

5. Flexibilidad: la ley arbitral ha optado por la conformación del procedimiento arbitral basándose en el principio de autonomía de la voluntad de la partes. Éstas son las que directamente acuerdan las normas del procedimiento así como sus rasgos fundamentales. La voluntad de las partes puede plasmarse tanto de forma directa en el convenio arbitral o en un momento posterior o, de forma indirecta, sometiéndose a una institución arbitral, que tendrá su propia norma reglamentaria.

---

<sup>252</sup> Asimismo, también podemos observar una reducción de costes, al permitir la Red el acceso a informaciones jurídicas relativamente precisas de forma gratuita en muchas ocasiones y en otras a bajo coste, a determinadas bases legales de datos, webs de información jurídica, etc. Este acceso a la información es una forma de reducción de los costes intermediarios que puede acarrear el procedimiento arbitral.

6. Trazabilidad y seguimiento: El arbitraje *on line* permite asimismo, verificar, controlar y tutelar en línea y tiempo real el estado de las actuaciones, lo que conlleva la posibilidad de una posición de las partes más activa en la solución del litigio. Éstas son dos notas características del arbitraje en línea en el cual las partes, al poder registrar su actuaciones, pueden tener la posibilidad real de conocer el estadio de resolución en el que se encuentra el conflicto, que garantice una respuesta eficiente, lo que ayuda a cada parte a ver la evolución de las propuestas y como el proceso se acerca o no a un acuerdo mutuamente satisfactorio, consiguiendo con ello una posible mejora en la obtención de los resultados deseados por las partes y una mayor credibilidad de sus beneficios.

7. Se protegen y resuelven así las reclamaciones que, por su pequeña cuantía, no se presentarían ante los tribunales judiciales, primordialmente en el ámbito del consumo. El bajo coste de determinadas transacciones comerciales realizadas en la Red, el coste de litigarlas ante los tribunales podría suponer un coste mucho mayor comparado a cualquier pequeño potencial beneficio.

8. Especialización de los árbitros respecto a cuestiones que pueden recibir un tratamiento poco adecuado por parte de los tribunales. La posibilidad de elegir a un experto en el conflicto objeto del proceso garantiza una resolución más justa y adecuada a las expectativas de las partes; la especialización de los árbitros conduce a resoluciones específicas, creativas y adaptadas al caso y proporciona a las soluciones, pragmatismo y posibilidad directa de aplicación en la práctica<sup>253</sup>. Esta especialización resulta fundamental cuando ante controversias relacionadas con las nuevas tecnologías nos encontramos. Sobre cuestiones relativas a la Sociedad de

---

<sup>253</sup> DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, I., "El Arbitraje en Internet", en Actualidad Informática Aranzadi, Octubre 2000, pp. 14 y 15.

Ejemplo de solución creativa que pueden adoptar los árbitros o mediadores es la siguiente: en el caso en el que el conflicto consista en que se deba acordar la devolución del precio pagado por un producto defectuoso, el árbitro, quien tiene en cuenta los derechos de las partes, puede explorar junto a las partes una solución de intercambio más ventajosa para ambas, como por ejemplo puede ser el devolver un producto mejor y más caro que el defectuoso, lo que resultará menos costoso para la empresa y tal vez más satisfactorio para el consumidor.

la Información se pueden ir configurando los usos y costumbres de lo que denominamos *lex electrónica*<sup>254</sup>.

9. Privacidad: Una de las ventajas que ha destacado del arbitraje es la no publicidad frente a terceros<sup>255</sup>. Las relaciones de consumo provenientes del comercio electrónico suelen ser relaciones de masa, y una sentencia desfavorable para el profesional puede suscitar un contencioso de masas. Para el profesional, el secreto de la conciliación o de la mediación es propicio, ya que permite acordar una reparación en la medida de la exigencia del consumidor lesionado. Así, los internautas más diligentes obtendrán una reparación satisfactoria, sin que este nivel de reparación deba imponerse a todo el resto de consumidores<sup>256</sup>.

10. La transnacionalidad del comercio electrónico y, por tanto, de los litigios que de él se deriven, implica afectación de diferentes soberanías, con diferentes grados de reconocimiento de los derechos en conflicto. Las fórmulas ADR se presentan flexibles ante las controversias caracterizadas por tantas aristas. Al tener el arbitraje un foro único, se halla independiente de las distintas jurisdicciones que puedan estar implicadas en la controversia. Igualmente, el hecho de que las normas sobre ejecución de

---

<sup>254</sup> Ciertos autores hablan de *lex electrónica* que corresponde al conjunto de reglas jurídicas informales aplicables en el entorno del comercio electrónico, destacando entre ellos a MERINO MERCHÁN, J., en "El pacto de arbitraje telemático", cit., pp. 529-545, o a nivel internacional a, TRUDEL, P., "La *lex electronica*", *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant-Éd. de l'Université de Bruxelles-Helbing & Lichtenhahn, Bruselas, 2001, pp. 221 y ss.

<sup>255</sup> El artículo 24.2 LA expresamente exige: "*Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales*".

Determinados reglamentos de diversas instituciones arbitrales así lo indican expresamente, como por ejemplo, el artículo 28 del Reglamento del TAB que señala: "*el TAB no dará publicidad de los laudos, salvo acuerdo de las partes*".

<sup>256</sup> Sin embargo, se suscita un interrogante respecto a dicha ventaja, pues si bien el artículo 24.2 LA garantiza la privacidad, este precepto choca con la LSSI, en donde su artículo 34.2 LSSI impone a los órganos arbitrales y a los responsables de los demás procedimientos de resolución extrajurisdiccional de conflictos la obligación de comunicar al Ministerio de Justicia los laudos o decisiones que revistan importancia para la prestación de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Como ha señalado LÓPEZ ORTIZ, la aparente contradicción entre ambos preceptos exige determinar en qué medida ambas normas son compatibles. Para ello, atenderemos al párrafo tercero del mismo artículo 34 LSSI en donde se proclama que en tal comunicación se tomarán las precauciones necesarias para salvaguardar el derecho a la intimidad y la protección de los datos personales de las personas identificadas en ellos. En este sentido, compartimos con este autor, que para compatibilizar ambos preceptos, no bastará con comunicar al Ministerio de Justicia los laudos solamente omitiendo los nombres y datos de identificación de las partes, sino que será preciso efectuar una interpretación finalista, que en muchos casos, llevará a excluir determinados hechos, a comunicar exclusivamente extractos del razonamiento jurídico, o en otros impedirá completamente la comunicación, por tratarse de asuntos en los que una mera referencia al caso permita conocer quiénes son las partes, o de que hechos se trata. LÓPEZ ORTIZ, A., "Arbitraje y Nuevas Tecnologías", cit., p. 35.

laudos arbitrales se encuentren uniformadas a nivel mundial, contribuye a esa flexibilidad que hace aconsejable su uso<sup>257</sup>. Al desbordar las transacciones de la Red, el concepto tradicional de frontera doméstica y por tanto, su ordenamiento interno, permite a las partes en la contratación electrónica incorporar un convenio arbitral en el que elijan la norma aplicable al conflicto y el fuero asignable<sup>258</sup>. Enorme elasticidad que les permite actuar, sin ningún problema, tanto en conflictos cibernéticos de cuantías inmensas como en pequeñas disputas entre prestadores de servicios y usuarios.

11. Internet facilita mecanismos de intercambio de información que pueden servir para agilizar ciertas fases del procedimiento extrajudicial de solución de conflictos, tales como la presentación de los escritos iniciales, la práctica de determinados medios de prueba, la documentación de las actuaciones, los actos de comunicación procesal, etc. suprimiendo la barrera de la distancia y aumentando la velocidad en la resolución de las controversias<sup>259</sup>.

## **B) Inconvenientes u obstáculos**

No son todo ventajas, resta ahora por indicar aquellos inconvenientes que provoca el llevar a cabo el arbitraje por medios telemáticos, inconvenientes la mayor parte de ellos provenientes de la inmadurez y falta de conocimiento de estos nuevos medios.

1. El principal inconveniente con el que nos encontramos lo hallamos en las obligaciones específicas reguladas en las normativas nacionales que exigen al arbitraje determinados requisitos formales que dificultan la aparición y el desarrollo del arbitraje *on line*<sup>260</sup>. Sumamente problemático y ejemplo de ello, resulta la exigencia del artículo II del Convenio sobre

---

<sup>257</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E., "La tutela de la transmisión digital de obras...", cit., p. 762.

<sup>258</sup> Asimismo en el entorno de una comunidad multilingüística y plurilegislativa como es la Unión Europea, la Red facilita un entorno más homogéneo y accesible. MERINO MERCHÁN, J., "El pacto de arbitraje telemático", cit., pp. 529-545.

<sup>259</sup> También existen determinadas ventajas que conllevan una connotación personal, como por ejemplo, el que las partes eviten el sentirse incómodas delante de la parte contraria y puedan comunicarse y solucionar su conflicto, sin la necesidad de un contacto cara a cara directo.

<sup>260</sup> Razón que ilustra adecuadamente el auge de otras modalidades alternativas de solución de controversias *on line* no vinculantes, en las que se exigen muchas menos formalidades.

reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958 que requiere la forma escrita para la validez del acuerdo de arbitraje, así como para solicitar a un juez o a una autoridad competente el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero. Nos remitimos a lo dicho en el título correspondiente a la ejecución de laudos electrónicos internacionales<sup>261</sup>.

2. La dificultad que provoca en algunos litigios la determinación del lugar de procedimiento al encontrarnos ante un espacio virtual como es Internet<sup>262</sup>. Sin embargo, esta dificultad se ha venido superando con la evolución de los tiempos, llegando a soluciones ficticias que acaban por determinar un lugar concreto convenido por las partes mientras que el desarrollo del arbitraje se lleva a cabo enteramente en un entorno *on line*.

3. Confidencialidad y seguridad de los procedimientos. Cuestiones fundamentales que requieren y exigen quienes solicitan el arbitraje. No obstante, podría verse paliado instando a las Cortes de Arbitraje a hacer públicas las soluciones jurídicas plasmadas en los laudos, omitiendo todos aquellos datos de carácter confidencial referidos a las partes en el litigio, (es crítico el aspecto de la seguridad). Resulta evidente la necesidad de garantizar la confidencialidad del procedimiento, así como acreditar las notificaciones y comunicaciones que se han realizado efectivamente.

4. Imposibilidad de practicar determinados medios de prueba a través de su digitalización, debiendo recurrirse para su práctica a los medios tradicionales, dejando pues de realizarse el arbitraje en su totalidad por medios electrónicos.

5. Tiene que haber acceso al medio *on line* y cierta familiaridad con su uso para poder garantizar la igualdad de las partes en el proceso. A pesar de que la accesibilidad a Internet ha crecido sorprendentemente, está lejos de ser universal, en la actualidad todavía no es grande el número de usuarios que utilizan Internet, aunque dicha proporción aumenta a un ritmo considerable, pero aún son pocos los que tienen sofisticados conocimientos en el uso de estas tecnologías. En aras a solucionar este problema, el sistema tecnológico que resulte necesario para llevar el arbitraje por medios

---

<sup>261</sup> Cfr. pp. 452 y ss.

<sup>262</sup> Cfr. pp. 228 y ss.

electrónicos, deberá resultar lo más accesible posible a las partes; la simplicidad tecnológica del proceso es una condición imprescindible.

6. Requisito de adhesión voluntaria de las partes, lo que provoca que en ocasiones sea imposible formalizar un acuerdo para someterse al arbitraje, ya que mientras una demanda judicial se presenta sin concurrir el acuerdo con la parte demandada, en el arbitraje se ha de contar obligatoriamente con el acuerdo de la contraparte. Ello se complica cuando ante un arbitraje *on line* nos encontramos, en los que el consentimiento de las partes exige determinadas cautelas en aras a la protección de sus intereses.

7. En la Red, en buena medida resultan irrelevantes las fronteras físicas o la localización física de los usuarios y proveedores, con lo que surge el común problema del *forum shopping*: expresión inglesa que designa la práctica de seleccionar la jurisdicción local según cual de ellas tiene las leyes más permisivas o más ventajosas, provocando en consecuencia riesgos de inaplicación de las reglas imperativas y riesgo de denegar Justicia. Al encontrarnos en Internet con múltiples jurisdicciones en juego, existe la posibilidad de que se pretenda cambiar de jurisdicción siempre que se necesite y se busquen reglas más ventajosas<sup>263</sup>.

8. La falta de responsabilidad que, en determinadas ocasiones, alegan las instituciones arbitrales por las actividades llevadas a cabo por sus árbitros, y en este sentido señala MARTINEZ GARCIA: *«el aspecto más criticable de estas fórmulas, o mejor dicho de los centros que se encargan de ofrecer estos servicios son las cláusulas de exoneración de responsabilidad que suelen incluir sus reglamentos por la actividad llevada a cabo por sus árbitros, esto es algo que con el tiempo tendrá que cambiar, pues se hace difícil pensar que un centro de arbitraje y mediación no deba responder por la negligencia de un órgano decisor que salió de entre sus paneles de árbitros»*<sup>264</sup>.

9. Impredecibilidad: los resultados del arbitraje pueden resultar impredecibles, debido a que los árbitros no se rigen por antecedentes

---

<sup>263</sup> AREILZA CARVAJAL, J., "¿Quién gobierna Internet?", [http://www.nuevarevista.net/2000/agosto/nr\\_articulo70\\_3.htm](http://www.nuevarevista.net/2000/agosto/nr_articulo70_3.htm), agosto 2000, (fecha consulta 30/09/2003).

<sup>264</sup> MARTINEZ GARCÍA, E., "La tutela de la transmisión digital de obras...", cit., p.764.

jurisprudenciales, más aún, cuando se trata de un arbitraje de equidad. Por lo que no se debe acudir a él cuando se tiene la intención de sentar doctrina jurisprudencial o que una sentencia judicial imponga su eficacia “erga omnes”<sup>265</sup>.

10. No resulta aconsejable acudir a estas vías cuando una de las partes no pretende cooperar y no nos encontramos con un marco contractual que obligue a someterse al arbitraje.

11. Problemas que pueden surgir son: e-mails perdidos, los sistemas de comunicación decaigan, interrupciones en las conexiones, actos de piratería, virus informáticos, etc.; en conclusión, todos aquellos problemas de seguridad técnica de la Red.

12. Uno de los riesgos que provoca el arbitraje es que en el mercado electrónico así como en el mercado tradicional, el consentimiento del consumidor aparece amenazado por el hecho de su inexperiencia y desconocimiento de los derechos subjetivos que le corresponden. Los problemas o riesgos que pueden surgir en relación con los contratos de adhesión y sus condiciones generales, en muchas ocasiones, se acentúan cuando se llevan a cabo electrónicamente.

13. Por último, no debemos olvidar que el contacto cara a cara es particularmente importante para muchas personas, la pérdida de los componente físicos y visuales de la comunicación en persona es evidente, la comunicación no verbal decae en gran medida, por lo que se debe entrenar a los futuros árbitros para que utilicen un lenguaje que pueda ser usado para transmitir tono, detalles, emociones, etc., lo cual es otra dificultad añadida<sup>266</sup>.

---

<sup>265</sup> MARTINEZ GARCÍA, E., “La tutela de la transmisión digital de obras...”, cit., p. 764.

<sup>266</sup> La naturaleza impersonal de Internet puede provocar males entendidos entre las partes, sobre todo si éstas viven en países distintos y hablan idiomas diferentes. Se debe tratar de desarrollar una especie de “lenguaje electrónico”, imágenes, subrayados, mayúsculas, etc. que atraigan la atención de las partes, pues en el arbitraje *on line*, no se escucha el tono de voz, tampoco se ven los gestos de las partes, etc. En este sentido, KATSH, E., y RIFKIN, J., señalan: “*just as the face-to-face meeting consists of a continuous flow of verbal and non-verbal elements, the online context must accommodate the nontextual as well, not simply to place colourful or animated objects on screen, and only partly as a form of electronic “body language”, but more importantly, as a means of communicating something for which text does not work effectively*”. *Online Dispute Resolution...*, cit., pp. 142– 145. Vid. respecto del lenguaje que se debe emplear en los procedimientos en línea, RULE, C., y VILLAMOR, C., “L’importance du langage dans le règlement en ligne des différends”, *La Technologie au service du règlement des différends commerciaux*, Supplément spécial - Bulletin de la CCI, 2004, pp. 21 – 26. Son otras



Son muchos quienes frente a estos riesgos temen acudir al arbitraje *on line* sin ponderar los beneficios que éste conlleva. Así, en palabras de VAZQUEZ QUINTANA, «sugieren algunos estudiosos que la cultura forense domina en exceso la toma de posiciones de las empresas frente al arbitraje en España, con lo que se manifiesta la tópica preferencia por lo malo conocido frente a lo bueno por conocer»<sup>267</sup>.

## 7) Arbitrajes On Line

Son diversos los arbitrajes *on line* existentes en la actualidad, sin embargo debemos reconocer que la mayoría de ellos se hallan en EEUU, mientras que en España aún no están íntegramente implantados y desarrollados, aunque tímidamente van surgiendo a la luz.

### A) Arbitrajes *on line* españoles.

Por lo general, se trata de proyectos que se encuentran en sus orígenes y cuyas bases se asientan en los reglamentos de arbitraje más tradicionales y consolidados como son los de la CCI y UNCITRAL. Vamos a tratar de exponer algunos exponentes de cuanto decimos.

A. ARBITEC: Asociación española de arbitraje tecnológico cuya sede se encuentra en Barcelona<sup>268</sup>. Fue constituida en mayo de 1998 con el objetivo de convertirse en una vía alternativa eficaz para la resolución de conflictos que tengan como fondo productos o servicios relacionados con las tecnologías de la información y desde 1995 se ha presentado como la primera institución española que admite soluciones de arbitraje a través de Internet, utilizando la Red en todas las fases del procedimiento arbitral excepto en aquellas diligencias en las que se requiere la presencia de las partes. La adhesión al sistema arbitral de ARBITEC es gratuita; para ello, las empresas que deseen

---

muchas las desventajas que conlleva el arbitraje *on line*, pero se trata de cuestiones menores como podría ser, por ejemplo, el riesgo de numerosas quejas inútiles al resultar tan fácil y rápida la comunicación, o la dificultad de estandarización y de compatibilidad de los sistemas logísticos de los diferentes proveedores de ODR, etc.

<sup>267</sup> VAZQUEZ QUINTANA, J., "La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el arbitraje", Actualidad informática Aranzadi, octubre 2001, p. 3.

<sup>268</sup> <http://www.onnet.es/arbitec>

adherirse simplemente tendrán que utilizar la cláusula de sumisión de ARBITEC en sus contratos<sup>269</sup>.

Además, ARBITEC ofrece desde el tres de octubre de 2005, la posibilidad de ejercer de mediador en los conflictos derivados de contratos de software, hardware, mantenimiento, proyectos informáticos, Internet, comercio electrónico y otros servicios o productos tecnológicos.

B. ARYME: Fundada en 1996, Arbitraje y Mediación es una empresa que se dedica exclusivamente a promover e impulsar los métodos extrajudiciales para la solución de disputas mercantiles y civiles, en prácticamente todos los sectores relacionados con la actividad empresarial, nuevas tecnologías, propiedad intelectual e industrial, franquicia, etc<sup>270</sup>.

ARYME es la primera empresa privada de arbitraje que existe en España y actualmente se encuentra trabajando en el desarrollo de un programa de arbitraje y mediación para ANEI, la Asociación Nacional de Empresas de Internet (constituida en noviembre 2001). Las responsabilidades y funciones de ANEI y ARYME están reguladas en un código deontológico de conducta.

Han desarrollado un programa de arbitraje internacional, firmando para ello varios convenios de cooperación con prestigiosas instituciones arbitrales internacionales como pueden ser, el centro de Arbitraje Internacional de Hon-Kong, el Centro de Arbitraje y conciliación de Arequipa, el Centro de arbitraje de Malta, Jordania, etc.

En ARYME, se encontraba la Sala Tomas de Berlanga que en colaboración con *Online resolution, inc*, (Cambridge, Massachusets) ponía a disposición de sus clientes un primer entorno virtual de arbitraje y mediación en Europa, mediante la aplicación de una tecnología que recreaba un entorno de salas de audiencia virtuales con una tecnología que le permitía desarrollar todo

---

<sup>269</sup> La cláusula de sumisión al arbitraje de ARBITEC es la siguiente: "Para cualquier divergencia surgida del presente contrato, ambas partes se someten expresamente, y con renuncia a su fuero propio, a la decisión del asunto o litigio planteado, mediante el arbitraje institucional de ARBITEC, Asociación Española de Arbitraje Tecnológico, a la cual encomiendan la administración del arbitraje y la designación de los árbitros. El arbitraje se realizará conforme al procedimiento establecido en el Reglamento Arbitral de ARBITEC y en la Ley de Arbitraje, de 23 de diciembre de 2003 y podrá realizarse a través de Internet o utilizando cualquier otro medio telemático. El laudo arbitral deberá dictarse durante los noventa días siguientes a la aceptación del cargo por parte de los árbitros designados, obligándose ambas partes a aceptar y cumplir la decisión contenida en él. Para el caso de que el arbitraje no llegara a realizarse por mutuo acuerdo o fuese declarado nulo, ambas partes se someten a los Juzgados y Tribunales de la Ciudad de... con renuncia a su propio fuero, si éste fuese otro".

<sup>270</sup> <http://www.aryme.com>

el proceso arbitral a través de medios electrónicos. Pero con la entrada de la nueva ley de arbitraje cesó toda actividad relacionada con la administración de los arbitrajes, mediaciones, evaluaciones neutrales, etc., pues ARyMe no entraba dentro de las instituciones o asociaciones previstas en el artículo 14 LA para que pueda darse un arbitraje institucional, al tratarse ésta de una iniciativa privada.

A partir de entonces, ARYME ha reconducido su actividad profesional a la información, estudio y análisis de la realidad, actualidad y evolución del arbitraje y de la mediación nacional e internacional.

C. AENOR: La Asociación Española de Normalización y Certificación, ha creado la marca AENOR de buenas prácticas para el comercio electrónico. AENOR es una entidad española, privada, sin ánimo de lucro e independiente y con esta marca certificará a las empresas que cumplan el código de buenas prácticas comerciales y se adhieran al sistema establecido de mediación y arbitraje como forma de resolución de conflictos potenciales. Las controversias que puedan surgir entre el comercio electrónico certificado con la marca AENOR y las empresas o personas que realicen transacciones con éstos, serán resueltos por E-Global ADR Tribunal de la Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital (AEDED) mediante servicios de arbitraje, que podrán desarrollarse *on line*, realizándose las audiencias por medios electrónicos como teleconferencia, videoconferencia o textoconferencia (chats).

D. SITAR: El Instituto Nacional de Consumo (INC), en colaboración con la Subdirección General de Tecnologías de la Información (SGTI) del Ministerio de Sanidad y Consumo, ha promovido el desarrollo del Sistema de Información sobre tramitación Arbitral (SITAR) con el objetivo de facilitar el acceso a los consumidores de los servicios de arbitraje a través de Internet tanto para el comercio físico como para el electrónico<sup>271</sup>.

El programa SITAR forma parte de la iniciativa PISTA<sup>272</sup> del Ministerio de Ciencia y Tecnología, que trata de fomentar el uso de las nuevas tecnologías en nuestro país y comenzó a funcionar el 9 de febrero de 2004.

---

<sup>271</sup> Información obtenida de la página Web del Ministerio de Sanidad y Consumo: <http://www.consumo-inc.es>, (fecha consulta: 15/10/2005).

<sup>272</sup> Planes de implantación de sistemas de telecomunicación avanzada.

Los usuarios accederán a las informaciones y servicios de SITAR con un navegador estándar de facto y podrán recibir notificaciones vía correo electrónico. Entre otros, será necesario un servicio de control de acceso y se ofrecerán diferentes aplicaciones o servicios para realizar el trabajo, consultas, reclamaciones, etc. exclusivamente vía Internet y cada una de estas aplicaciones interactuará con sistemas externos al servidor de aplicaciones. Los distintos sistemas serán los siguientes: servidor web, servidor de aplicaciones, bases de datos, servidor de directorio y servidor de correo electrónico.

SITAR permite gestionar y explotar en su totalidad la administración y procedimiento del arbitraje de consumo íntegramente a través de Internet de manera electrónica, manual o mediante una mezcla de ambas y está enfocado al tratamiento tanto de las reclamaciones derivadas de comercio físico como de comercio electrónico.

El funcionamiento de este programa es sencillo. A través de la Red, el consumidor tendrá que rellenar una solicitud de arbitraje, en la que deberá incluir sus datos personales, los datos del empresario al que dirige la solicitud de arbitraje y una descripción de su controversia así como su pretensión. Una vez recibida ésta, la junta arbitral comprobará si se trata de una empresa adherida al sistema arbitral de consumo y en tal caso, la junta intentará una mediación a través de la Red y en caso de persistir el desacuerdo entre las partes, la junta designará un colegio arbitral, y la audiencia se celebrará igualmente a través de Internet.

Adicionalmente el sistema posibilita la comunicación *on-line* entre todas las juntas arbitrales incorporadas, lo que redundará en una mayor calidad y eficacia del Sistema facilitando la realización de informes y estadísticas sobre la actividad arbitral. Como medida de seguridad los usuarios deberán identificarse mediante el certificado digital que emite la Fábrica de Moneda y Timbre.

E. Arbitraje virtual de consumo de la Comunidad Valenciana: La Generalidad Valenciana, en concreto la Consellería de Industria, Comercio y Turismo valenciana, ha puesto en funcionamiento un proyecto pionero denominado "Arbitraje virtual de consumo" que se encuentra disponible desde el 16 de diciembre de 2003 y que permite el desarrollo de todo el procedimiento

arbitral de consumo por medios telemáticos; incluso prevé que la fase de audiencia se celebre por videoconferencia.

Dicho proyecto ha sido financiado por el II Plan de Modernización de la Generalidad Valenciana y se ha puesto en práctica inicialmente en la Junta arbitral de consumo de Valencia y con posterioridad en el resto de provincias de nuestra Comunidad Autónoma, Castellón y Alicante, y dentro de ésta además en su sede de Benidorm.

No debemos olvidar que en todo momento consistirá en una opción para los consumidores, pues éstos podrán optar por el sistema tradicional de arbitraje que estas juntas arbitrales ofrecen. Por tanto, es patente la libertad y autonomía de la voluntad de los consumidores.

La fase piloto del proyecto se llevó a cabo en la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad Valenciana; en esta primera fase colaboraron los Ayuntamientos de Alzira, Requena y Alcoi. El proyecto pretende implantarse en la totalidad de las juntas arbitrales de consumo de la Comunidad y se ampliará el número de ayuntamientos colaboradores. En esta primera fase del proyecto se han celebrado 12 Audiencias arbitrales por video-conferencia, siendo los resultados positivos<sup>273</sup>. En la actualidad se está desarrollando la segunda fase, iniciada en enero de 2005, en la que se ha incorporado la Oficina de Información al Consumidor Comarcal de Cullera.

Consiste en un arbitraje virtual que cumple todas las garantías jurídicas necesarias de validez y seguridad, utilizando para ello la firma digital de la Generalidad Valenciana emitida por la Autoridad de Certificación de la Generalidad Valenciana que podrá obtenerse, de forma gratuita, acudiendo a la sede de la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad Valenciana o bien a los ayuntamientos colaboradores.

Trata de que todo el procedimiento se lleve a cabo a través de Internet, el consumidor accede vía Internet para cumplimentar la demanda (sólo con firma digital) y la junta arbitral de consumo procesa toda la información por medios informáticos, pudiéndose llevar por medio de videoconferencia, incluido el laudo que también será emitido por medios electrónicos. Transcurrido poco

---

<sup>273</sup> En esta primera fase se procedió a la elaboración "on line" del Censo Oficial de empresas y profesionales adheridos al sistema arbitral de consumo de la Comunidad Valenciana.

más de un año desde sus inicios, este proyecto ha demostrado su viabilidad jurídica y social, y en el periodo 2004 - 2005 ha resuelto alrededor de setenta casos a través de la videoconferencia<sup>274</sup>.

F. La Asociación Comunitaria de Arbitraje y Mediación (ACAM): Es una asociación sin ánimo de lucro que tiene por objeto específico la administración del arbitraje y la mediación y tiene previsto inaugurar un servicio de arbitraje y de mediación de litigios entre empresas a través de Internet. Desde la web "www.arbitrajeacam.org" se podrá solicitar el arbitraje, enviándose toda la documentación por correo electrónico y llevándose a cabo a través de la Red todo el proceso, desde la solicitud hasta el laudo final. Para asegurar la identidad de los implicados en el proceso y que el sistema sea inviolable, ACAM expedirá su propio certificado electrónico para cada una de las partes.

G. INJEF.com colabora con Corte Arbitral.com (CAC) para definir y construir una plataforma *on-line* de resolución de conflictos que tenga como finalidad institucional resolver por vía del arbitraje telemático los conflictos y controversias que se plantean en el comercio "*on-line*", sirviendo así a los intereses de aquellos ciudadanos que se encuentran ante conflictos generales como consecuencia de sus relaciones comerciales y patrimoniales en la Red.

H. El Tribunal de Resolución Extrajudicial de Conflictos de la Asociación Andaluza de Comercio Electrónico cuya principal función consiste en fomentar el comercio electrónico mediante el desempeño de funciones de arbitraje y mediación de acuerdo con los Estatutos de la Asociación comenzó a funcionar a partir de enero de 2004.

El Tribunal designará los árbitros libremente con base en la naturaleza de la cuestión litigiosa y con el lugar del arbitraje, a tal efecto tendrá elaborada públicamente una lista abierta y actualizada de árbitros, aprobada por la Comisión Arbitral. El Tribunal será independiente de la Asociación, de tal manera que nombrará a unos árbitros imparciales que serán los que diriman los posibles conflictos.

En un principio tratará de resolver los conflictos entre empresas que surjan en este sector, para posteriormente resolver aquellos conflictos que

---

<sup>274</sup> ABELLÁN TOLOSA, L., "El nuevo proyecto de arbitraje virtual para consumidores de la comunidad Valenciana", trabajo presentado en el "I congreso Derecho y Tics", Valencia, noviembre 2004.

surjan en el ámbito de los consumidores. Por otro lado, también se ocupará de la conciliación y buscará una solución negociada a un problema a través de la mediación de una persona. Además pretenden implantar unos sellos de calidad respecto al cumplimiento de la legislación por las páginas web.

## **B) Iniciativas en el seno de la Unión Europea**

No son escasas las diferentes iniciativas que han ido surgiendo en la última década tanto en el seno de la Comunidad Europea como a nivel internacional, especialmente en EEUU. Trataremos de exponer algunos ejemplos de cuanto hemos dicho pues han dado sus luces en los últimos años diferentes estudios o proyectos de distintos medios de resolución extrajurisdiccional de controversias *on line*, entre ellos cabe destacar tres, aunque debemos tener en cuenta que existen otros muchos proyectos como pueden ser a título de ejemplo el proyecto ECODIR<sup>275</sup>, el denominado Eurochambres<sup>276</sup> y el proyecto Webtrader<sup>277</sup>.

A. E-ARBITRATION-T: Es un proyecto europeo en el que participan entre otros, la Asociación Española para el Derecho y la Economía digital y el despacho Cuatrecasas Abogados SRL. Consiste en una plataforma *on line* para centros de mediación y arbitraje cuyo principal objetivo es dotar a éstos de tecnologías de última generación como redes inteligentes, sistemas de gestión, integración de servicios y servicios de formación para su desarrollo y explotación comercial. Se trata de una iniciativa patrocinada por la Comisión Europea, que utiliza sistemas interactivos (videoconferencia, texto interactivo, etc.) que permite a todos los actores, mantener un contacto directo entre sí, proporcionando asistencia inmediata, inteligente y personalizada a todas las partes implicadas en un conflicto.

Brinda apoyo técnico para la automatización flexible de estos mecanismos de ADR, la gestión de documentos y pruebas (formularios *on line*, almacenaje y

---

<sup>275</sup> El Proyecto ECODIR (*Electronic Consumer Dispute Resolution Platform*), ha sido llevado a cabo con la ayuda de la Unión Europea y permite a empresas y consumidores resolver sus litigios directamente a través de la página Web: <http://www.ecodir.org>.

<sup>276</sup> Eurochambres es un proyecto de las Cámaras de Comercio europeas que planean ofrecer servicios de mediación y conciliación en transacciones electrónicas transfronterizas.

<sup>277</sup> Consiste en un proyecto que pretende facilitar el acceso a las PYMES al comercio electrónico. Está compuesto por un consorcio de organizaciones de consumidores de siete países de la Unión Europea cuyo objetivo es constituirse en prestador de servicios de certificación *on line*, y desarrollar un programa de arbitraje entre empresas de los siete países.

distribución de información seguros), interacción en tiempo real (videoconferencia, foros de discusión, transcripción segura del juicio), procedimientos de alta seguridad e integridad (firmas electrónicas y otras formas de autenticación electrónicas, pago *on line*), entorno multilingüe, etc.

B. LIBRO VERDE sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 19 de abril de 2002.

El objetivo del libro consiste en lanzar una consulta y plantear cuestiones de orden jurídico referidas a los elementos determinantes de los procesos de ADR, como son las cláusulas de recurso a las ADR, el requisito de confidencialidad, la validez de los consentimientos, los problemas que plantean los plazos de prescripción, etc. con objeto de definir las directrices que deben presidir tanto los procesos de ADR como de los ODR.

El hecho de que las leyes reguladoras de los ADR difieran de un estado a otro es un serio obstáculo a los procesos de ADR transnacionales. Por ello, una de los principales objetivos del Libro Verde es aproximar las diferentes leyes nacionales y sus prácticas arbitrales para facilitar el mercado interno en los servicios de ADR.

El presente libro hace un especial hincapié en el ámbito de la sociedad de la información en donde reconoce el incipiente papel de los nuevos servicios en línea de solución extrajudicial de conflictos, es decir de los "ODR" en materia de solución de litigios transfronterizos a través de Internet.

Concretamente, el Libro Verde excluye de los medios de solución extrajudicial de conflictos al arbitraje por considerarlo más cercano al procedimiento judicial que a las modalidades alternativas de resolución de litigios<sup>278</sup>. Pero al tratar el resto de procedimientos *on line* de medios de resolución extrajudicial, considero merece una especial atención su estudio, añadido a ello, el hecho que, en nuestra opinión, el arbitraje es, sin duda alguna, un medio de resolución extrajudicial de conflictos.

El Libro Verde finaliza con cuarenta preguntas abiertas dirigidas a profesionales expertos, dirigidas a configurar el *corpus* del que partir para elaborar una verdadera normativa comunitaria; se cuestiona así si se deben tratar de un modo distinto los métodos de resolución de conflictos *on line*

---

<sup>278</sup> Opinión de la que discrepamos, como hemos ido argumentando a lo largo del presente estudio.



(ODR), un sector naciente que se caracteriza por la innovación y la evolución rápida de las nuevas tecnologías y por las peculiaridades que comporta, y los métodos tradicionales o, al contrario, referirse sin discriminación a ambos métodos.

C. RED EJE-Net: Por Decisión del Consejo 2001/470 de 28 de mayo de 2001, se crea una Red judicial europea en materia civil y mercantil. Con arreglo al artículo 14 de esta Decisión *se creará progresivamente un sistema de información destinado al público a través de Internet, y se otorgará la posibilidad de solucionar los litigios por medios alternativos.*

Consiste en una estructura de asistencia y de información al consumidor formada por puntos de contactos nacionales, establecidos en todos los estados miembros y en Noruega e Islandia. Esta Red se lanzó oficialmente el 16 de octubre de 2001.

La finalidad principal de esta red es la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, tratando de facilitar a los consumidores el acceso a una vía de compensación en caso de conflictos surgidos con proveedores de otros países de la Unión Europea.

Para todo ello, cada país deberá establecer un punto de contacto central o "centro de intercambio de información", en el que los consumidores pueden obtener información y asesoramiento así como acceder a las ADR. Los problemas serán tramitados por un único centro nacional de intercambio de información en cada uno de los estados participantes, quienes proporcionarán al recurrente a este sistema, la información necesaria así como el asesoramiento debido para poder presentar en su momento la demanda pertinente ante la ADR correspondiente en el país en cuestión.

Se entenderán competentes los órganos extrajudiciales, previamente notificados a la Comisión Europea por los distintos Estados. En España estas competencias corresponden a las juntas arbitrales de consumo. El Instituto Nacional de Consumo del Ministerio de Sanidad y Consumo es el punto de contacto central en España de la Red. En marzo de 2005, se ha procedido a la reconversión de la red EJE en la nueva Red Europea de Ayuda al Consumidor.

Esta Red viene complementada con la Red FIN-NET, inaugurada en febrero de 2001, igualmente de solución extrajudicial de conflictos pero esta vez en el sector de los servicios financieros.

### **C) Experiencias Internacionales**

En el ámbito internacional nos encontramos numerosos centros de arbitraje que desarrollan sus procedimientos en línea, se trata por norma general de proyectos con una vida más larga que la de los centros arbitrales en línea españoles y la mayoría de ellos se encuentran ubicados en Estados Unidos, si bien no todos ellos. Pasaremos a continuación a comentar algunos de éstos:

A. OMPI (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL): El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI<sup>279</sup>, con sede en Ginebra, fue creado en 1994 y ofrece servicios de arbitraje y mediación en relación a controversias internacionales especialmente en el campo de la tecnología, nombres de dominio y propiedad intelectual, y ha sido una de las propuestas que mayor éxito ha obtenido<sup>280</sup>.

El Centro administra cuatro procedimientos de solución de controversias: arbitraje, arbitraje acelerado, mediación seguida de arbitraje, y mediación.

Recientemente se han introducido nuevos sistemas para resolver los litigios que en ella se suscitan como son: 1) El procedimiento de impugnación de nombres de dominio o *Administrative Domain Names Challenge Panels*, medio de resolución extrajudicial de conflictos surgidos en torno a los nombres de dominio y cuya resolución se lleva a cabo *on line*, y está basado en la Política Uniforme de solución de controversias adoptada por la ICANN; 2) El arbitraje, mediación y arbitraje acelerado, ya existentes, que se podrán ahora llevar a cabo *on line*.

B. ICC (CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL): En la Cámara de Comercio Internacional se encuentra la Corte de Arbitraje de París creada en 1923, destinada a la resolución de conflictos que se generan dentro del

---

<sup>279</sup> <http://www.wipo.org>

<sup>280</sup> Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E., "El arbitraje y mediación como fórmulas de resolución de los conflictos derivados del uso de la propiedad intelectual a través de Internet", Revista de Derecho Mercantil nº 231, Madrid, enero-marzo 1999.

ámbito negocial internacional. La ICC ha adoptado una posición muy activa en los campos del comercio electrónico, nuevas tecnologías de la información y en el de las telecomunicaciones, así como en el de procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos en línea, prueba de ello es el proyecto que está llevando a cabo denominado NETCASE, el cual consiste en una herramienta de comunicación, de compartir información rápidamente asegurando la comunicación electrónica en el arbitraje<sup>281</sup>.

En el artículo 3.2 del Reglamento de conciliación y arbitraje de la Cámara se admiten las comunicaciones electrónicas a través de cualquier medio de telecomunicaciones que deje constancia del envío.

C. VIRTUAL MAGISTRATE: Fue el primer centro de resolución de litigios en línea. Basado en un proyecto de 1996 del *National Center for Automated information Research y Le Cyberspace Law Institute*<sup>282</sup>.

Proyecto que consistía en ofrecer un medio rápido, neutral y poco costoso para resolver problemas surgidos en el ciberespacio por la vía del arbitraje, principalmente aquellos conflictos entre particulares y empresas usuarias de la Red, teniendo como árbitros a miembros cualificados de la Asociación Americana de Arbitraje con conocimientos especializados en el entorno electrónico.

El proceso se desarrollaba enteramente por vía de correo electrónico y el servicio costaba únicamente diez dólares a la parte demandante.

D. CYBERTRIBUNAL: Fue creado en Canadá por el *Centre de Reserche en Droit Public* de la Universidad de Montreal en 1998 e imparte tanto arbitrajes como mediaciones de forma experimental y gratuita. Dejó de funcionar en 1999. Trataba de solucionar los litigios relacionados con todos los aspectos del ciberespacio, como el comercio electrónico, la competencia, los derechos de autor, las marcas comerciales, la libertad de expresión, la vida privada y otros, excluyendo de su ámbito las cuestiones de orden público.

---

<sup>281</sup> Asimismo, encontramos en la CCI, el proyecto ICABASE (*International Court of arbitration Data base*) a partir del cual se ha creado una plataforma que permite compartir información sobre los casos resueltos y temas objeto de trabajo de esta institución.

PHILIPPE, M., "Where is everyone going with online dispute resolution (ODR)?", *RDAl/IBLJ*, nº 2, 2002 y vid. de la misma autora, "Netcase: une nouvelle ressource pour l'arbitrage CCI", *La Technologie au service du règlement...*, cit., pp. 55 -61. SCHÄFER, E., «Les technologies de l'information dans l'arbitrage : activités du groupe de travail de la CCI», *La Technologie au service du règlement...*, cit., pp. 63 y ss.

<sup>282</sup> <http://vmag.org>

Tras su clausura pasó a denominarse: ERESOLUTION, arbitraje que resuelve conflictos sobre nombres de dominio basándose en las reglas y políticas de la ICANN como órgano acreditado de la misma que es<sup>283</sup>. Además propone los servicios de “Square trade” que desde agosto de 2000 ofrece un método de resolución de litigios entre consumidores basado en la negociación, seguida en caso necesario de una mediación. Se basa en un procedimiento relativamente simple por el cual el consumidor interpone su queja través de un formulario electrónico, la página web de Square notifica automáticamente las pretensiones del demandante a la parte contraria invitándole a participar en una mediación, si ésta contesta afirmativamente las partes se intercambiarán su ofertas y contraofertas en un sitio web seguro y en caso de que ésta no concluya, las partes tendrán la posibilidad de designar un mediador quien llevará a cabo la solución del litigio.

E. ONLINE RESOLUTION: Nació en 1999 como Online Mediators en EEUU y entre sus socios encontramos a AryMe, CPR Institute for Dispute Resolution y Mycounsel.com<sup>284</sup>. Se trata de una institución que lleva a cabo numerosos arbitrajes en línea, principalmente en el campo de los negocios y empleo, así como en el de los seguros, y se resuelve principalmente siguiendo las normas de la American Arbitration Association, a no ser que las partes decidan someterse a otra regulación diferente. El arbitraje es llevado a cabo a través de un procedimiento sencillo, dividido en cinco fases:

1) La parte demandante registra su demanda *on line* rellenando un formulario que la página web de Online resolution ofrece con todas las garantías de seguridad pertinentes.

2) Online Resolution se encargará de contactar con la parte demandada con el objetivo de que ésta se someta igualmente al proceso arbitral que se pretende llevar a cabo.

3) Si ambas partes deciden someter su controversia a Online Resolution, se pondrá en contacto a las partes y se les asignará un árbitro.

4) Si las partes llegan a un acuerdo, el proceso arbitral verá su fin, debiendo las partes haber determinado previamente dónde, cómo y cuándo pretenden que su acuerdo adquiera fuerza ejecutiva.

---

<sup>283</sup> <http://www.eresolution.org>

<sup>284</sup> <http://www.onlineresolution.com>

5) Una vez finalizado el proceso las partes realizarán una evaluación de todo lo acontecido en aras a determinar la responsabilidad y eficacia con la que Online Resolution ha actuado.

Son otros muchos los proveedores internacionales que nos encontramos que llevan a cabo arbitrajes *on line*, a modo indicativo mencionaremos los siguientes: *Resolution forum, Inc.* (<http://resolutionforum.org>) de Houston; *Courthouse*, (<http://www.i-courthouse.com>) es una compañía privada californiana cuyos procedimientos se lleva a cabo en su totalidad por medios electrónicos; *Cybercourt*: (<http://www.cybercourt.de>), es una iniciativa danesa que también desarrolla los procedimientos electrónicamente; *Bbonline* (<http://www.bbonline.com>), proyecto estadounidense de arbitraje en línea sobre cuestiones de privacidad; *European advertising alliance* (<http://www.easa-alliance.org>), iniciativa de ámbito europeo especializada en el sector publicitario; *Squaretrade* (<http://www.squaretrade.com>); *Abta*, (<http://www.abta.com>), association of british travel agents, etc<sup>285</sup>.

## II. EL CONVENIO ARBITRAL

Mediante el convenio arbitral las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad reconocida expresamente en el artículo 1255 Código Civil, deciden acudir al arbitraje para resolver sus conflictos ante un árbitro.

Como hemos repetido en numerosas ocasiones, la ley de arbitraje de 2003 ha seguido los pasos de la Ley Modelo UNCITRAL, prueba de ello la encontramos claramente en el tema que nos ocupa, concretamente en el artículo 9 LA referente al convenio arbitral, su contenido y forma, quien traslada, excepto en lo dispuesto en sus párrafos 2 y 6, lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Modelo relativo al acuerdo de arbitraje<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> Una larga lista de los diferentes centros en los que se llevan a cabo arbitrajes *on line*, así como otros medios de resolución de conflictos extrajudiciales *on line* la podemos encontrar en: SCHULTZ, T., KAUFFMANN-KOHLER, G., BONNET, V., y LANGER, D., "Online Dispute Resolution: The State of the art and the issues", E-com research project de la universidad de Ginebra, Ginebra, Diciembre 2001, pp. 96 y ss, disponible en: <http://www.online-adr.org>. Asimismo, una fuente interesante para seguir el rastro de los desarrollos y evolución en el campo de los ODR, la encontramos en [www.odr.info](http://www.odr.info), lanzada en noviembre de 2003; es la nueva pagina Web del *Center for information technology and Dispute Resolution*, de la Universidad de Massachussetts, dirigida por Ethan Katsh y Janet Rifkin.

<sup>286</sup> La disposición transitoria de la ley manifiesta que las normas de la ley de arbitraje relativas al convenio arbitral y a sus efectos se aplicarán en todo caso, aunque el demandado

## 1) Concepto y objeto

La Ley de arbitraje de 2003 no ofrece ninguna definición de convenio arbitral, se limita a describir su contenido y efectos; sin embargo si lo hacía la Exposición de Motivos de la LA de 1988, quien definía el convenio arbitral como el instrumento en que se plasma el derecho de las personas de solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición. Ambas leyes (LA de 2003 y LA de 1988) han preferido utilizar la expresión convenio arbitral a la de contrato arbitral<sup>287</sup>.

Sin convenio arbitral no puede existir arbitraje; de él depende el resto del procedimiento arbitral, por tanto, es el convenio un elemento fundamental e imprescindible en el arbitraje en el que las partes plasman la voluntad de someterse a él<sup>288</sup>. Como señala VERDERA SERVER, el convenio arbitral constituye el fundamento y límite del arbitraje; fundamento, en cuanto que la propia existencia del arbitraje se vincula ineludiblemente a la voluntad de someterse al mismo y límite, porque el arbitraje se encuentra circunscrito a aquellos aspectos que las partes hayan decidido que se encuentren implicados<sup>289</sup>.

---

hubiere recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje o se hubiere iniciado el procedimiento arbitral antes de la entrada en vigor de la ley arbitral de 2003.

Del artículo 9 LA, MANTILLA – SERRANO, F., predica que es uno de los preceptos más reveladores de la génesis de la ley de arbitraje porque en él se resumen los propósitos que inspiraron a sus redactores: confirmar los logros alcanzados ya por la antigua Ley 36/1988, consagrar legislativamente la jurisprudencia generada por esa ley y plasmar novedosas normas, alguna de las cuales colocan a España a la vanguardia en materia de arbitraje. *Ley de arbitraje...*, cit., p. 77. En esta línea, GÓMEZ JENE, M., manifiesta que de crucial importancia en la práctica arbitral, el precepto en cuestión simboliza perfectamente el carácter *pro arbitraje* que informa a la nueva norma. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. ARIAS LOZANO, D.), cit., p. 84.

<sup>287</sup> El concepto de convenio que se desprende de la ley arbitral coincide sustancialmente con lo dispuesto en el artículo II del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, así como con el de la Ley Modelo UNCITRAL, cuyo artículo 7 describe el “acuerdo de arbitraje” como el “*acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*”.

<sup>288</sup> Es por ello que CREMADES SANZ PASTOR, B., califica el convenio arbitral como la “piedra angular” de cualquier arbitraje o como la “verdadera carta magna” de todo eventual procedimiento arbitral. “El convenio arbitral”, texto de la conferencia impartida el 13 de febrero de 2003 en el ciclo de conferencias de la Academia del Notariado, Ilustre Colegio de Notarios de Madrid.

<sup>289</sup> Fundamento y límite que se perciben claramente en los motivos de anulación del laudo, pues éste podrá ser anulado cuando el convenio arbitral no existe o no es válido (art. 41.1. a LA) así como cuando los árbitros resuelvan sobre cuestiones no sometidas a su decisión. VERDERA SERVER, R., *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, (coord. BARONA VILAR, S.), cit., p. 317.

Desde la ley de 1988 ya no se habla ni de contrato de compromiso (cuando de controversias existentes se trataba) ni de contrato preliminar de arbitraje o cláusula compromisoria (cuando se sometían a arbitraje controversias futuras), expresiones empleadas en la ley de arbitraje de 1953, sino que ambos conceptos se han refundido genéricamente en el de “convenio arbitral”. La nueva ley arbitral de 2003 conserva el tratamiento unitario que ya en su día otorgó la ley arbitral de 1988 y que engloba todas las declaraciones de voluntad de someter a arbitraje cuestiones litigiosas, suprimiendo el carácter diferenciador que de estos dos conceptos se desprendía<sup>290</sup>.

Una vez visto qué es el convenio arbitral ya podemos definir, tal y como ha hecho MERINO MERCHÁN, qué se entiende por convenio arbitral electrónico, que es «aquél en el que se hace constar la voluntad inequívoca por las partes expresada por dispositivos electrónicos, informáticos o telemáticos, de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de alguna de ellas, surgidas o que puedan surgir en las relaciones jurídicas que tienen en la red, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como la obligación de cumplir tal decisión»<sup>291</sup>. En el arbitraje *on line* las partes en conflicto celebran el convenio por estos medios gozando de un amplio margen de libertad a la hora de pactar su empleo o su exclusión en la tramitación del arbitraje. Sin embargo, en caso de que dicho pacto no exista, la utilización de medios electrónicos por el órgano arbitral sólo será posible si se garantiza que no se menoscaba el acceso a la información de ninguna de las partes en el proceso y resulta admisible conforme a las normas procedimentales que deban ser aplicables<sup>292</sup>.

No hay motivos suficientes en razón de los cuales se deban aplicar diferentes normas o reglas más restrictivas a los convenios arbitrales realizados por vía electrónica que a aquellos convenios arbitrales realizados

---

<sup>290</sup> Al respecto, MUÑOZ SABATÉ, L., manifiesta que la mayor crítica que podría hacerse a la ley arbitral de 1953, es que en la práctica su perfección sólo valía para convenios *ex post*. Aunque teóricamente cabía un arbitraje derivado de convenio *ex ante* a través del llamado contrato preliminar, la verdad es que cuando el conflicto era presentible o ya inminente, expone este autor, la parte que, arrepentida de dicha cláusula preliminar, deseaba optar por la jurisdicción ordinaria, lo tenía todo muy fácil para infringir el convenio. “El convenio arbitral posterior a la controversia en la contratación privada”, *AJA*, nº 3, 2002, pp. 105 -117. Por su parte, FONT SERRA, E., considera que el sistema de convenio único, además de remediar la defectuosa configuración de la cláusula compromisoria en nuestro Derecho, viene a uniformarlo con las normas de los convenios internacionales; así lo ha manifestado en, “La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español”, *Justicia* 89, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 348 y 349.

<sup>291</sup> MERINO MERCHÁN, J., “El pacto de arbitraje telemático”..., cit., pp. 529-545.

<sup>292</sup> DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado en Internet...*, cit, p. 427.

por medios tradicionales, diferente tratamiento sólo debería aplicarse cuando especificidades del tratamiento *on line* lo exijan; en esta línea, el artículo 5 bis de la Ley Modelo UNCITRAL trata de facilitar la incorporación de la aplicabilidad de reglas tradicionales al entorno electrónico<sup>293</sup>.

Como hemos dicho, el legislador ha preferido utilizar la expresión convenio arbitral a la de contrato de arbitraje, lo que no significa que el convenio arbitral deje de ser, al fin y al cabo, un contrato entre las partes (art. 1254 cc) y en este sentido, serán aplicables las normas generales sobre contratos subsidiariamente en todo lo no específicamente previsto en la ley de arbitraje, tal y como señala la Exposición de Motivos de la LA<sup>294</sup>. Además, para que el convenio sea válido deberá reunir los requisitos previstos en el Código Civil para la validez de los contratos (art. 1261 cc)<sup>295</sup>.

La ley de arbitraje de 1988 se refería al objeto del arbitraje como a “cuestiones litigiosas” (arts. 1, 3, etc. LA 1988), mientras que la nueva ley arbitral resulta menos precisa, y en vez de hablar de cuestiones litigiosas se refiere genéricamente al término “controversias”.

Como ya hemos mencionado, el litigio objeto de arbitraje puede ser una controversia que ya existe entre las partes o incluso una futura que las partes prevén que pueda surgir en el desarrollo de las relaciones que entre ellos existan<sup>296</sup>. Las características principales del objeto del convenio arbitral son las siguientes:

- 1) No es necesario que la controversia aparezca concreta y específicamente determinada; basta que sea determinable.
- 2) La relación jurídica de la que surge o puede surgir la controversia puede ser contractual o no contractual.

---

<sup>293</sup> Artículo 5 bis Ley Modelo UNCITRAL: *No se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión.*

<sup>294</sup> Como señala VERDERA SERVER, R., un criterio de esta trascendencia no debía haber sido relegado a la Exposición de Motivos de la ley, carente de valor normativo, sino que merecía figurar en el articulado de la ley, pues como iremos viendo, la aplicación de las reglas generales sobre contratos es constante, dada la escasez de criterio propios de la ley arbitral. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 323.

<sup>295</sup> En el arbitraje *on line*, además, tendremos que tener en cuenta la LSSI.

<sup>296</sup> Respecto al convenio arbitral *ex post*, YAÑEZ VELASCO, R., manifiesta que en la práctica estos acuerdos posteriores a veces son difíciles de alcanzar, ya que cuando surge el conflicto las partes pueden encontrarse tan enfrentadas que ya no resulte posible ningún acuerdo, ni siquiera el de someter a arbitraje su resolución. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje.....*, cit., p. 301.



3) La controversia cuya resolución se pretende debe revestir carácter jurídico.

4) Debe tratarse de una materia de libre disposición conforme a Derecho.

En todo caso, el objeto del arbitraje debe ser lícito, entendiéndose por tal, justo, razonable y permitido según justicia y razón, tal y como lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y, arbitrable, es decir susceptible de arbitraje conforme a nuestra ley arbitral; respecto a las materias que pueden ser objeto de arbitraje nos remitimos a lo ya dicho<sup>297</sup>.

## **2) Requisitos**

El convenio arbitral debe cumplir unos mínimos requisitos de forma y contenido que vienen contemplados en la ley arbitral; en concreto, la forma del convenio arbitral viene regulada en el artículo 9 LA quien muestra escasas novedades respecto a los artículos 5 y 6 de la ley arbitral anterior. Pese a ello, debemos detenernos en el estudio de este artículo de la ley por la importancia y trascendencia que supone para el convenio arbitral electrónico. Además, al consistir el convenio arbitral en el núcleo del arbitraje, resulta sumamente importante que las partes dejen claro en su redacción las decisiones y opciones que han tomado, pues de dicho convenio se desprenden las normas procedimentales deseadas por las partes. Con base en ello, un contenido mínimo es exigible.

### **A) La forma escrita: el convenio arbitral electrónico**

Tenemos que destacar en primer lugar, como principal presupuesto necesario a la hora de proceder al arbitraje telemático, la exigencia de que el convenio arbitral en el que las partes plasman su voluntad de sometimiento al arbitraje se formalice por escrito (art. 9 LA), lo que no supone ningún tipo de obstáculo al documento electrónico ni al convenio arbitral *on line*<sup>298</sup>. Esta

---

<sup>297</sup> Cfr. supra. pp. 109 y ss.

<sup>298</sup> Así lo expresa la misma Exposición de Motivos de la Ley. Ya el artículo 6 de la anterior LA señalaba: *Se entenderá que el acuerdo se ha formalizado por escrito no sólo cuando esté consignado en un único documento suscrito por las partes, sino también, cuando*

exigencia debe predicarse igualmente de todos aquellos acuerdos de las partes que modifiquen con posterioridad el convenio arbitral.

Como punto de partida, debemos tener en cuenta que, a pesar de la exigencia escrita del convenio arbitral, será posible acudir al arbitraje mediante un convenio arbitral celebrado por medio del intercambio de mensajes de correo electrónico, sistemas SMS o MMS de mensajes a móviles e incluso a través de una página web, ya que la nueva ley con este artículo, lo que hace es reforzar el criterio antiformalista del convenio, y aunque mantiene la exigencia de que éste conste por escrito, amplía el cumplimiento del requisito de la forma escrita a los convenios arbitrales pactados en soporte electrónico, óptico o de otro tipo que dejen constancia de su contenido y que permitan su consulta posterior, sin establecer restricciones a los medios de telecomunicación utilizables<sup>299</sup>. Además, debemos ser conscientes de que la prueba de la existencia del convenio arbitral así como la de su aceptación resulta decisiva en múltiples supuestos, entre otros, por ejemplo, cuando alguna de las partes en conflicto no designara un árbitro o éstas no consiguieran un acuerdo en el nombramiento de éstos y resultara necesario hacerlo exigible o solicitar la formalización judicial del artículo 8 LA<sup>300</sup>.

En virtud del artículo 9 LA, *“el convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas,*

---

*resulte de intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.*

<sup>299</sup> En esta línea, la SAP Alicante de 16 de enero de 1995 (RVDPA, 1, 1997, & 88, pp. 127 y 128) declara que no puede ser calificado como convenio arbitral inexistente el que surja del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

El origen de dicha libertad formal lo hallamos en los diferentes convenios internacionales existentes sobre la materia, como es el Convenio de Ginebra de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional (art. 1.2 a). Vid. con respecto a la LA de 1988, la SAP Lugo de 10 de septiembre de 2003, (JUR 2004/12021) quien se pronuncia en la línea siguiente: *“dado el cruce de cartas, faxes y otras comunicaciones similares en las cuales las partes dejaron constancia de someterse al criterio de Don Constantino para lograr un acuerdo, y la voluntad de cumplirlo una vez alcanzado, tal actuación cae dentro de lo establecido por el artículo 6-2º de la Ley 36/88, y por ello se considera que ha habido un verdadero convenio arbitral.* Asimismo, la SAP Asturias de 27 de enero de 2005 (JUR 2005/110258), deja claro que no se debe discriminar ningún medio documental, en este caso, de justificación de una representación que se ha realizado mediante fax.

<sup>300</sup> Así, los artículos 382 y 384 LEC admiten la pertinencia como prueba, de los soportes electrónicos o informáticos, con los que se puede acreditar la existencia del pacto de arbitraje, y en su caso, de la aceptación. Asimismo, el artículo 24 de la LSSI indica que el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental. Respecto a la prueba por soportes informáticos, imprescindible resulta la lectura de: SANCHIS CRESPO, C y CHAVELI DONET, E., *La prueba por medios audiovisuales...*, cit.

*telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicaciones que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo*<sup>301</sup>.

La nueva ley de arbitraje ha ampliado respecto de la ley anterior el elenco de medios equivalentes al documento escrito y se refiere ahora a “*un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicaciones que dejen constancia del acuerdo*<sup>302</sup>” a diferencia de la anterior ley de arbitraje que simplemente decía “*cuando resulte del intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental...*”, dejando de esta manera fuera de duda, la posibilidad de utilización del fax, télex, correo electrónico, etc., y sustituyendo el término “comunicación” por “medios de telecomunicaciones”. Debe quedar claro que dicho elenco presenta un carácter meramente ejemplificativo.

Como señala GARBERÍ LLOBREGAT, en el caso del convenio arbitral *on line*, es la posibilidad de recuperación a efectos de prueba lo que le dota de su equivalencia al convenio plasmado en soportes tradicionales, ello demuestra, una vez más, que el requisito de la forma escrita lo es *ad probationem* y no *ad substantiam*<sup>303</sup>. Siempre que se acredite la autoría de los manifestantes, la integridad del texto, la autenticidad del documento electrónico y el tiempo y emisión de la recepción mediante el cruce de mensajes, se podrá producir la sumisión a arbitraje de forma telemática; estas exigencias se verán cumplidas gracias a la utilización de la firma electrónica, que más tarde estudiaremos. Se

---

<sup>301</sup> El artículo 7.2 de la Ley Modelo UNCITRAL indica que se entenderá que el acuerdo es escrito: *cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo*. En esta misma línea se pronuncian las normas siguientes: artículo 6 de la Ley Modelo UNCITRAL y artículo 9 de la Directiva de Comercio Electrónico.

<sup>302</sup> Como puede ser el correo electrónico o *e-mail*.

<sup>303</sup> *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., p. 186. Vid. la SAP Granada de 4 de abril de 2000 (AC 2000/4506) la cual resalta: “*Si bien es cierto que de acuerdo con el artículo citado del Código Civil, dada la naturaleza del Arbitraje, en supuestos de representación voluntaria, será preciso el mandato expreso que se dice en dicho precepto, no debe de confundirse éste con el escrito. Es doctrina jurisprudencial, que el apoderamiento no viene sujeto a forma «ad solemnitatem», tal como establece el art. 1710 párrafo 2º del CC, e incluso puede nacer de una declaración de voluntad tácita sin que a ello se oponga la exigencia formal del núm. 5 del art. 1280 del CC (SSTS de 6-3-1978 [RJ 1978, 766] y 5-2-1992 [RJ 1992, 829]), y si bien para actos de riguroso dominio, será preciso mandato expreso, ello será en el sentido de especial, y el mismo podrá ser conferido también verbalmente (STS de 28-10-1963 [RJ 1963, 4221]), y aun en la esfera de este tipo de actos, tal como se expresaba por el TS en Sentencia de 7-7-1944 (RJ 1944, 908), la ratificación podrá suplir la falta de apoderamiento previo*”.

da de esta manera cabida a la validez del uso de los nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías de la información a la hora de concluir el convenio arbitral<sup>304</sup>.

Sin embargo, no se estipula en la ley de arbitraje como requisito "*sine qua non*" del convenio arbitral la necesidad de firma ológrafa, por lo que podemos concluir que el documento electrónico que contenga el convenio arbitral tampoco tendrá la obligación de contener de forma obligatoria la firma electrónica avanzada (ya que ésta es equivalente a efectos jurídicos a la firma manuscrita)<sup>305</sup>. Es decir, la exigencia legal de que la voluntad inequívoca de las partes conste por escrito, no conlleva la necesidad de que dicha declaración sea suscrita mediante firma. Si ésta no concurriera, será simplemente necesaria la prueba de que quien suscribe asume lo escrito, sin comportar su ausencia la nulidad del convenio<sup>306</sup>. Además, la Exposición de Motivos de la ley señala que la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio se superpone a sus requisitos de forma.

En síntesis, considero viable la opción de concluir un convenio arbitral por medio del intercambio de mensajes de correo electrónico e incluso a través de una relación interactiva con una página web, en aquellas ocasiones en que haya prueba documental bastante de las declaraciones de voluntad de las partes siendo el dato fundamental para satisfacer esta exigencia formal que el medio empleado posibilite un registro duradero<sup>307</sup>. En todo caso, en nuestra

---

<sup>304</sup> Como señala, MANTILLA – SERRANO, F., se consagra así una "ficción" que permite considerar como "escrito" cualquier soporte de audio, vídeo o electrónico. *Ley de arbitraje...*, cit., p. 81. De hecho, el artículo 23.3 LSSI prevé que el requisito de constancia por escrito "*se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico*".

<sup>305</sup> A similar argumento llegamos en el CNY (art. II), de donde podemos concluir que cuando se trate de un compromiso arbitral contenido en un canje de cartas o telegramas no resulta imprescindible para su validez formal la firma manuscrita de las partes, siempre y cuando se deje constancia de las declaraciones de voluntad de éstas y pueda ser probada su autoría.

<sup>306</sup> La STS de 6 de febrero de 2003 (RJ 2003/850) se manifiesta al respecto, expresando que lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas, como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje, siendo destacable en este sentido cómo la jurisprudencia más reciente de esta misma Sala se pronuncia en contra de las «fórmulas sacramentales» como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje STS de 1 de junio de 1999 (RJ 1999/ 4284) y, STS de 13 de julio de 2001 (RJ 2001/ 5222).

<sup>307</sup> Los soportes duraderos han sido definidos por la Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, como todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada; Entre los «soportes duraderos» se encuentran, en particular, los disquetes informáticos, los CD-ROM, los DVD y los discos duros de los ordenadores de los

opinión, los sistemas actuales más recomendables para la formalización del convenio arbitral electrónico deberían incluir la utilización de la firma electrónica o la utilización del sistema de terceros de confianza de la nueva LSSI (art. 25 LSSI), que establece que las partes podrán pactar que un tercero archive en soporte magnético las declaraciones de voluntad que integren los contratos electrónicos.

Ha sido relevante el desarrollo que en este sentido se ha observado desde la rigidez formal que presidía la antigua ley de arbitraje de 1953, al exigir que el compromiso arbitral se formalizara en escritura pública, hasta alcanzar la libertad formal del convenio arbitral en la ley de 1988 y en estos momentos en la de 2003 que, dando un paso más, incluso llega a aceptar expresamente su consecución a través de medios electrónicos<sup>308</sup>.

A pesar de la evolución de la forma del convenio arbitral, todavía no se ha alcanzado la libertad formal plena, pues no se admite la posibilidad de acordar un convenio arbitral de forma oral o verbal, siguiendo, una vez más, las líneas de la Ley Modelo UNCITRAL<sup>309</sup>. Dicha exigencia de forma escrita resulta

---

consumidores en que estén almacenados mensajes de correo electrónico, pero a menos que responda a los criterios de la definición de soportes duraderos, una dirección Internet no constituye un soporte duradero.

<sup>308</sup>Los avances tecnológicos deben tratar de luchar por conseguir asimilar el intercambio de mensajes de correo electrónico al de cartas o telegramas; asimismo, la referencia a los compromisos que encontramos en un intercambio de cartas o telegramas debe permitir aplicar el régimen previsto para la forma de los mismos a aquellos que han sido concluidos mediante intercambio de mensajes de correo electrónico. Sin embargo, no debemos olvidar, como dice DE MIGUEL ASENSIO que, «no obstante, la diferente formulación de la exigencia de forma escrita en las diversas legislaciones nacionales y la falta de certeza acerca de su aplicación, e incluso de su interpretación de la normativa internacional en las distintas jurisdicciones, a los acuerdos comunicados electrónicamente imponen, desde el punto de vista práctico, cautelas a la hora de formalizar electrónicamente convenios arbitrales, pues todavía son poco frecuentes las normas que admiten expresamente esta modalidad de manifestación. La falta de certeza se ve reforzada por la disparidad de criterios y el déficit de regulación existente en el panorama comparado acerca de la fuerza probatoria de los documentos electrónicos y la peculiar vulnerabilidad de éstos». *Derecho privado en Internet...*, cit., p. 423.

<sup>309</sup>No contempla esta ley, y tampoco lo hace el CNY, la posibilidad de aceptar los acuerdos arbitrales que han sido convenidos oralmente. Al respecto, resulta sumamente ilustrativo el trabajo realizado por LANDAU TOBY, en "The requirement of a written form for an arbitration agreement, when written means oral", 16 Congreso de la ICC, 12 – 15 May 2002, Londres. El autor analiza detenidamente el problema de la exigencia de la forma escrita del CNY, formulando propuestas y soluciones respecto a su interpretación, así como defendiendo la oralidad a la hora de acordar los convenios arbitrales.

Sin embargo, el Convenio de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional de 1961 si admite la posibilidad de convenios arbitrales no escritos cuando las leyes nacionales correspondientes así lo prevean, al proclamar su artículo 1.2 a), que el acuerdo o compromiso arbitral, bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o compromiso arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes.

paradójica en nuestro Derecho si tenemos presente el principio de libertad de forma que rige para los contratos y que viene proclamado en el artículo 1278 CC. En muchas ocasiones, el formalismo puede frustrar las legítimas expectativas de las otras partes, además, la exigencia de forma escrita ya no es acorde con la práctica internacional donde hay países en los que ya no se exige que el acuerdo arbitral conste por escrito<sup>310</sup> y en otros, la definición es tan amplia que, prácticamente, el requisito ya no se plantea<sup>311</sup>.

La cuestión se complica cuando ante soportes electrónicos nos hallamos, donde nos preguntamos, si los requisitos formales del convenio arbitral pueden cumplirse por medios electrónicos, siempre y cuando resulte posible su ulterior consulta, aunque la ley no lo esté diciendo, podría llegar a pensarse que introduce una excepción a la regla de que el convenio arbitral debe constar por escrito, pues nada impide la ley que los soportes electrónicos contengan comunicaciones orales, ya que en principio nada podría imposibilitar un acuerdo verbal grabado en una cinta magnetofónica que demuestre claramente la voluntad de las partes de someterse a arbitraje<sup>312</sup>. En un sentido similar se pronuncia BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO cuando manifiesta: *«Se ha puesto de relieve en términos críticos que la forma escrita exigida no responde a la pretensión de asegurar un consentimiento plenamente responsable, sino a facilitar la prueba del convenio...; por lo que debería admitirse la validez del arbitraje, aunque el convenio no figurase por escrito, si ambas partes proceden*

---

<sup>310</sup> Entre otros países, en Francia, Bélgica, Suecia, Suiza, los Países Bajos e Italia se ha eliminado el requisito de la forma escrita al no haberse establecido ninguna exigencia formal para el acuerdo arbitral.

<sup>311</sup> Por ejemplo, en Inglaterra, el concepto "por escrito" abarca los acuerdos verbales. En este sentido la "English Arbitration Act 1996" (Section 5) proclama: "(2) *There is an agreement in writing: (a) if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties), (b) if the agreement is made by exchange of communications in writing, or (c) if the agreement is evidenced in writing (3) Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing. (4) An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement*". Vid. *Zambia Steel v. James Clark*, Court of Appeal (1986), 2 Lloyd's Rep. 225, *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1998, p. 789.

En EEUU encontramos algunas sentencias en las que se interpreta ampliamente el requisito de la forma escrita del convenio, ejemplo de ello lo demuestra la sentencia siguiente: *Sphere Drake insurance Plc v Marin towing, Inc*, 16 F. 3rd 666, 669 (5th Cir 1994). Sin embargo, también hallamos otras sentencias que se pronuncian en sentido contrario destacando, entre otras, *Kahn Lucas Lancaster v Lark Internacional LTD*, 186 F. 3rd 210, (2nd Cir 1999).

<sup>312</sup> Al respecto, DIEZ- PICAZO PONCE DE LEÓN, L., señala que en estos casos (en los que los soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo contengan comunicaciones de carácter verbal) habrá un problema de autenticidad del soporte, pero no un problema de validez formal. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...* (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), cit., p.107.

*en consonancia y se someten de hecho a las actuaciones correspondientes»<sup>313</sup>.*

Con base en todo ello, resulta imprescindible un estudio profundo del tema, como el que está realizando la UNCITRAL en aras a una futura modificación al respecto, que contemple la eliminación del requisito de la forma escrita en los convenios arbitrales y al que nos referiremos cuando estudiemos la ejecución y reconocimiento de laudos extranjeros arbitrales<sup>314</sup>.

## **B) Contenido del convenio arbitral**

La ley arbitral no dedica un precepto expreso a determinar el contenido del convenio arbitral, sino que éste se desprende de la lectura de la ley de arbitraje en su conjunto, y no únicamente de los artículos 9 a 11 LA relativos al convenio arbitral, pues a lo largo de toda la ley son diversas las referencias que se realizan al contenido del convenio arbitral, aunque algunas de las ocasiones consistan en contenidos opcionales que las partes decidirán incluir o no.

### **a) Contenido obligatorio**

El convenio arbitral deberá incorporar los siguientes datos, unos de ellos necesariamente y otros de manera potestativa aunque resultan aconsejables. En todo caso, deberán cumplirse necesariamente tres contenidos fundamentales ya que, como veremos posteriormente, el convenio arbitral es un presupuesto esencial del laudo arbitral y su nulidad podrá conllevar la anulación del laudo (art. 41.1 LA). Estos tres datos que obligatoriamente deberá contener todo convenio arbitral son:

En el convenio arbitral se debe acreditar la voluntad de las partes de someter la cuestión litigiosa a arbitraje. La sumisión a arbitraje, según la jurisprudencia, ha de ser decisiva, exclusiva y excluyente, y no concurrente con otras jurisdicciones (STS 20 de junio de 2002<sup>315</sup>). Sin embargo, será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar los litigios que

---

<sup>313</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, p. 72.

<sup>314</sup> Cfr. pp. 452 y ss. Aconsejamos para su mayor comprensión, acudir y estudiar los trabajos preparatorios al respecto que se están llevando a cabo en el seno de la UNCITRAL y a los que se puede acceder a través de <http://www.uncitral.org>.

<sup>315</sup> RJ 2002/5256.

surjan entre sus herederos con relación a su herencia y que se denomina en la propia ley: "arbitraje testamentario" (art. 10 LA)<sup>316</sup>.

La ley de arbitraje de 2003 trata de potenciar la utilización del arbitraje como medio de solución de conflictos alternativos a la vía judicial, y en este sentido reconduce, a la vista de la práctica arbitral, analizando carencias, defectos, etc., de la ley anterior, los requisitos para que el convenio arbitral sea válido.

En primer lugar, el artículo 9 LA indica que el arbitraje deberá expresar la voluntad de las partes de someter la cuestión litigiosa a la decisión del árbitro, suprimiendo la expresión de "inequívoca" que imponía la ley anterior en su artículo 5, por conllevar su interpretación, en ocasiones, exigencias demasiado rigurosas, que fueron objeto de numerosos recursos de anulación hasta que finalmente el Tribunal Supremo reconoció que dicha expresión no era una frase sacramental que debía aparecer en el convenio arbitral, sino que iba implícita en el consentimiento de firmar el convenio, (STS de 1 de junio de 1999)<sup>317</sup>. Tampoco será necesario que dicha voluntad conste de "forma expresa" en el convenio.

Asimismo, ha suprimido también la nueva ley arbitral la exigencia de que las partes expresen en el convenio la "obligación de cumplir tal decisión" que disponía la ley arbitral de 1988 en su artículo 5, por considerarlo innecesario, pues dicha obligación –consideramos- resulta ya inherente al deseo de las partes de acudir al arbitraje, además, el artículo 11.1 LA ya señala "*el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado*". Dicha obligación fue altamente criticada por la doctrina y por la jurisprudencia, quienes consideraron que dicha frase tampoco era una frase sacramental que debe constar necesariamente en el convenio<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> Se trata de una institución de escasa utilidad práctica y por ello simplemente la mencionamos, sin realizar ningún estudio sobre ella.

<sup>317</sup> RJ 1999/4284. Vid al respecto, la SAP Huelva de 17 de mayo de 1999 (AC 1999/1385).

<sup>318</sup> GETE-ALONSO y CALERA, MC., "Contrato de compromiso", La Ley, nº 2, 1989, pp. 1036 – 1037. Vid. la exposición que plasma CAMPO VILLEGAS, E., de las diferentes posturas doctrinales al respecto en, "Convenio arbitral y rigidez formalista", Revista jurídica de Catalunya, nº 1, 2000, pp. 68 – 90. El autor realiza un interesante estudio acerca de la frase "*obligación de cumplir tal decisión*", donde ofrece un panorama de la situación en la jurisprudencia de las Audiencias y en la doctrina científica, reflejando los argumentos de las tesis formalistas y finalizando con su opinión personal, en donde se decanta por concluir que no se trata de una frase sacramental que ha de constar en el convenio arbitral sino que va implícita e integrada en el consentimiento de las partes.



El Tribunal Supremo después de varias resoluciones contradictorias finalmente adoptó un criterio unánime en su sentencia STS de 1 de junio de 1999, en donde se alegaba defecto de forma al no constar explícitamente en la cláusula de sumisión a arbitraje del supuesto la "obligación de cumplir tal decisión"; ante ello, el Tribunal señaló: *"No cabe admitir este razonamiento... Esta Sala se pronuncia decididamente sobre la forma del convenio arbitral como independiente o como cláusula en otro contrato, en el sentido de que debe formalizarse por escrito, como dispone el art. 6 LA y debe contener el consentimiento, lo cual lo especifica el art. 5.1 al disponer que debe expresar la voluntad inequívoca de las partes, al añadir el último inciso que también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual. Es decir, esta frase «obligación de cumplir tal decisión» no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento<sup>319</sup>".*

Además, el convenio arbitral debe contener imprescindiblemente los nombres y domicilios de las personas que suscriben el convenio, es decir, la identidad de las partes, incluyendo su dirección de correo electrónico; es necesario y esencial que las partes aparezcan determinadas en el convenio arbitral sin que exista confusión alguna. El domicilio o dirección de correo electrónico de las partes deberá plasmarse en orden a los futuros actos de comunicación que se lleven a lo largo del proceso, incurriendo en un motivo de anulación del laudo en el caso de que éstos no se lleven a cabo adecuadamente (art. 41 .1 b LA).

También debe figurar en el convenio arbitral la controversia que se somete al fallo arbitral, o lo que es lo mismo, el objeto de la controversia, determinando sus circunstancias y la relación o relaciones jurídicas determinadas con respecto a las que podría producirse el arbitraje, a pesar de que la controversia surja en el futuro. Debemos distinguir los supuestos en los que nos encontramos ante un convenio arbitral *ex ante* de aquellos en los que existe un convenio arbitral *ex post*. En los primeros, donde la controversia todavía no ha surgido, las partes se limitarán a delimitar la relación jurídica de

---

<sup>319</sup> RJ 1999/4284. En este mismo sentido se pronuncian las siguientes sentencias: STS de 11 diciembre 1999 (RJ 1999/9018), SAP Madrid de 29 de mayo 2000 (AC 200/1994) y SAP Valencia de 27 de julio 2002 (JUR 2002/253899).

la que puede surgir la controversia; naturalmente, respecto de controversias puramente futuras será suficiente una mención esquemática<sup>320</sup>. Mientras que en el convenio arbitral *ex post* en el que la controversia ya ha dado luz, las partes sí definirán la controversia que se somete a arbitraje<sup>321</sup>.

En el supuesto en que las partes quisieran excluir del arbitraje alguna controversia que pudiese derivar de dicha relación jurídica, deberán hacerlo expresamente, pues si no, se entiende que todas aquellas controversias que puedan ser objeto de arbitraje podrán someterse a él<sup>322</sup>.

### **b) Contenido facultativo**

Además de estos contenidos fundamentales que deben plasmarse en el convenio arbitral, las partes pueden convenir numerosos extremos del arbitraje, pueden por ejemplo, decidir acerca del número de árbitros, acordar la nacionalidad de los árbitros, el procedimiento para la designación de los árbitros, excluir la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares, si las partes deben decidir en un solo laudo o en varios, etc; por lo que, asimismo, junto con los tres elementos necesarios que acabamos de estudiar, nos encontramos con un contenido facultativo del convenio (no se trata de una lista cerrada); dentro de él destacamos los siguientes puntos:

- 1) Los nombres y domicilio de los árbitros y su número (art. 12 LA), o el de la institución a quien se encomienda la administración del arbitraje (art. 14 LA), o el del tercero al que las partes difieren el nombramiento de los

---

<sup>320</sup> Vid. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...* (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), cit., p. 103. En definitiva, como señala FONT SERRA, lo único que no se permite es la total y absoluta indeterminación, pues ello supondría la renuncia a la jurisdicción estatal en todas las controversias jurídicas que pudieran surgir entre dos particulares, lo que sería tanto como renunciar al derecho constitucional a la tutela judicial en el artículo 24 CE. "La nueva configuración del arbitraje ...", cit., p. 351

<sup>321</sup> Cuando la controversia ha surgido ya, ésta es determinada, pero no será preciso que lo esté en todos sus detalles y puntos concretos de la misma. Si por el contrario, la controversia es futura, ésta es determinable, sin necesidad de nuevo convenio entre los sujetos, por razón de una relación jurídica que pueda surgir de relaciones jurídicas determinadas. Vid. O'CALLAGHAN, X., "El contrato de compromiso, según la ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988", *Actualidad Civil*, nº 1, semana del 2 al 8 de enero de 1989, pp. 5 – 6.

<sup>322</sup> Al respecto, señala GETE-ALONSO y CALERA, M. C., que cuando se haya pactado que el arbitraje alcance sólo a "algunas cuestiones", es requisito necesario que estén determinadas. El requisito de determinación siempre lo es de identificación, si bien bastará con que se hayan previsto los criterios suficientes para poder llegar a determinarlas posteriormente, sin necesidad de que exista un nuevo acuerdo entre las partes. Requisito éste de la determinación que no debe confundirse con el de delimitación de la controversia ya concreta sobre la que los árbitros han de decidir. "Contrato de compromiso"..., cit., p. 635.

árbitros (art. 15 LA). También podrán acordar que la nacionalidad de una persona sea un obstáculo para que actúe como un árbitro (art. 13 LA).

2) Si pretenden que la cuestión se resuelva por el árbitro conforme a derecho o equidad. Se ha dicho ya, que en caso de no hacerlo se resolverá conforme a derecho (art. 34. 1 LA). También podrán acordar las partes que en el caso de tratarse de un arbitraje de derecho, el árbitro no tenga la obligación de ser un “abogado en ejercicio” (art. 15.1 LA). Cuando ante un arbitraje *on line* nos encontremos, será recomendable que éste posea conocimientos en la utilización de las nuevas tecnologías y así podrán convenirlo las partes.

3) Determinación del procedimiento de designación de los árbitros (art. 15.2 LA), así como el procedimiento de recusación de éstos (art. 18.1 LA).

4) El plazo en que los árbitros deben dictar el laudo; en caso de no hacerlo, éstos tendrán que dictar el laudo en un plazo máximo de seis meses desde la contestación a la demanda, plazo que podrá ser prorrogado dos meses más por los árbitros mediante decisión motivada (art. 37 LA). Podrán asimismo acordar en el convenio que bajo ningún supuesto podrá prorrogarse el plazo señalado.

5) Domicilio de recepción de las notificaciones: las partes deben designar un domicilio para recibir notificaciones. Cabe preguntarse si el artículo 5 LA relativo a las notificaciones y comunicaciones puede ser extensible a los supuestos de arbitraje electrónico permitiendo, sin ningún tipo de restricciones, la utilización de un “domicilio electrónico” (correo electrónico, web mail, mensajes SMS, etc.) para la recepción de las notificaciones necesarias, lo que, consideramos, resulta perfectamente viable.

6) El lugar del arbitraje (art. 26.1 LA), así como pactar que los árbitros se reúnan en otro lugar que estimen apropiado para oír a testigos, peritos, etc. o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas (art. 26.2 LA). La determinación del lugar resulta sumamente importante pues a ella la ley le otorga numerosas consecuencias que estudiaremos en

su momento y a las que nos remitimos<sup>323</sup>. Debemos tener en cuenta que la ley no exige su determinación obligatoria por las partes, ya que a falta de acuerdo serán los árbitros quienes lo harán atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes (art. 26 .1 LA).

7) Determinación de las reglas del procedimiento arbitral, siempre y cuando se respeten los principios de igualdad, audiencia y contradicción contemplados en el artículo 24 LA (art. 25 LA). Si las partes no pactan nada al respecto, la ley arbitral atribuye a los árbitros la dirección del arbitraje.

8) Las partes podrán acordar libremente el idioma/s en los que debe desarrollarse el arbitraje (art. 28.1 LA); decimos idiomas en plural porque la ley permite que éstos san varios, pudiendo acordar las partes en que actos se debe utilizar un idioma u otro.

9) En materia de medidas cautelares son diversos los pactos que pueden asumirse, como por ejemplo, que sólo se soliciten medidas cautelares a los árbitros o solo a los jueces, el procedimiento, el elenco de medidas cuando exista en el convenio delimitación del proceso, que se resuelva en equidad, etc<sup>324</sup>.

10) Resulta oportuno incorporar en el convenio la ley aplicable, es decir, las normas aplicables al fondo del asunto.

11) Potestativamente, podrán las partes reflejar el pago de las costas, honorarios y pago de gastos procesales así como el criterio que más les convenga.

12) Podrán también determinar si los árbitros deben decidir sobre la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios (art. 37.1 LA).

---

<sup>323</sup> Cfr. pp. 228 y ss.

<sup>324</sup> Cuestión de interés es plantearse si es posible la renuncia a la tutela cautelar en el convenio arbitral. Si bien esta tutela cautelar arbitral es renunciable, cuestión diversa y que habría que matizar es la renuncia a la tutela cautelar judicial, sobre todo si la misma se entiende a priori y con carácter general. No será ejercitable pues no puede considerarse como renunciable, lo que no es disponible para las partes. En este caso, no consideramos renunciable este derecho a la tutela cautelar como manifestación de la tutela cautelar judicial efectiva.

13) Además, no será inconveniente introducir una cláusula penal por incumplimiento del convenio arbitral, en sustitución o con independencia del derecho a pedir su ejecución<sup>325</sup>.

14) Además, podrán las partes convenir todos aquellos pactos que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público (art. 1255 CC). En este sentido se pronuncia, por ejemplo, el artículo 5 LA cuando señala que las partes podrán establecer los pactos que consideren convenientes en cuanto a las notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos en el procedimiento arbitral.

Puede ocurrir que estas cláusulas que se incorporan al convenio arbitral contengan vicios, errores o ambigüedades cuando no describan claramente su alcance, o infundan a dudas complejas de resolver. A ellas se refiere, entre otros, VERDERA SERVER, cuando habla de las "cláusulas patológicas", y entre ellas señala, a título de ejemplo, las siguientes: aquella cláusula que designa una normativa derogada, defectuosa designación de la institución encargada de administrar el arbitraje, ausencia de voluntad clara y determinante de someterse a este medio de solución de conflictos, previsión de excesivos requisitos de los árbitros, concurrencia de la sumisión al arbitraje como método de solución de posibles controversias con la elección de un foro judicial, etc<sup>326</sup>.

Estas cláusulas no tienen por qué provocar la nulidad absoluta del convenio, pero si pueden conllevar su ineficacia, por lo que deberá procederse a la lectura e interpretación del convenio en su conjunto para intentar suplir las deficiencias que dichas cláusulas presentan<sup>327</sup>; no hay duda que el problema ante el que nos encontramos puede evitarse si se acude a las cláusulas modelo que ofrecen las diferentes instituciones que administran el arbitraje<sup>328</sup>.

---

<sup>325</sup> MERINO MERCHÁN, J. F., "El convenio arbitral electrónico", INJEF.com, 12/01/2001, disponible: <http://www.injef.com/php/index.php?option=content&task=view&id=113&Itemid=37>, (fecha de consulta: 1/03/2996).

<sup>326</sup> VERDERA SERVER, R., *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit., pp. 389 y ss. Vid en este sentido la STS de 23 de mayo de 2002 (RJ 2002/6420), citada por este mismo autor. En este sentido, LORCA NAVARRETE, A.M., define el convenio arbitral patológico como aquel que es redactado de modo ambiguo, contradictorio deficiente, omisivamente o de manera imperfecta. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje...*, cit., p. 102.

<sup>327</sup> Vid. ARTUCH IRIBERRI, E., "El convenio arbitral defectuoso", RCEA, 1995, p. 416. El concepto de convenio arbitral "patológico" no se extiende a aquellos supuestos en que éste es radicalmente inválido o nulo por una razón que afecte a su esencia misma sino que es radicalmente válido en lo esencial, pero presenta indecisiones cuya gravedad puede provocar la ineficacia del pacto.

<sup>328</sup> A título de ejemplo, el Reglamento de la CCI ofrece el siguiente modelo de cláusula de arbitraje: "Todas las desavenencias que deriven del presente contrato o que guarden

No olvidemos que, respecto del contenido del convenio arbitral, las partes pueden completar en cualquier momento, mediante acuerdos complementarios, aquellos extremos que no fueron previstos en su momento. También debemos tener en cuenta que la ley arbitral brinda la posibilidad, con el fin de completar el convenio arbitral, que las partes se remitan al reglamento de una institución arbitral sin que ello suponga acudir al arbitraje institucional, actuando dicho reglamento como supletorio de la voluntad de las partes; en este sentido se pronuncia la Exposición de Motivos de la ley cuando señala: “*se precisa que las partes pueden someterse a un concreto reglamento sin encomendar la administración del arbitraje a una institución, en cuyo caso el reglamento arbitral también integra la voluntad de las partes*”<sup>329</sup>.

### **3) Modalidades**

A los diferentes tipos de formalización de un convenio arbitral, escrito, electrónicamente o no, se refiere el artículo 9 LA en sus distintos párrafos, con base en ellos y siguiendo el orden de dicho precepto, un convenio arbitral puede aparecer de las siguientes formas<sup>330</sup>:

#### **A) No se requiere unidad de acto con el contrato principal**

Respetada la forma escrita, el convenio arbitral no requiere unidad de acto con el contrato principal. El convenio arbitral puede constar tanto en el propio contrato o acuerdo suscrito como cláusula del mismo, o como acuerdo independiente de aquel, aunque sea esta última opción la menos común (art.

---

*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”.*

<sup>329</sup> El artículo 4. b) LA manifiesta: “*Cuando una disposición de esta Ley...Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido*”.

<sup>330</sup> Clasifica LORCA NAVARRETE, A.M., en cuatro las modalidades en las que se puede indicar que formalmente el convenio arbitral converge en la LA, éstas son: 1) Convenio arbitral adhesivo; 2) Convenio arbitral formalizado en un único documento suscrito por las partes como cláusula incorporada a un contrato principal o como acuerdo independiente, al que denomina convenio arbitral unidocumental; 3) Convenio arbitral formalizado a través de un intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que suponga romper con la unidad de acto (convenio arbitral pluridocumental) y por último, 4) Convenio arbitral por referencia. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., p. 77.

9.1 LA)<sup>331</sup>. Tanto en una modalidad como en otra, el convenio arbitral tendrá carácter autónomo e independiente, por lo que su existencia dependerá no del contrato sino de la relación jurídica que exista entre las partes, lo que implica que la novación del contrato no afectará al convenio arbitral y la nulidad del contrato no impedirá la conservación de la cláusula arbitral (SAP Madrid de 7 de marzo de 2005)<sup>332</sup>.

## **B) Convenio arbitral adhesivo. Las condiciones generales de la contratación.**

Como una submodalidad de lo que acabamos de mencionar en el párrafo anterior, el artículo 9.2 LA señala: *“Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato”*. Este precepto reitera lo previsto en el artículo 5 .2 LA de 1988 mientras que en la Ley Modelo no se contempla nada al respecto.

Dicho artículo debe ser extendido principalmente a los convenios arbitrales que aparezcan en condiciones generales de la contratación, supuesto enormemente frecuente en la moderna contratación en masa del comercio

---

<sup>331</sup> Dicha posibilidad ya se recogió en el artículo 1.2.a) del Convenio de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ha manifestado DIÉZ- PICAZO PONCE DE LEÓN, I., que hablar de “cláusula” o de “acuerdo independiente” sólo tiene sentido desde un punto de vista documental. Por eso, tal vez habría sido más correcto decir que el convenio arbitral podrá plasmarse en el mismo documento en el que las partes celebren un contrato o en otro independiente. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., (coord. GONZÁLEZ SORIA), p. 104.

<sup>332</sup> EDJ 2005/87311. Este Auto manifiesta claramente que no todo contrato de adhesión comporta de forma automática la nulidad de la cláusula.

En este sentido, y a efectos de la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia, el artículo 22.1 LA señala: *“El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo”*. Vid. SAP Cantabria de 9 de septiembre de 1993, (AC 1993/1601).

Sin embargo, como ha indicado CORDÓN MORENO, F., esta doctrina debe ser matizada en los casos en que el convenio arbitral se incorpora como una cláusula más al contrato principal; por lo que manifiesta este autor, *«Una cosa es afirmar que ambos son contratos diferentes y, por tanto, se pueden ver afectados por causas de nulidad o anulabilidad diferentes y no comunicables y otra generalizar la afirmación de que la nulidad del contrato principal no afecta al convenio arbitral, porque pueden haber causas que afecten al contrato en su conjunto (por ejemplo, los vicios en el consentimiento y las causas determinantes de la nulidad de pleno derecho). En este último caso, por ejemplo, dudo que, interpuesta la acción de nulidad por un tercero, pueda excluirse del contenido de la misma, por vía de excepción, el pacto arbitral y, con en el mismo, intentar las partes someter la controversia a un arbitraje»*. *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 58.

electrónico<sup>333</sup>. Si una cláusula contractual de condiciones generales de una de las partes del contrato prevé el recurso al arbitraje, su oposición no dependerá de reglas específicas del arbitraje sino de reglas generales de derecho de los contratos y de las obligaciones; por tanto, debemos tener en cuenta la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación y, en materia de consumidores, la Ley 26/1984 de 19 de julio General de Defensa de los Consumidores y usuarios.

Predispuestas por una de las partes con el fin de disciplinar de modo uniforme sus relaciones jurídicas, dichas condiciones generales conllevan un evidente peligro para la otra parte, quien se limita a adherirse a ellas; por lo que deberán estar claramente estipuladas en el contrato, haber llegado efectivamente al conocimiento de las partes y, que ésta se hayan adherido de una manera libre e inequívoca<sup>334</sup>.

En los supuestos en los que el convenio arbitral resulte de condiciones generales, se deberán cumplir los llamados “requisitos de incorporación” necesarios para que dichas condiciones pasen a formar parte de un contrato. En este sentido, la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la contratación, señala en su artículo 7: *“No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:*

*a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.*

*b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.*

---

<sup>333</sup> Cuando el artículo 9.2 LA habla de adhesión en lugar de condiciones generales de la contratación, nos planteamos el interrogante acerca de si hace referencia a la misma realidad jurídica, y en este sentido, como señala VERDERA SERVER, R., la expresión “contrato de adhesión”, es prácticamente desconocida en el resto del ordenamiento jurídico español, y la distinción con las condiciones generales de la contratación carece de cualquier relevancia en cuanto a su régimen jurídico, por cuanto los contratos de adhesión no son más que contratos celebrados sobre la base de condiciones generales. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 362.

<sup>334</sup> GARCIA RUBIO, M. P., “El convenio arbitral en la ley...”, cit., p. 78. Vid. ATS de 8 de febrero de 2000 (RJ 2000/766) relativo a los convenios arbitrales pactados en un contrato de adhesión.



Además, no debemos olvidar que en nuestro Derecho encontramos el Real Decreto 1906/1999, 17 diciembre, por el que se regula la Contratación Telefónica o Electrónica con Condiciones Generales y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998, en cuyo artículo 5 se indica que en los casos de contratación electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma<sup>335</sup>.

Cuando el empleo de condiciones generales tiene lugar en contratos en los que interviene un consumidor o es celebrado entre un empresario y un consumidor, el recurso al arbitraje encuentra restricciones adicionales, de tal modo que el apartado sexto de la disposición adicional primera de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación modifica la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, introduce una disposición adicional primera (num. 26) que indica que tendrán el carácter de abusivas la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de arbitrajes institucionales creados por normas generales para un sector o un supuesto específico<sup>336</sup>. Esta disposición únicamente exceptúa de la abusividad, a los arbitrajes de consumo creados con base al artículo 31 LGCU<sup>337</sup>.

---

<sup>335</sup> Además, el artículo 27. 4 LSSI fortalece la información previa que se debe otorgar al adherente cuando manifiesta que, con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.

<sup>336</sup> Debemos acudir al artículo 10.4 LGDCU para determinar cuando un convenio arbitral pactado en condiciones generales es admisible o no. Dicho artículo señala: *"Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal"*. Asimismo, la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, contiene un anexo en el que se contempla un lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declarados abusivas, entre ellas, la q) predica que serán abusivas las cláusulas que tengan por objeto o por defecto, *"suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante"*.

<sup>337</sup> Esta calificación de abusiva de las cláusulas de sumisión a arbitraje en contratos de adhesión se entiende en el sentido de que en este tipo de contratos los consumidores no

Al respecto, se pronuncia la SAP Palmas de 15 marzo de 2001, que declara que la sumisión a arbitraje para la resolución de las cuestiones derivadas del contrato supone una cláusula abusiva que coloca en una situación no equitativa a la parte compradora, al hacer depender la resolución de los conflictos que se susciten en el contrato a una entidad formada por la propia parte vendedora y, lógicamente encauzada a la defensa de los intereses del colectivo de empresas que ofrece el producto a la venta, es decir, con más que dudosa imparcialidad; considerando, por tanto, dicha estipulación nula, de acuerdo con el artículo 10 LGDCU, al tratarse de una estipulación aplicada con carácter general a la venta por la entidad vendedora y resultar abusiva por perjudicar de manera no equitativa al consumidor<sup>338</sup>.

Asimismo, la SAP Jaén de 2 julio de 2004 y el AAP Barcelona de 25 febrero 2004 determinan que es una cláusula abusiva, aquella que se inserta como condición general en contratos de adhesión y no es negociada individualmente, perjudicando claramente los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes<sup>339</sup>. Aunque las sentencias citadas han sido dictadas vigente la ley arbitral anterior, la misma teoría o doctrina debe mantenerse con la aprobación de la nueva ley de 2003<sup>340</sup>.

---

pueden negociar su contenido, pues éste les viene impuesto por el profesional. ESCOLÁ BESORA, M. E., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, (coord. YAGUEZ VELASCO, R.), cit, p. 308.

<sup>338</sup> JUR 2001/170315. Vid. la STC de 5 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10430), donde se indica que en la contratación en masa en forma de contratos de adhesión, la autonomía de la voluntad se encuentra limitada en beneficio de la parte más débil de la contratación.

<sup>339</sup> JUR 2004/257554 y JUR 2004/122355. La AP Barcelona en su AAP de 17 de octubre de 2003 (JUR 2003/259572) deniega la admisión a trámite de una demanda de ejecución de laudo arbitral dictado por la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE) por considerar que las cláusulas arbitrales insertas en los contratos de telefonía móvil eran nulas de pleno derecho por abusivas, en la medida en que: "a) la cláusula no ha sido negociada individualmente pues el contrato es un impreso de la empresa distribuidora de telefonía móvil y en él aparece la cláusula arbitral formando parte del mismo, siendo la misma en todos los casos por lo que reúne el carácter de condición general; b) La remisión al arbitraje no es obviamente a una institución pública como son las Juntas de Consumo a las que se refiere el Art. 31 de la LGDCU sino a una asociación de carácter privado que además ha asesorado previamente a la empresa oferente o predisponerte y, c) La cláusula perjudica claramente a los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes por cuanto se le impide acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral con garantías de imparcialidad como es la institucional arbitral de consumo en la que participan además de la Administración Pública, profesionales de los sectores implicados, en este caso empresas de telefonía móvil y representantes de los consumidores". En idéntico sentido y más reciente, encontramos el AAP Barcelona de 20 de diciembre de 2004 (JUR 2005/56494).

<sup>340</sup> Vid. asimismo la SAP Vizcaya de 12 de febrero de 1999 (AC 1999/617) donde se declara nula la cláusula por abusiva al imponerse al contratante como condición general la sumisión al Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB), cuando el cliente poseía su domicilio en Bilbao.

Debemos ser conscientes de los riesgos que se pueden derivar de determinados contratos en los que se ha incluido una concreta cláusula arbitral, más aún cuando dichos contratos figuran en la Red<sup>341</sup>; para que un convenio arbitral adhesivo resulte válido, el adherente tendrá que ser informado de que lo que suscribe es un convenio arbitral. La necesidad de presentar el convenio arbitral bajo la forma escrita consiste en una exigencia entre cuyos fines se encuentra evitar convenios arbitrales que pudieran pasar desapercibidos a una de las partes, ello plantea una serie de peculiaridades respecto de las cláusulas arbitrales contenidas en condiciones generales incorporadas a un conjunto de contratos por tan sólo una de las partes, pues la normativa convencional no impone un acuerdo individualizado referido a la cláusula arbitral<sup>342</sup>.

Para que una página web asegure la efectiva incorporación de una cláusula arbitral, deberá aparecer ésta expresamente indicada en la misma página, sin que pueda pasar desapercibida, es decir, no debe aparecer ni en pequeñas palabras al final de una página, ni tampoco debe aparecer únicamente la frase: "Ver en condiciones generales"<sup>343</sup>. El usuario normal debe tener la posibilidad de revisar las condiciones generales en todo momento, así como: a) gozar de la habilidad para poder hacer clic y llegar a sus términos<sup>344</sup>, b) éstas deben encontrarse bien posicionadas en el texto y, c) deben presentarse de forma clara y simple, en la misma lengua que la página web,

---

<sup>341</sup> Con Internet aumenta la desfavorable posición actual del consumidor, que se ve abocado a negociar no sabe con quien y carece muchas veces de información adecuada sobre los productos que adquiere, a lo que se añade la proliferación de contratos de adhesión y de prácticas contrarias a la legislación de consumo. ELOY RUIZ HERRERO "El comercio electrónico". Revista de Derecho de la Universitat de Valencia, nº 8, julio-diciembre 2001, disponible en <http://www.uv.es/~ripj/8com.htm>, (fecha de consulta: 9/1/2006). El artículo 5.1 LCGC exige que se haga referencia a la existencia de las condiciones generales de la contratación en el contrato que firmen las partes y que se facilite al adherente un ejemplar de las mismas.

<sup>342</sup> En principio, debería ser suficiente para que en los documentos intercambiados telemáticamente (mensajes de correo electrónico, incluso diálogo interactivo de un sitio web...), pueda entenderse que se cumple la forma escrita, que se contenga una remisión expresa a las condiciones generales entre las que figura la cláusula de sumisión al arbitraje, siempre y cuando la sumisión sea susceptible de ser verificada por cualquiera de las partes (en particular, al poder visualizar las condiciones en la pantalla y reproducirlas a través de la impresora); si bien, la prueba de que las condiciones generales entre las que se encuentra la cláusula arbitral han sido aceptadas por parte de quien contrata con el predisponente, exige de éste una especial cautela. DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho Privado en Internet...*, cit., p. 425.

<sup>343</sup> KAUFFMANN-KOHLER, G., "Arbitration agreements in online business to business transactions", *Law of international business and dispute settlement in the 21st century*, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel (ed.), Munich, 2001, pp. 368 y ss.

<sup>344</sup> Se suele llamar "hacer clic" al situar el ratón sobre un cierto elemento de la pantalla del ordenador y pulsar el botón principal (habitualmente el izquierdo). Algunos autores traducen el verbo inglés "click" por "clicar" o "clicquear". Definición del diccionario básico de informática que podemos encontrar en <http://europcs.info/ftp/cursos/diccionario/diccionario.htm>, (fecha consulta: 28/12/2005).

(porque se supone que ésta es la lengua que habla el usuario). Si estos requisitos se encuentran satisfechos, no es necesario que el texto completo de las condiciones generales aparezca automáticamente en la página principal.

Si se dan todos estos requisitos, un acuerdo arbitral *on line* en una transacción debe ser válidamente incorporado. Aunque, a veces, requieren de algunas precauciones adicionales, como podría ser la necesidad de insertar una mención expresa que indique: “La relación contractual, se regirá por estas condiciones generales incluyendo el convenio arbitral que forma parte de este contrato y al que se puede acceder haciendo clic aquí”<sup>345</sup>.

### **C) Convenio arbitral por referencia**

Además, también existe la posibilidad que viene consagrada en el artículo 9.4 LA referente a la cláusula arbitral por referencia o remisión, que es aquella que, tal y como señala su Exposición de Motivos, no consta en el documento principal contractual sino en otro separado, pero que se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Este artículo se ha inspirado en la Ley Modelo UNCITRAL, concretamente en su artículo 7.2. Por tanto, se admite que el consentimiento para quedar obligado por el convenio, se preste por referencia a un documento en el que el mismo se contiene.

El artículo 9. 4 LA indica que se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido “*en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior*”, por lo que basta la remisión que se realice en cualquier forma, siempre y cuando sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

La mayor novedad se encuentra al permitirse que dicha remisión al convenio arbitral no sea necesariamente expresa sino que basta que se realice al documento en el que el pacto arbitral se contiene y, sea clara sin otorgar

---

<sup>345</sup> Sumamente ilustrativa y por ello aconsejamos su lectura, es la sentencia de un tribunal norteamericano, concretamente de la Corte de Apelación de Illinois, *Dewayne Gubert, Elden I. Carft, Chris Gorut y Rhonda Byington v Dell Corportaion, fifth District, nº 5 – 03 – 0643* de 8 de diciembre de 2005, quien se pronunció en el sentido de considerar válida una cláusula arbitral que figuraba dentro de un contrato de venta en línea, accesible vía hiperlink o enlace, visible de forma patente en cada página del contrato electrónico del que formaba parte.

dudas respecto a su existencia. Aunque, a diferencia de la Ley Modelo, la ley arbitral no se pronuncie al respecto, resulta necesario que la referencia implique que dicha cláusula forma parte del contrato, porque de lo contrario, como indica GARBERÍ LLOREGAT, se estaría dilatando el requisito de voluntariedad que conforma la esencia del arbitraje<sup>346</sup>.

#### **D) Intercambio de escritos de demanda y contestación**

Asimismo, el artículo 9. 5 LA manifiesta que también se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y la otra parte no lo niegue; es decir, la parte que ante dicha afirmación guarda su silencio se entiende que muestra su aquiescencia.

Antes de la promulgación de la nueva ley arbitral nuestro Tribunal Supremo aceptó esta posibilidad<sup>347</sup>; dicha previsión tiene su origen el artículo 7. 2 de la Ley Modelo UNCITRAL y es fruto de la prolongada polémica mantenida en sede de arbitraje comercial internacional acerca de la validez de las cláusulas arbitrales "semiescritas" o la sumisión tácitamente aceptada a lo largo del proceso arbitral<sup>348</sup>.

Se trata de otra prueba de la libertad formal del convenio arbitral que trata de dar un nuevo impulso al arbitraje, manifestando la validez del convenio consensual no formal o lo que es lo mismo, la cláusula arbitral no negada por las partes. Esta norma se basa en el principio de actos propios, y podríamos llegar a pensar que dicho artículo contradice la exigencia de forma escrita del convenio, pero al fin y al cabo, a lo que se refiere este artículo es a las manifestaciones de una de las partes en un escrito de demanda que no son contradichas por la otra en su escrito de contestación a la misma, pero sin

---

<sup>346</sup> *Comentarios a la ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 187.

<sup>347</sup> ATS de 4 de marzo de 2003 (JUR 2003/87950). Considera DIÉZ- PICAZO PONCE DE LEÓN, I., que se trata de una presunción de existencia del convenio arbitral y de validez del mismo, cuando no haya sido presentado en debido tiempo y forma ante un árbitro. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., (coord. GONZÁLEZ SORIA), p. 107.

<sup>348</sup> Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la ley 60/2003...*, cit., p.174. Este autor redacta una serie de supuestos en los que se entiende que existe una aceptación tácita, entre ellos, por ejemplo, el caso en el que el demandante en un proceso judicial permanece inactivo ante la declinatoria basada en la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje opuesta por el demandado, sin reaccionar, negando la misma en el plazo de cinco días del artículo 65 LEC.

admitir el convenio arbitral verbal, pues éste deberá constar por escrito. Nos encontramos en la cima del espíritu antiformalista que pretende la ley<sup>349</sup>.

El convenio de arbitraje se entiende perfeccionado desde que se contesta aceptando la propuesta. La Disposición adicional 4ª LSSI modifica los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, de tal manera que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación<sup>350</sup>. Pero como hemos dicho, será tan válido un consentimiento expreso como uno tácito del arbitraje, siempre y cuando se deduzca sin equívocos dicho consentimiento. Es muy usual en los arbitrajes de consumo, en los que la relación arbitral surge de una oferta pública de someterse a arbitraje y de la posterior aceptación concreta del consumidor.

Una cláusula compromisoria que ha sido estipulada por vía telemática no resulta admisible si no se respetan las condiciones de forma que garanticen plenamente el consentimiento libre del arbitraje. Se podrá aceptar el arbitraje, por medio de un *clíc* en una página web, reenviando al usuario a un documento anexo (que en las operaciones del mercado electrónico responde a la exigencia de brevedad de los mensajes), es decir, mediante un enlace o *link*<sup>351</sup>.

Toda la información debe estar dispuesta en línea, pero ¿cómo se puede ofrecer la posibilidad de acudir al arbitraje en los contratos electrónicos?, nos encontramos con dos opciones comunes: a) mediante un acuerdo unilateral del

---

<sup>349</sup> Señala ESCOLÁ BESORA, M. L., que estos supuestos suscitarán múltiples interrogantes en la práctica, como por ejemplo podría ocurrir cuando la parte demandada que no se ha opuesto a la designación judicial del arbitraje, luego tiene la facultad de negar la existencia del convenio arbitral al contestar la demanda, lo que considera no deberá admitirse por suponer ir en contra de los propios actos, además de implicar un coste y una dilación para el actor totalmente injustificados. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, (coord. YAGUEZ VELASCO, R), cit., p. 318.

<sup>350</sup> En este sentido, el artículo 1258 CC indica que cualquier contrato se perfecciona con la mera dación de consentimiento, sea cual sea el medio empleado para comunicarlo, con ello podríamos deducir que nuestro Derecho admite el convenio arbitral electrónico con independencia del soporte utilizado, siempre y cuando la manifestación de voluntad se de en forma escrita, considerándola como prueba documental.

<sup>351</sup> Link: enlaces, también llamados "Vínculos" o "Hipervínculos" que permiten saltar a otros temas relacionados donde encontrar información ampliada. Definición del diccionario básico de informática, que podemos encontrar en <http://europcs.info/ftp/cursos/diccionario/diccionario.htm>, (fecha consulta: 14/1/2006).

operador en el cual se compromete a someter los litigios al arbitraje, b) mediante la estipulación de una cláusula opcional en la que el comerciante se compromete al arbitraje, pero da la opción al consumidor de someterse a ella cuando llegue el momento del litigio; ésta es la técnica más apropiada para el arbitraje de los “microlitigios” del comercio electrónico.

Se trata de un forma especial de perfección del convenio arbitral contemplada en el artículo 6.1 RD 636/1993 por el que se desarrolla el sistema arbitral de consumo previsto en el artículo 31 LGDCU, en donde el empresario realiza una oferta pública de sometimiento a arbitraje respecto de futuras controversias con consumidores y usuarios; en este supuesto el convenio se formaliza con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre y cuando claro está, coincida con el ámbito de la oferta.

Por último, en cuanto al arbitraje internacional se refiere, la ley arbitral considera válido el convenio si cumple los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, sin necesidad de ninguna conexión con la controversia, o por las normas aplicables al fondo de la controversia o por el Derecho español (art. 9. 6 LA)<sup>352</sup>.

#### **4) Efectos**

Como todo contrato, la existencia del convenio arbitral produce indudablemente una serie de efectos. A ellos hace referencia la Exposición de Motivos de la ley arbitral cuando indica: “*La ley mantiene los llamados efectos positivo y negativo del convenio arbitral*”; se trata del efecto positivo, también denominado efecto contractual o sustantivo, por el que las partes en conflicto se encuentran vinculadas al futuro arbitraje en cuestión, así como a la solución que se desprenda del laudo y, del efecto negativo o eficacia de exclusión de la jurisdicción estatal.

Aunque no se haga referencia expresa a ellos, estos dos efectos se desprenden del artículo 11 LA. La rúbrica de dicho precepto se encuentra claramente inspirada en los artículos 8.1 y 9 de la Ley Modelo UNCITRAL,

---

<sup>352</sup> No entraremos en el estudio del convenio arbitral internacional por exceder del objeto de nuestro trabajo y existir numerosos estudios sobre la materia; vid. entre otros, VERDERA SERVER, R., *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit., pp. 394 – 411.

mientras el contenido de su primer párrafo proviene de la ley arbitral de 1988, tras la modificación realizada por la LEC 1/2000.

### **A) Efecto positivo**

El denominado efecto positivo o vinculante se recoge en el artículo 11.1 LA, en virtud del cual, *“el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado...”*, y comprende la exigencia de cumplimiento de las obligaciones *inter partes* que adquieren quienes han firmado el convenio arbitral.

Consiste en una consecuencia general de la obligatoriedad de todo contrato, por el que las partes están obligadas a cumplir lo pactado y a someter su controversia a arbitraje, pues el convenio arbitral, como contrato que existe entre las partes, tiene fuerza de ley entre ellas y deberá cumplirse a tenor del mismo, con base en el artículo 1901 CC donde se establece: *“las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos”*<sup>353</sup>. Como ha señalado nuestro Tribunal Supremo en su STS de 25 de mayo de 1979: *“Instaurado el arbitraje por la vía contractual, el negocio jurídico que lo contiene obliga a las partes a pasar por lo estipulado de acuerdo con las normas generales del derecho de obligaciones..., de manera que la fuerza vinculante del laudo se basa en la voluntad misma de los contratantes manifestada al pactar la previa sumisión a la decisión arbitral”*<sup>354</sup>.

Al respecto, la doctrina ha señalado que, bajo el concepto “efecto positivo” se agrupan una pluralidad de efectos, entre ellos, la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral, aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicten los árbitros, etc<sup>355</sup>.

Una vez el convenio ha sido estipulado y surge el conflicto, si una de las partes acude al procedimiento arbitral como medio de resolución de la controversia, poco importa que la otra parte acepte o se oponga; de la

---

<sup>353</sup> Como todo contrato, el convenio arbitral es ley entre las partes, y por tanto, les obliga a cumplir lo estipulado; es por ello que se ha llegado a calificar de poco trascendente el presente artículo de la ley arbitral. VERDERA SERVER, R., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 449.

<sup>354</sup> RJ 1979/1894.

<sup>355</sup> CALVO CARAVACA, A. L., y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *El arbitraje comercial internacional...*, cit., p. 87.



inactividad de las partes no se deriva el entorpecimiento o la imposibilidad del arbitraje, sino la preclusión de la posibilidad de ejercitar esa facultad y, por tanto, si las partes no realizaran las actuaciones necesarias para desarrollar el procedimiento arbitral o éstas han precluido, corresponderá a los árbitros o a la institución arbitral y excepcionalmente al juez correspondiente, tomar cuantas decisiones resulten necesarias para que el proceso arbitral se desarrolle y concluya con un laudo arbitral<sup>356</sup>. Es por todo ello, que normalmente cuando las partes en el convenio arbitral determinan los elementos y cuestiones fundamentales del arbitraje, prevén quien deberá tomar las decisiones pertinentes en el caso de no hacerlo ellas mismas<sup>357</sup>.

El control del cumplimiento de este efecto positivo pertenece en exclusiva a los órganos arbitrales, en virtud de de la denominada *kompetenz kompetenz*, tal y como manifiesta la Exposición de Motivos de la ley arbitral y el artículo 22 LA que indica: “Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”.

## **B) Efecto negativo**

El efecto negativo del convenio arbitral viene plasmado en dos preceptos de la ley, en el artículo 11. 1 LA que señala: “El convenio arbitral... impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante *declinatoria*”, y en el artículo 7 LA relativo a la intervención judicial en el arbitraje. Como manifiesta la Exposición de Motivos de la ley, el artículo 7 LA es un corolario del efecto negativo del convenio arbitral que impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje. En este sentido, la intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje ha de limitarse a los procedimientos de apoyo y control expresamente previstos por ley.

---

<sup>356</sup> FERNANDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Comentarios a la nueva ley...* (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), cit, p. 117.

<sup>357</sup> En ocasiones este efecto positivo puede originar graves dificultades, especialmente en los casos de pluralidad activa o pasiva de partes en el convenio, que suelen plantearse en temas intrasocietarios y en los conexos con la impugnación de acuerdos sociales. Al respecto, vid. VIDAL FERNÁNDEZ, B., *Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje...*, (coord. MATEO SANZ, J.), cit., p. 214 - 218.

En principio, los órganos jurisdiccionales en el caso de que consideren que la resolución del litigio corresponde a los órganos arbitrales, deberán declararse incompetentes y abstenerse de conocer asuntos sometidos previamente a arbitraje. El efecto negativo del convenio arbitral no tiene un periodo indefinido, ya que el deber de abstención de los jueces de conocer el asunto que corresponde a arbitraje únicamente subsiste en tanto el convenio arbitral no haya perdido vigor, pues si por cualquier circunstancia éste deviene ineficaz, los órganos jurisdiccionales recobrarán la competencia plena que tenían antes del convenio, incluso en el caso en que se hubiese estimado la demanda, (AAP Burgos de 29 de julio de 2002)<sup>358</sup>. Debemos tener claro que el efecto negativo se vincula íntimamente al convenio arbitral y no a la existencia del arbitraje, por lo que el juez debe respetarlo con independencia de que se haya iniciado el arbitraje, pero siempre que exista dicho acuerdo entre las partes.

El efecto negativo se convierte en uno de los efectos más importantes del convenio arbitral, y se asienta principalmente en que la existencia de dicho acuerdo impide que los jueces civiles puedan conocer una controversia sometida a arbitraje, siempre y cuando al menos una de las partes así lo decida. La existencia del convenio arbitral no puede calificarse como una causa de inadmisibilidad de la demanda por parte de los jueces o tribunales, sino que requiere la actuación de al menos una de las partes para que dicha demanda no prospere (a los árbitros les está vedado invocar de oficio la existencia del convenio arbitral); por lo que este efecto no opera *ipso iure* o de manera automática, sino que se requiere que actúe la parte interesada; esta actuación se lleva a cabo a través de la denominada declinatoria, por la que se alega la existencia de convenio arbitral, siendo imposible hacerlo de otro modo.

La Disposición Final 8ª de la LEC 1/2000 modificó el artículo 11 de la LA de 1988, al introducir la declinatoria como cauce para hacer valer la existencia del convenio arbitral en contraposición a la vía jurisdiccional<sup>359</sup>. En la nueva ley

---

<sup>358</sup> JUR 2002/233720. VERDERA SERVER, R., *Comentarios a la Ley de arbitraje...* (coord. BARONA VILAR, S.), cit, p. 454.

<sup>359</sup> En la LA de 1988 el efecto negativo sólo jugaba cuando el demandado lo hacía valer mediante una excepción dilatoria, excepción que fue suprimida con la LEC 1/2000. El cambio en el tratamiento procesal de la excepción del convenio arbitral, de excepción dilatoria a declinatoria persigue un refuerzo de la eficacia de la institución arbitral. Este refuerzo, creemos fructificará y redundará en un mejor funcionamiento de la institución arbitral. RUIZ JIMENEZ, J. A.,

arbitral la declinatoria se contempla, también, en este mismo artículo, pero además, en este sentido se pronuncia el artículo 63 LEC al señalar: *“Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros”*.

Tras la lectura de estos dos preceptos, deducimos claramente que la falta de jurisdicción de los tribunales, al corresponder un asunto a los árbitros, no puede controlarse de oficio sino que serán las partes las encargadas de ello. En esta línea se pronuncia el artículo 38 LEC quien permite al juez, de oficio, abstenerse de conocer si le falta competencia internacional o jurisdicción por razón de la materia, pero no si la controversia ha sido sometida a arbitraje. Aunque la ley hable de “parte”, la declinatoria es un instrumento en manos del demandado, pues entendemos que el demandante, por el mero hecho de presentar la demanda ante los órganos jurisdiccionales, ya está renunciando a acudir al arbitraje.

Sin embargo, compartimos junto a MARTÍNEZ GARCIA, que existe algún caso donde el juez, de oficio y a partir de hechos probados por las partes en sus alegaciones, debiera controlar su falta de Jurisdicción por existencia de convenio arbitral. Pudiera ser, afirma esta autora, que el órgano jurisdiccional se viera en la tesitura de poner de manifiesto la existencia de este convenio, pues de no hacerlo podría traer como consecuencia la existencia de dos resoluciones (arbitral y judicial) contradictorias<sup>360</sup>.

En definitiva, alegada por el demandado la existencia de convenio arbitral utilizando en tiempo y forma la declinatoria, presentando todos los documentos en que se funde el convenio arbitral, el juez no podrá conocer del asunto en cuestión<sup>361</sup>. La regulación de la ley arbitral al respecto, debe completarse con los preceptos de la LEC que regulan esta defensa procesal, concretamente, la

---

“El tratamiento de la excepción de convenio arbitral como declinatoria: de la excepción dilatoria a la declinatoria”, RVDPA, XIII, Mayo 2001, pp. 315 – 322.

<sup>360</sup> “Algunas reflexiones acerca del posible control de oficio de la existencia de convenio arbitral en la audiencia previa en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Revista de Derecho de la Universitat de Valencia, nº 1, noviembre, 2002, accesible en <http://centros.uv.es/web/centros/derecho/interno/elena.htm>, (fecha de consulta: 4/1/2006).

<sup>361</sup> O lo que viene a ser lo mismo, si los jueces comenzaran a conocer de la controversia sometida a arbitraje y la otra parte no alegara la existencia del convenio arbitral, se llegará a entender que ambas partes renuncian al arbitraje y pretenden someterse a la jurisdicción ordinaria.

declinatoria viene regulada en los artículos 63 y ss LEC. Se tendrá en cuenta: el tribunal ante el que debe proponerse (art. 63 .2 LEC), el momento procesal de su proposición (art. 64 LEC), su tramitación (art. 65 LEC), etc.

La declinatoria deberá presentarse dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda (juicio ordinario) o cinco primeros días (juicio verbal) posteriores a la citación para la vista (art. 64 .1 LEC). En caso de llevarse a cabo cualquier otra actividad procesal que no sea la de interponer la declinatoria, deberá entenderse como renuncia al convenio arbitral. En este sentido se pronuncia la SAP Vizcaya de 25 de septiembre de 2005, al señalar: *“si al contestar la demandada no se limita a proponer en forma la excepción o formula sólo la declinatoria, sino que contesta al fondo de la cuestión debatida, oponiendo a la prosperabilidad de las pretensiones ejercitadas en la demanda argumentos de fondo, es claro, tal y como entiende el actual legislador, que se ha dado una sumisión a la Jurisdicción ordinaria, con exclusión del arbitraje, ya se trate de un arbitraje voluntario o legal...”*<sup>362</sup>.

Pueden darse, principalmente, dos situaciones a la hora de presentar la declinatoria ante el Tribunal jurisdiccional correspondiente, éstas son<sup>363</sup>:

a) Se interponga la demanda existiendo convenio arbitral entre las partes pero no habiendo comenzado el procedimiento arbitral. En este supuesto, el demandado se pronunciará ante el Tribunal, alegando su falta de jurisdicción mediante la declinatoria y se sobreseerá el proceso. Si comparece y no propone declinatoria, se puede deducir que lo que pretende es una renuncia al arbitraje.

b) Existe un procedimiento arbitral pendiente. En este caso, nos preguntamos si el demandado deberá alegar litispendencia o interponer la declinatoria. Si bien considero que el arbitraje si puede producir litispendencia, como a continuación estudiaremos, considero que en este caso lo que se debe

---

<sup>362</sup> JUR 2003/98815. Por todo ello, dicha excepción es rechazada en numerosas ocasiones, tal y como demuestran, entre otras, las SAP Vizcaya de 14 de enero de 2003, (AC 2003/138); AAP Burgos de 29 de julio de 2002, (JUR 2002/233720); AAP Córdoba, de 13 mayo de 2002, (JUR 2002/188085), etc. Mientras que en otras circunstancias si resulta admisible la declinatoria, como a título de ejemplo ocurre en la SAP Almería de 30 de septiembre de 2002, (JUR 2002/273930) en donde el hecho de que en el acto del juicio el demandado hiciera alegaciones relativas al fondo, no le puede ser atribuida relevancia alguna abdicativa de lo propuesto en la declinatoria, ya que esa alegación sólo puede ser tomada como una cautelosa previsión defensiva y, por tanto, se admite el recurso interpuesto con admisión de la declinatoria.

<sup>363</sup> Seguimos la sistemática planteada por CUCARELLA GALIANA, L., en, *El procedimiento arbitral*, Publicaciones del Real colegio de España, Bolonia, 2004, p. 132.

interponer es la declinatoria, pues lo que se pretende es alegar la falta de jurisdicción del tribunal al corresponder ésta al árbitro.

El efecto más inmediato de la interposición de la declinatoria es la suspensión inmediata, hasta que ésta sea resuelta, del plazo para contestar o del cómputo para el día de la vista, y del curso del procedimiento principal. Sin embargo, carece de efecto suspensivo de las actuaciones arbitrales, pues la ley arbitral precisa que la pendencia de un proceso judicial en el que se haya propuesto la declinatoria no impide que el proceso arbitral se inicie o prosiga, pretendiendo con ello evitar la paralización o el retraso en la tramitación del proceso arbitral con el fin de impedir que se utilice la incoación de un proceso judicial para bloquear el arbitraje. Consecuentemente, no debemos esperar a que se resuelva la declinatoria para iniciar las actuaciones propias del arbitraje, mientras que si provocará que se suspenda el plazo para contestar la demanda, en el caso del juicio ordinario, o el cómputo para el día de la vista, en el caso del juicio verbal, tal y como proclama el artículo 64 de la LEC<sup>364</sup>.

Al escrito de declinatoria se acompañará el convenio arbitral, pues el artículo 65. 1 LEC exige que se acompañen los documentos o principios de prueba en que se funde, con tantas copias como partes litigantes haya<sup>365</sup>. El juez ante el que se presente la declinatoria ha de verificar si la materia sometida a arbitraje es arbitrable, pues de no serlo no se sustanciará la declinatoria, asimismo, deberá dar traslado a las demás partes quienes gozarán de un plazo de cinco días desde la notificación de la declinatoria para alegar y aportar lo que considere conveniente. El Tribunal, transcurrido dicho plazo, decidirá la cuestión dentro del quinto día siguiente (art. 65 .1 LEC).

Los efectos principales que conlleva la declinatoria son:

a) Si el Tribunal estima la alegación del demandado y entiende que no goza de jurisdicción ya que la cuestión litigiosa debe resolverse por medio de arbitraje, tras dictar auto absteniéndose de conocer la pretensión, sobreseyendo el proceso, quedará expedita la vía arbitral, concluirá el proceso ante los tribunales civiles y continuará el proceso ante el órgano arbitral

---

<sup>364</sup> Si bien el proceso principal se suspende, el artículo 64. 2 LEC permite, previa instancia de parte, que el tribunal practique cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba, así como las medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para el actor, salvo que el demandado prestase caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieran derivarse.

<sup>365</sup> SAP Madrid de 4 de abril de 2000, (AC 2000/1776).

correspondiente (art. 65 .2 LEC); contra dicho auto únicamente cabe recurso de apelación (art. 66 LEC).

b) Si por el contrario, el juez considera que debe desestimarse la sumisión de la controversia a arbitraje, una vez firme tal decisión del juez, el proceso jurisdiccional seguirá su curso, alzándose su suspensión y dándose por concluido el proceso ante los órganos arbitrales. Dicha resolución se plasmará en un auto contra el cual sólo cabe recurso de reposición.

### **III. SUJETOS: ÁRBITROS Y PARTES**

El arbitraje, como medio heterocompositivo de solución de controversias que es, consiste necesariamente en un *actus trium personarum*, en donde se requiere la presencia de al menos dos personas enfrentadas entre si y que ocupen posiciones jurídicas contrapuestas: las partes, y la de un tercero neutral y ajeno a la litis que proporcione la solución al conflicto, es decir, el árbitro.

#### **1) Árbitros**

En primer lugar remarcamos que el legislador utiliza el término “árbitro” y no tribunal arbitral como hacía la anterior ley de arbitraje, con el objetivo de evitar confusiones con los tribunales jurisdiccionales, tal y como explica la Exposición de Motivos de la LA.

La ley arbitral dedica dos títulos a los árbitros: el título III (arts. 12 – 21 LA) en donde bajo la rúbrica, “*De los árbitros*”, se contemplan numerosos aspectos, entre otros, el número de árbitros que debe intervenir en un arbitraje, la capacidad de éstos, el arbitraje institucional, el nombramiento de los árbitros, etc.<sup>366</sup> y, el título IV (arts. 22 – 23 LA) que regula la competencia de los árbitros. A todos estos extremos vamos a referirnos a continuación.

Una vez más, se plasma en la ley la libre autonomía de la voluntad de las partes a la hora de fijar las reglas procedimentales, en este caso, a la hora de designar a los árbitros, acordar el procedimiento de recusación de éstos, etc., amén de lo que pueda suceder cuando ante un arbitraje institucional nos

---

<sup>366</sup> Se trata de un título inspirado claramente en el capítulo III de la Ley Modelo de la UNCITRAL, reflejo de ello es el artículo 13 LA que es casi idéntico al artículo 11 de la Ley Modelo.

hallemos, en donde será el reglamento de dicha corporación, asociación o entidad encargada de la gestión del arbitraje quien regule tales decisiones.

### A) Estatuto

El número de árbitros que va a resolver la controversia objeto de arbitraje podrá ser fijado libremente por las partes, siempre y cuando no se opte por el arbitraje institucional, en cuyo caso se estará a lo que digan los estatutos de dicha institución, o se difiera a un tercero tal decisión (art. 4. a, LA).

En todo caso, el número deberá ser impar para evitar con ello los empates y las dificultades de lograr mayorías en las votaciones cuando los árbitros son más de uno, lo que resulta totalmente lógico y se corresponde con la composición de los órganos judiciales; en el supuesto en que las partes no alcancen un acuerdo, se designará únicamente un árbitro<sup>367</sup>. Lo contrario sucedía en la ley de arbitraje de 1988, en donde se optó por establecer que, a falta de acuerdo, se designarán tres árbitros en vez de uno; en la nueva ley, el criterio se ha modificado con el objetivo de agilizar y abaratar el procedimiento arbitral, pues tal y como señala la Exposición de Motivos de la ley, se trata de una *“opción guiada por razones de economía”*, sobre todo en aquellos supuestos en los que las controversias sometidas a arbitraje son de una cuantía poco relevante, como puede ser un pequeño litigio surgido a través de una compra venta realizada en la Red. Nada impide que si las partes acuden a un arbitraje institucional, éste prevea otra norma al respecto<sup>368</sup>.

---

<sup>367</sup> Existen argumentos a favor y en contra de que sea tan solo un árbitro el que decida el laudo. Los argumentos a favor se centran en: una mayor economía de medios y mayor rapidez en la sustentación del procedimiento arbitral, mientras que por el contrario, se entiende que la existencia de varios árbitros conlleva, por ejemplo, una responsabilidad compartida y mayores posibilidades de acierto en el enjuiciamiento, sobre todo para arbitrajes que contemplan cuestiones complejas. En los arbitrajes internacionales, y por ello el contenido del artículo 10 Ley Modelo UNCITRAL, la colegialidad del árbitro está más consolidada por diversos factores, tales como: el deseo de los implicados en la participación de árbitros de parte, de constituir un tribunal neutral con respecto a la nacionalidad de las partes, necesidad de nombrar árbitros especializados en diferentes materias, etc. GIBBERT POMATA, M., “Título II. de los árbitros” en, *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, (coord. HINOJOSA SEGOVIA), cit, p. 80. Debemos tener en cuenta, que cuando ante un arbitraje sectorial nos encontremos, por ejemplo, ante un arbitraje de consumo, la regla general, a la inversa de lo que sucede con el resto de arbitrajes, es que el número de árbitros sea tres, al resultar necesario que dos sectores implicados se encuentren representados, lo que exige la existencia de un órgano colegiado.

<sup>368</sup> Numerosos reglamentos de tribunales o cortes arbitrales prevén que la propia institución determine el número de árbitros ante la ausencia de acuerdo de la partes; entre ellos, destacamos el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Valencia, aprobado por acuerdo del 29 de marzo de 2004 del Pleno de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de

Sin embargo, la ley arbitral no fija un número máximo de árbitros aunque, generalmente, éste número no suele ser elevado dado que los honorarios de los árbitros son las partes quienes los sufragan y podría encarecerse enormemente el proceso.

La determinación del número de árbitros forma parte del contenido típico del convenio arbitral, a pesar de que la ley no exija que conste necesariamente en él (art. 9 LA); las partes también podrán determinarlo en un momento posterior, a través de acuerdos complementarios (SAP León de 14 de junio de 1993<sup>369</sup>). Si por error las partes designasen un número par, tal designación no será válida, se tendrá como no puesta y se exigirá una nueva designación, o a falta de acuerdo, el árbitro será uno (AAP Cantabria de 9 de septiembre de 1993<sup>370</sup>). Si, aunque se trate de un hipotético caso bastante improbable, el arbitraje se desarrollase con un número par de árbitros, todo él sería nulo y podría interponerse posteriormente la acción de anulación del laudo (art. 41.1. d, LA).

Una vez aclarado el número de árbitros que pueden actuar en el proceso arbitral, debemos determinar quiénes pueden serlo, es decir, quiénes ostentan la capacidad suficiente para ser árbitros. La respuesta la hallamos en el artículo 13 LA, que proclama que sólo pueden ser árbitros las personas físicas, nunca las jurídicas<sup>371</sup>, que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, es decir, que tengan plena capacidad jurídica de obrar, lo que conlleva una remisión a las normas del Código Civil<sup>372</sup>. Sin embargo, establece expresamente la ley una excepción al respecto: siempre que la legislación a la que están sometidos en el ejercicio de su profesión no lo impida (art. 13 LA)<sup>373</sup>.

---

Valencia, cuyo artículo 15 dispone: *“de no estar previsto en el convenio arbitral, la Junta de Gobierno designará el árbitro o árbitros, en número de uno o tres, con entera libertad de criterio, atendiendo preferentemente a la naturaleza de la cuestión planteada y al lugar de celebración del arbitraje, sin más limitaciones que las que imponga la Ley”*.

<sup>369</sup> AC 1993/1258.

<sup>370</sup> AC 1993/1601.

<sup>371</sup> Cuestión distinta es la condición de persona jurídica que ostenta la institución arbitral que administra el arbitraje, en donde sus árbitros sí serán personas físicas.

<sup>372</sup> En este sentido, la Exposición de Motivos de la ley señala: *“En cuanto a la capacidad para ser árbitro, se opta por el criterio de la mayor libertad de las partes, como es hoy la regla general en los países más avanzados en materia de arbitraje: nada impone la Ley, salvo que se trate de personas naturales con capacidad de obrar plena”*.

<sup>373</sup> Enunciación general que sustituye al artículo 12.2 de la LA de 1988, en donde se señalaba: *“tampoco podrán actuar como árbitros los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo, ni quienes ejerzan funciones públicas ni retribuidas ni por arancel”*. Ahora la nueva LA se limita a decir: *“siempre que no se lo impida la legislación a la que pueden estar sometidos en el ejercicio de su profesión”*, como, por ejemplo, ocurre en el caso de los fiscales, a los cuales su



Nos preguntamos en que momento debe exigirse la concurrencia de estos requisitos. La nueva ley arbitral, a diferencia de la ley de 1988, no se pronuncia al respecto, pero –consideramos- que tal condición deberá ostentarla en todo momento, desde que se propone su nombramiento hasta que dicta el laudo definitivo<sup>374</sup>.

El mismo artículo 13 LA, al igual que el artículo 11.1 de la Ley Modelo, declara que la nacionalidad de una persona no deberá resultar un obstáculo a la hora de designar a un árbitro, aunque, una vez más, añade: “*salvo acuerdo en contrario de las partes*”, lo que significa que las partes si podrán acordar una determinada nacionalidad del árbitro/s que va a dirimir su controversia, sin que por ello, el arbitraje y el laudo dejen de ser españoles. Además, será posible que exista un colegio arbitral integrado por árbitros de distinta nacionalidad<sup>375</sup>.

Como hemos mencionado *supra*, la exigencia general para todo árbitro debe ser la de estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles, mientras que proclama la ley de arbitraje un requisito adicional para el arbitraje de Derecho: “*ser abogado en ejercicio*<sup>376</sup>”, salvo acuerdo expreso en contrario, pudiendo, por tanto, esta condición ser obviada por las partes (art. 15.1 LA)<sup>377</sup>. Excepción esta última que se convierte en una novedad sumamente importante introducida en la nueva ley arbitral, por la que se permite la entrada a determinados profesionales del Derecho que, hasta el momento, no les era permitido ser árbitros y que, evidentemente, pueden resultar sumamente

---

Estatuto (art. 57 EOMF), impone que el ejercicio de los cargos fiscales es incompatible con el de cualquier jurisdicción, así como la participación en actividades u órganos de arbitraje.

<sup>374</sup> La ley arbitral de 1988 exigía que los árbitros se hallaran en pleno ejercicio de sus derechos civiles “desde su aceptación”, lo que provocó numerosos interrogantes.

<sup>375</sup> El único problema que podría surgir, es el referente a la ley aplicable para determinar la capacidad del árbitro, pero, como opina MONTERO AROCA, nada impide acudir al artículo 9.1 CC, con la consiguiente remisión a la ley personal del árbitro determinada por su nacionalidad. *Comentario breve a la ley de arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990, p. 76. El artículo 15. 6 LA manifiesta al respecto: “*En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes*”.

<sup>376</sup> Dicha condición la ostentan, “*quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados*”, tal y como dispone el artículo 9.1 RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía.

<sup>377</sup> Considero que dicha exigencia debería haberse contemplado en el artículo 13 LA relativo a la capacidad de los árbitros, y no en este artículo 15 LA referente a su nombramiento. Se trata de una exigencia que se proclama, lógicamente, solo del arbitraje de Derecho, mientras que para los arbitrajes de equidad no se requiere ninguna exigencia adicional, es decir, no se requiere que los árbitros sean profesionales o expertos en la materia objeto de arbitraje, pues resulta evidente que deberán ostentar tal condición.

eficaces y cualificados para ejercer dicha función, tanto o más que cualquier abogado en ejercicio. La exigencia de que los árbitros sean abogados en ejercicio – consideramos- carece actualmente de justificación<sup>378</sup>. Existen, por ejemplo, jueces y magistrados que ya no están en activo, catedráticos de Derecho, etc., en definitiva, personas con una sólida formación en el mundo del Derecho y sumamente dotados de conocimientos y experiencia para arbitrar conflictos que hasta la llegada de la nueva ley arbitral, por carecer de la condición de abogados en ejercicio, no podían hacerlo<sup>379</sup>.

Nada impide la ley que las partes, en ejercicio de su libre autonomía, acuerden que sea árbitro, quien además de ser experto en Derecho (en el caso de un arbitraje de Derecho), lo sea en una materia concreta y especializada<sup>380</sup>. Opinamos que sería interesante estudiar la posibilidad de analizar la conveniencia o no de exigir algún tipo de regulación para homologar niveles de cualificación de los árbitros, especialmente en el arbitraje *on line*, en el que la gran parte de los conflictos que a él se someten llevan aparejados dificultosos componentes tecnológicos que no pueden ser resueltos por cualquiera. Sin embargo, en la nueva ley arbitral nada se impone, salvo que se trate de

---

<sup>378</sup> En idéntico sentido, STAMPA CASAS, G., "Motivos y propuestas para la reforma de la Ley de arbitraje", Diario La Ley, nº 5785, de 21 de mayo de 2003, p. 171

<sup>379</sup> En esta misma línea se pronuncia, aunque con respecto de la ley de 1988, RUIZ GIMENEZ, J. A., quien señala expresamente: «*La condición de ser abogado en ejercicio no es de ningún modo, garantía de un "manejo" adecuado del derecho aplicable al asunto, ni mucho menos de una correcta motivación del laudo. Además, aplicando este criterio, se dejan de lado a personas igualmente o más válidas para llevar a cabo un arbitraje de Derecho que un abogado en ejercicio. Es este el caso, por ejemplo, de Profesores y Catedráticos de Derecho, de abogados no ejercientes o, simplemente, de licenciados en Derecho que, de un modo u otro, puedan estar igualmente familiarizados con el "manejo" de las leyes y su aplicación... Por tanto, en principio, el criterio de tener preceptivamente que ser abogado en ejercicio para poder ser árbitro de Derecho no satisface la finalidad perseguida y, cuando menos, debería de producirse cierta relajación, de algún modo, en este requisito constitutivo de la capacidad para ser árbitro de Derecho en orden a una mayor integración del arbitraje de Derecho en determinados colectivos ajenos al exclusivo ámbito de la abogacía ejerciente, pero no por ello menos preparados o cualificados para llevar a cabo un arbitraje de Derecho o para desempeñar las funciones arbitrales propias de aquél*». "El árbitro "escabino": hipótesis de la preceptiva especialización del árbitro como requisito esencial constitutivo de la capacidad para ser o actuar como árbitro en el ámbito de la Ley 36/1998 de arbitraje", RVDPA, 2001-1, pp. 329-341. Vid, FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., "Notas en torno al artículo 12 de la ley de arbitraje", Actualidad civil, 1997- 4, pp. 969-1003.

<sup>380</sup> Por ejemplo, en el caso de hallarnos ante una arbitraje que resuelve un conflicto sobre comercio electrónico, resultará mucho más adecuado que las partes acudan a un especialista en la materia, como puede ser un catedrático de Derecho mercantil especializado en Derecho y nuevas tecnologías que a un abogado que ostente la condición de abogado en ejercicio, que por el mero de hecho de haber finalizado la carrera y haberse colegiado no supone que sea capaz de arbitrar la controversia.

personas naturales con capacidad de obrar plena. La ley tampoco exige al futuro árbitro conocimientos específicos en materia de arbitraje<sup>381</sup>.

Al arbitraje *on line* se someten conflictos, en la gran mayoría de ocasiones, relacionados con las nuevas tecnologías o con el comercio electrónico. Unos mínimos conocimientos al respecto, consideramos, deben poseer los árbitros y además, éstos deberán estar familiarizados con el uso de las nuevas tecnologías, tales como Internet, la videoconferencia, etc., pues son los árbitros quienes, al fin y al cabo, dirigirán el proceso (aunque sea bajo las órdenes de los acuerdos de las partes). Pensamos, por tanto, que deberán de este modo, no tanto superar un examen como acreditar su estudio y práctica o experiencia en estos campos para poder estar cualificados en aras a solucionar cualquier cuestión que las partes soliciten así como tener la misma o semejante capacidad de comunicarse *on line* como la que tienen en el mundo no virtual.

## **B) Nombramiento y aceptación del árbitro**

El nombramiento del árbitro se regula en el artículo 15 LA donde, ante todo, se prima la libertad de las partes para determinar el procedimiento de designación de los árbitros, siempre y cuando no se vulnere el principio fundamental de igualdad de las partes en el proceso<sup>382</sup>.

Son diversas las posibilidades de nombramiento de los árbitros, pues éstos podrán ser designados: a) Por las partes de mutuo acuerdo cuando ante un arbitraje *ad hoc* nos encontramos, b) Por un tercero, distinto de las instituciones mencionadas en el apartado siguiente, elegido por las partes para la elección de los árbitros, (art. 4 LA), c) Por corporaciones de Derecho público o asociaciones sin ánimo de lucro, cuando nos hallemos ante un arbitraje institucional, d) Por el juez de primera instancia del lugar del arbitraje (art. 8.1 LA).

Cuando las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros que van a dirimir su controversia (englobamos en este supuesto, las

---

<sup>381</sup> Sin embargo, la ley arbitral no requiere una experiencia temporal mínima en lo que al ejercicio de la abogacía se refiere, como hacía la ley arbitral de 1988 en su artículo 41. 2 que exigía "*más de cinco años de ejercicio profesional*".

<sup>382</sup> En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley señala: "*Serán las partes directamente o las instituciones arbitrales las que con total libertad y sin restricciones —no adecuadas a la realidad del arbitraje— designen a los árbitros*".

tres primeras opciones mencionadas *supra*), la ley arbitral otorga unas reglas subsidiarias previstas en el artículo 15. 2 LA que requieren la intervención judicial con el fin de evitar la paralización del arbitraje y que éste no se vea frustrado. En estos supuestos, la designación judicial de los árbitros dependerá del número de árbitros a los que las partes han decidido acudir, y con base en ello, la misma ley diferencia tres situaciones:

(I) - En el caso en el que las partes hayan decidido acudir a un solo árbitro o bien las partes no se hayan pronunciado al respecto, en virtud del artículo 12 LA, se acudirá a un solo árbitro que será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

(II) - En el arbitraje con tres árbitros se resolverá de la siguiente manera: cada una de las partes, que podrá estar formada por una pluralidad de personas, nombrará a un árbitro en un plazo de treinta días desde la recepción del requerimiento de la contraparte para que proceda a realizarlo, y el tercero será designado por éstos dos árbitros elegidos por las partes también en el plazo de treinta días siguientes al día que acepte el último árbitro designado por una de las partes; éste tercero actuará como presidente del colegio arbitral.

Observamos como en este supuesto, si todo se desarrolla correctamente no se requiere la presencia judicial, sin embargo, si alguna de las partes, las dos, o los árbitros que deben nombrar al tercero no lo deciden en el plazo previsto legalmente, cualquiera de las partes podrá requerir la intervención judicial para dicho nombramiento.

En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

(III) - Finalmente, cuando se haya solicitado la existencia de más de tres árbitros, todos ellos serán nombrados como en el primer supuesto, es decir, por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

El nombramiento judicial de los árbitros requiere, en todo momento, la petición de parte, que deberá dirigirse al juez competente, que es, tal y como predica el artículo 8.1 LA, el juzgado de primera instancia del lugar del arbitraje

y en caso en el que éste no esté aún determinado, será el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, será el del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, el de su elección.

Dicho nombramiento se sustanciará por los trámites de un juicio verbal (arts. 437 y ss LEC)<sup>383</sup>. Presentada la solicitud, acompañando el convenio y demás acuerdos complementarios, el juez solamente puede pronunciarse sobre aquello que le ha sido sometido a su consideración, sin poder entrar a valorar otros aspectos como podría ser la arbitrabilidad de la controversia, la capacidad de las partes, etc. El único control de oficio que podrá llevar a cabo el juez competente será cuando de los documentos aportados no resulte la existencia de un convenio arbitral, y en este supuesto si se podrá recurrir en apelación, a diferencia de lo que ocurre con el resto de resoluciones definitivas del juez que decidan sobre el nombramiento de los árbitros, contra las que no cabrá recurso alguno.

El juez resolverá teniendo en cuenta, de nuevo, el número de árbitros, de tal forma que si el número de árbitros es tres o superior, el juez deberá confeccionar una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado, al confeccionar dicha lista deberá tener en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad; mientras que si se trata de un solo árbitro deberá tener también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. En ambos casos se procederá al nombramiento mediante sorteo (art. 15. 6 LA).

En lo que a la figura del presidente del colegio arbitral se refiere, su designación dependerá de si nos encontramos ante un arbitraje institucional o no<sup>384</sup>. En el primer supuesto, estaremos a lo dispuesto en el reglamento de la institución correspondiente, mientras que si nos encontramos ante un arbitraje

---

<sup>383</sup> Su no tramitación por la vía del juicio verbal debe dar lugar a la nulidad de las actuaciones, tal y como señala el AAP Gerona de 8 de marzo de 2000, (AC 2000/592).

<sup>384</sup> Recordemos que cuando haya más de un árbitro, toda decisión que deba adoptarse, se hará por mayoría de árbitros, salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa. Si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente. Además, salvo acuerdo de las partes o de los árbitros en contrario, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento (art. 35 LA).

*ad hoc*, distinguimos dos supuestos: a) si se trata de un arbitraje con tres árbitros, serán los dos árbitros designados por las partes quienes lo nombren, mientras que, b) en el arbitraje con más de tres árbitros, todos los árbitros serán nombrados por el tribunal competente, sin que contenga la ley referencia alguna a la figura del presidente; en este caso, lo más usual en la práctica será que el tribunal designe al presidente de entre los árbitros nombrados. Sin embargo, no prevé la ley el nombramiento de un secretario (aunque tampoco lo prohíbe), a diferencia de su predecesora que si contemplaba esta figura (art. 20 LA 1988); ante tal omisión, solo cabe comprender que serán bien las partes de común acuerdo o los propios árbitros quienes decidan si se requiere su intervención o no, cuyas funciones serán únicamente administrativas.

El nombramiento del árbitro debe llevar aparejada la aceptación por su parte del cargo, que deberá ser notificada a la persona, institución u órgano judicial que los haya designado, siempre y cuando las partes no hayan convenido otro plazo, dentro de los quince días siguientes a la comunicación del nombramiento, comunicación que, a pesar de que nada diga la ley, debe contener, como mínimo, además del nombramiento del árbitro, el plazo para contestar, así como una somera descripción o referencia del objeto de la controversia, con el objetivo de que éste pueda aceptar su encargo (art. 16 LA)<sup>385</sup>.

Ambas comunicaciones, es decir, la notificación de su designación por las partes al árbitro y la de la aceptación del cargo por parte del árbitro a la persona que lo designó, se realizarán en el arbitraje *on line*, en la gran mayoría de ocasiones, a través de correo electrónico, pues no olvidemos que en el arbitraje se permite cualquier medio de comunicación siempre y cuando se deje

---

<sup>385</sup> Se ha suprimido la referencia que contenía la ley de arbitraje de 1988 que requería que su aceptación se formulara por escrito.

Evidentemente, una vez las personas que procedieron a la designación y posterior comunicación al árbitro han sido notificadas de la aceptación del árbitro deberán comunicárselo inmediatamente a las partes, siempre y cuando claro está, no fueron ellas las que procedieron a su nombramiento. En este momento debemos puntualizar, como ha hecho MONTERO AROCA, J., que en el supuesto en el que procedió a la designación de los árbitros un tercero nombrado por las partes, en virtud del artículo 4 LA, éste no tendrá la obligación de comunicar su nombramiento a los árbitros, en la medida en que el tercero ha cumplido el encargo poniendo en conocimiento de las partes la designación que ha realizado, debiendo las partes, por tanto, encargarse de tal misión. *Comentario breve a la ley de arbitraje....*, cit., p. 90.

constancia de la misma (art. 5 LA). En lo que al régimen de notificaciones se refiere, nos remitimos a lo dicho en el apartado dedicado al respecto<sup>386</sup>.

Para evitar demoras en el procedimiento arbitral, lo deseable será que presente tal aceptación tan pronto como adopte su decisión, sin necesidad de agotar el plazo previsto legalmente<sup>387</sup>. En todo caso, si el árbitro contesta rechazando tal proposición o, en el plazo previsto no comunica su aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento (art. 16 LA), e implica la necesidad de proceder a una nueva designación. La aceptación extemporánea del árbitro puede convertirse en un motivo de anulación del laudo (art. 41 .1 d, LA), sin embargo, si la designación la realizaron las partes, nada impide a que éstas, de común acuerdo, den por válida la aceptación del árbitro realizada fuera de plazo, (SAP Madrid de 24 de septiembre de 2002<sup>388</sup>).

Debemos tener claro que el árbitro no tiene obligación alguna de aceptar la designación como árbitro ni tampoco de justificar su rechazo, pues la función de árbitro no constituye una carga, sino un mero encargo de libre aceptación<sup>389</sup>. Si el árbitro acepta, comenzará su actuación en el proceso debiéndose comprometer a ejercer su misión y cumplir fielmente su encargo, siendo responsable a partir de entonces de las actividades que lleve a cabo, que deberá finalizar con el laudo correspondiente.

Cuando el arbitraje se lleve a cabo *on line*, las partes podrán designar a los árbitros también en línea.

En el caso de encontrarnos ante un arbitraje institucional, por ejemplo, podrá la institución arbitral publicar en su página web la lista de árbitros que podrán ser designados por las partes, incluso con una somera descripción de su *currículum vite*, experiencia en otros arbitrajes, etc. Con base en ella, las partes elegirán al arbitro /s que consideren más adecuado al caso concreto.

Siempre y cuando se pongan de acuerdo las partes, como hemos dicho *supra*, podrán comunicarse entre ellas a través de correo electrónico o cualquier otro medio que deje constancia al respecto para elegir el árbitro/s correspondiente, así como comunicar al árbitro su designación por estos

---

<sup>386</sup> Cfr. pp. 238 y ss.

<sup>387</sup> El momento de esta comunicación a las partes no implica ya, como regla general, a diferencia de lo que disponía la ley arbitral de 1988, el inicio del arbitraje.

<sup>388</sup> JUR 2003/22969.

<sup>389</sup> MANTILLA SERRANO, F., *Ley de arbitraje...*, cit., p. 113. Distinta es la situación de la institución arbitral, a ella nos referiremos con posterioridad.

mismos medios y éste su aceptación. Por lo demás, en nada difiere lo dicho en las líneas anteriores cuando ante un arbitraje *on line* nos hallemos, pues las mismas reglas serán aplicables sin afectar el hecho de que el arbitraje se tramite por medios electrónicos.

### **C) Recusación y cesión del cargo**

En el arbitraje, y más si se pretende el recurso a esta institución como sistema alternativo de solución de conflictos, resulta imprescindible que se garantice que la figura del árbitro sea imparcial e independiente tanto de las partes como respecto del objeto de la controversia, como ocurre con los jueces y tribunales judiciales.

En esta línea, el artículo 17 LA regula los motivos de abstención y recusación de los árbitros. Exigencia que existía con la antigua ley y que con la nueva ha desaparecido, es que los árbitros podían ser recusados por las mismas causas que los jueces, supresión que se ha realizado por considerar, tal y como proclama la Exposición de Motivos LA, que no siempre son adecuadas dichas causas ni cubren todos los supuestos, por lo que se prefiere la cláusula general, *“Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial”*. Ejemplo de ello, se muestra en la posibilidad de nombrar árbitro a una persona que sea pariente de alguna de las partes, mientras que éste es uno de los motivos de abstención de los jueces y magistrados previstos en el artículo 219 LOPJ<sup>390</sup>.

La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El principal problema que puede llegar a plantear el artículo 17 LA se encuentra en que se entiende por “dudas justificadas”. Como señala MONTERO AROCA, esta palabra debe concebirse en el sentido de duda objetiva que responde a hechos probados y, aunque resulta obvio que ya no son aplicables directamente las causas de recusación del artículo 219 LOPJ, no debe desconocerse que las mismas pueden ser

---

<sup>390</sup> En la SAP Sevilla de 29 de marzo de 2001 (JUR 2001/233535), se desestimó el recurso de anulación de un laudo arbitral de equidad dictado en el marco de una liquidación de sociedad de gananciales, por un árbitro, hermano de una de las partes, pero que fue nombrado de común acuerdo entre ellas.



utilizadas como criterios válidos de lo que se entiende por “duda objetiva” objeto de recusación o abstención<sup>391</sup>.

Llama la atención que el legislador haga referencia a la independencia y a la imparcialidad, cuando únicamente se puede predicar de los árbitros la nota de imparcialidad, pero no de independencia, en tanto el árbitro es nombrado para un proceso en concreto en donde lo único que puede entrar en duda es su imparcialidad pues además, carece de estatuto propio<sup>392</sup>. Las causas de imparcialidad suelen ser las relativas a relaciones de parentesco, de negocio, de amistad, etc.

En síntesis, y siguiendo al mismo autor, son dos principalmente los deberes que ostenta el árbitro al respecto: a) Revelar todas aquellas circunstancias que puedan provocar dudas justificadas sobre su imparcialidad, tanto en el momento inicial del nombramiento como en momentos posteriores por circunstancias sobrevenidas y, b) No debe mantener con ninguna de las partes relación personal, profesional, comercial, etc.; este último supuesto se refiere a después del nombramiento del árbitro, pues antes de éste las partes pudieron perfectamente haberle nombrado, a pesar de tales parentescos o relaciones<sup>393</sup>. Además, en cualquier momento se les permite a las partes que

---

<sup>391</sup> *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit., p. 680. Define este autor la abstención, como un acto realizado por un juez o magistrado por medio del cual, de oficio, pone de manifiesto la concurrencia en su persona de una de las causas de recusación y se aparta del conocimiento del asunto antes de que se le recuse. Al respecto, considera que aunque la ley arbitral hable de abstención y recusación, el árbitro es una persona que ostenta la confianza de las partes y es esa confianza la razón por la que le han nombrado; si esto es así, la abstención carece de sentido.

<sup>392</sup> Vid. respecto de la imparcialidad e independencia de los árbitros, MONTERO AROCA, M., *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit. pp. 659- 683. Este autor entiende que la independencia se ha referido tradicionalmente a los jueces, y considera que la comprensión de lo que es para ellos, constituye el paso previo para entender que puede ser la independencia de los árbitros; en esta línea, manifiesta que la independencia comporta, positivamente sumisión solo a la ley y, negativamente no sumisión a nada y a nadie más. Expone a continuación, que si bien la independencia es absoluta (no se refiere a un proceso determinado), la imparcialidad es relativa y necesariamente tiene que atender a un concreto proceso. En este sentido, la independencia no puede predicarse de los árbitros, pues esta nota atiende a un aspecto externo (frente a elementos externos al mismo, especialmente otros poderes del Estado, pero también fuerzas sociales) y a otro interno (frente a órganos del propio Poder Judicial), por lo que si los árbitros se nombran para conocer de un arbitraje determinado, lo que puede entrar en duda es su imparcialidad, con referencia a su relación con alguna de las partes o a su interés en el objeto del arbitraje, pero difícilmente podrá cuestionarse su independencia, pues carecen de estatuto propio que regule los requisitos que deben concurrir en la profesión de árbitro (no existe tal profesión). Debemos pues, partir de que la norma se refiere a la imparcialidad, y de que lo que está diciendo realmente es que el árbitro debe ser imparcial, estableciendo seguidamente las garantías de tal imparcialidad.

<sup>393</sup> Vid. SAP Baleares de 4 de febrero de 1997, (AC 1997/318).

soliciten a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.

Las partes podrán, por tanto, recusar al árbitro cuando consideren que concurren en él circunstancias que dan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o bien, si el árbitro no posee las cualificaciones convenidas por las partes, tanto por causas anteriores como sobrevenidas a la aceptación del cargo, excepto la parte que designó al árbitro que únicamente podrá recusarlo en el supuesto de causa sobrevenida<sup>394</sup>.

El procedimiento de recusación viene regulado en el artículo 18 LA y puede ser pactado libremente por las partes sustanciándose ante los mismos árbitros, a falta de acuerdo, la ley establece dicho procedimiento<sup>395</sup>. El escrito de recusación deberá exponer los motivos objeto de recusación dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad<sup>396</sup>. Su presentación suspende la tramitación del curso del procedimiento<sup>397</sup>.

Del escrito se dará traslado a la parte contraria para que se pronuncie sobre la aceptación de la recusación. Si la acepta, el árbitro deberá apartarse de sus funciones, procediéndose a su sustitución, en virtud de las reglas previstas en el artículo 20 LA, mientras que si la rechaza, el árbitro debe pronunciarse al respecto, estimando o no la recusación. En el supuesto en el que dicha recusación no prosperase, podrá la parte recusante con posterioridad hacer valer el motivo de la recusación en el momento de formular la acción de anulación del laudo que éste dicte.

---

<sup>394</sup> Es por ello que en la SAP Navarra de 24 de mayo de 2004 (JUR 2004/198818), se inadmite la nulidad del laudo pues el impugnante conocía al letrado designado como árbitro y por tanto, pudo recusarle antes de haberlo nombrado, pero lejos de hacer esto fue nombrado libre y voluntariamente por todas las partes, entre las que se incluye el impugnante, quien ya tenía conocimiento de las causas que ahora alega, y por tanto, no puede hacerlo ahora. En sentido similar se pronuncia la SAP Santa Cruz de Tenerife de 26 de marzo de 2004, (JUR 2004/135776) que inadmite el recurso de nulidad manifestando que los árbitros sólo pueden ser recusados por causas que hayan sobrevenido después de su designación y por causas anteriores cuando no hubieran sido nombrados directamente por las partes o cuando aquéllas fueren conocidas con posterioridad.

<sup>395</sup> Respecto del arbitraje institucional, habrá que estar a lo dispuesto en el reglamento de la institución correspondiente.

<sup>396</sup> Será sumamente aconsejable que la parte que pretenda hacer valer la recusación, lo realice por algún medio del que quede constancia documental, (en el arbitraje *on line*, lo hará por medios electrónicos), con el fin de que si tal recusación no es estimada, se pueda hacer valer de nuevo al impugnar el laudo en anulación.

<sup>397</sup> MONTERO AROCA, J., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 689.

Además de estas causas de recusación, existen dos supuestos contemplados en el artículo 19 LA, por los cuales el árbitro deberá cesar en su cargo antes del cumplimiento de su función, éstos son: a) Cuando para ejercer sus funciones se vea impedido de hecho (fallecimiento, enfermedad, etc., en definitiva, cualquier impedimento físico que le pudiera perturbar<sup>398</sup>) o de derecho (cuando el árbitro incurre sobrevenidamente en unas condiciones de incompatibilidad de sus funciones, que provocan dudas sobre su independencia o, incluso que le inhabilitan del cargo) y, b) Cuando por cualquier otro motivo no ejerza su cargo o funciones dentro de un plazo razonable, tanto si éste renuncia como si las partes acuerdan su remoción.

En caso de desacuerdo de las partes sobre dicha remoción y si previamente éstas no han acordado como resolverlo, se aplicarán las reglas del artículo 19.1 LA, por lo que la pretensión de remoción se sustanciará por los trámites del juicio verbal ante la jurisdicción ordinaria (arts. 437 y ss LEC) y se podrá acumular la solicitud de nombramiento del árbitro sustituto para el caso de que se estime la de remoción. Contra las resoluciones definitivas que se dicten no cabrá recurso alguno.

Nada dice la ley arbitral sobre la competencia para conocer la remoción pero, consideramos, que debemos aplicar el artículo 8.1 LA relativo al nombramiento judicial de los árbitros, por lo que será competente el juzgado de primera instancia del lugar del arbitraje, de no estar éste aún determinado, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, el del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, el de su elección.

La solución legal es diferente cuando ante una pluralidad de árbitros nos encontramos y uno de ellos es removido, pues en este supuesto, al no haber acuerdo entre las partes, serán los demás árbitros quienes decidirán la cuestión. Si no pudieren alcanzar una decisión, se aplicará el sistema de remoción judicial del artículo 19.1 LA.

---

<sup>398</sup> Como señala, MARTÍNEZ GARCIA, E., debemos entender aquí incluidas las amenazas y otros casos que supongan un impedimento para continuar en el cargo por causa mayor e inimputable a él mismo. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. BARONA VILAR, S.), cit., p. 697.

Finalmente, tal y como dispone el artículo 20 LA, en el supuesto en que un árbitro fue nombrado y aceptó su cargo pero posteriormente dejó de intervenir en el proceso, deberá ser sustituido. Son diversas las causas por las que se puede llegar a la situación de tener que nombrar a un árbitro sustituto, pues si bien el artículo 20 LA únicamente señala: *“cualquiera que sea la causa por la que se haya de designar a un nuevo árbitro”*, éstas son las que se regulan en los artículos 17, 18 y 19 LA, es decir, abstención, recusación, remoción y renuncia de los árbitros. Dicha sustitución se realizará por el mismo procedimiento de designación de los árbitros contemplado en el artículo 15 LA, al que nos remitimos.

Una vez nombrado el sustituto y aceptado por éste su encargo, el resto de árbitros deberán discutir, previa audiencia de las partes, si ha lugar a repetir o no las actuaciones ya practicadas (art. 20.2 LA).

Si se trata de un tribunal arbitral colegiado, el resto de árbitros decidirá, siempre otorgando a las partes la posibilidad de que se pronuncien previamente, si deben repetirse o no las actuaciones. Claro está que si se trata de un único árbitro, éstas deberán repetirse en aras a proteger la salvaguarda del principio de inmediación. Consideramos, en todo caso, que aún hallándonos en el supuesto de encontrarnos ante un tribunal colegiado, las pruebas ya practicadas deberán repetirse si se optó por la oralidad, pues el nuevo árbitro sustituto que ahora debe adoptar una decisión, lo hará directamente sobre lo que ha visto y percibido; en caso contrario, la parte que se viera perjudicada podrá interponer un recurso de anulación. Sin embargo, si el proceso arbitral ha sido escrito, el árbitro sustituto si podrá decidir sobre lo documentado sin necesidad de repetición de las actuaciones.

Podrá interponerse la anulación del laudo cuando en la designación del árbitro sustituto no se respetaron los principios fundamentales de igualdad y contradicción (art. 41.1. d LA), o no se ajustó al procedimiento pactado por las partes (art. 41.1. f LA).

## D) Responsabilidad de los árbitros

La ley de arbitraje obliga a los árbitros, y en su caso a la institución arbitral correspondiente, a cumplir fielmente su encargo responsabilizándoles de sus actuaciones; en este sentido se pronuncia el artículo 21 LA en donde se señalan los diferentes supuestos de responsabilidad en que pueden incurrir; éstos son tres<sup>399</sup>:

### a) Responsabilidad de los árbitros

La responsabilidad de los árbitros declarada judicialmente por las actividades desempeñadas en el ejercicio de sus funciones, lógicamente, solo será posible una vez ha procedido a aceptar su cargo<sup>400</sup>. Los árbitros pueden incurrir en tres tipos de responsabilidad, que se corresponden con la responsabilidad de los jueces y magistrados en sus vertientes civil, penal y disciplinaria:

1. Civil: Los árbitros serán responsables civilmente cuando en el ejercicio de la función arbitral no cumplan fielmente su cargo y provoquen daños y/o perjuicios con mala fe, temeridad o dolo; se excluye la responsabilidad por mera negligencia o culpa<sup>401</sup>. Es la única de las responsabilidades del árbitro que aparece regulada en la LA, aunque no en su totalidad, sino únicamente en lo que respecta a la responsabilidad civil derivada del no cumplimiento de sus funciones, dejando de lado otras responsabilidades, como puede ser la responsabilidad civil que deriva del delito<sup>402</sup>.

2. Penal: Los árbitros pueden incurrir en responsabilidad penal por las acciones u omisiones llevadas a cabo en el ejercicio de su cargo y que se

---

<sup>399</sup> Se contiene en la ley otro precepto relativo a la responsabilidad de los árbitros, es el artículo 37 LA que proclama que una vez expirado el plazo sin que haya dictado laudo el árbitro, determinará la terminación de las actuaciones y el cese de los árbitros, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.

<sup>400</sup> Respecto a la responsabilidad del árbitro, recomendamos la lectura de MERINO MERCHÁN, J. F., *El estatuto y la responsabilidad del árbitro, Ley 60/2003 de arbitraje*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

<sup>401</sup> La novedad que presenta esta ley respecto de su predecesora consiste en la sustitución de la exigencia de que los daños y perjuicios sean causados por "dolo y culpa", por la que éstos sean causados por "mala fe, temeridad o dolo". Se pasa de una responsabilidad por culpa a un sistema que conllevará, en la mayoría de ocasiones, la inmunidad de los árbitros e incluso la de la institución arbitral.

Ejemplos de tal responsabilidad los podemos encontrar en supuestos tales como, la no emisión del laudo en el plazo convenido por las partes, el incumplimiento de las normas propias del procedimiento, la admisibilidad de pruebas innecesarias, etc.

<sup>402</sup> Los árbitros que incurran en un delito, también serán responsables civilmente de los daños que se hayan derivado (arts. 109 y ss CP).

encuentren tipificadas en el código penal. A título de ejemplo, el artículo 422 de nuestro Código Penal hace extensiva la regulación del cohecho a los árbitros y, el artículo 440 CP en relación con el artículo 439 CP, tipifica las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos así como los abusos en el ejercicio de su función<sup>403</sup>.

3. Disciplinaria: Los árbitros no incurrir propiamente en dicha responsabilidad, si bien si lo harán con ciertos matices y, reservada únicamente a los supuestos en los que sean funcionarios y profesionales colegiados cuando de conformidad con las pautas de comportamiento, vigiladas y sancionadas, incumplan determinadas conductas o exigencias con respecto al colegio profesional o institución a la que pertenecen<sup>404</sup>. En realidad, como señala, ALMAGRO NOSETE, los árbitros están exentos de responsabilidad disciplinaria en sentido estricto; el carácter no funcional del árbitro tiene en este aspecto una de sus manifestaciones más claras. Cabe, sin embargo, pensar en una "*responsabilidad paradisciplinaria*" en relación con el arbitraje institucional, en cuanto que las personas designadas como árbitros pueden estar sometidas, en virtud de su vinculación contractual con la entidad, a determinados comportamientos, cuya exigibilidad dependerá del ámbito legítimo que marque en su desarrollo el principio de autonomía de la voluntad<sup>405</sup>.

Cuando se trate de un colegio arbitral, sin contar con aquellos casos en que sea posible determinar la responsabilidad individual de alguno de los árbitros, la responsabilidad será de todos los integrantes del mismo, excepto de aquellos que presentaron su discrepancia a la hora de pronunciarse el laudo.

---

<sup>403</sup> Se trata de dos artículos en los que aparece expresamente la responsabilidad penal de los árbitros, lo que no significa que no puedan incurrir en cualquier otro tipo de responsabilidad penal. Serán aplicables analógicamente determinados delitos contra la administración de justicia (arts. 445 y ss CP) como, a título de ejemplo: el árbitro que, a sabiendas dictare resolución injusta (art. 446 CP); el árbitro que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara resolución manifiestamente injusta (art. 447 CP); etc. Sin embargo, manifiesta ALMAGRO NOSETE que determinados delitos, como el delito judicial por antonomasia: el de prevaricación, no pueden predicarse de los árbitros, ni siquiera en la modalidad que pueden cometer los funcionarios de la administración, ya que en este sentido no están equiparados a los jueces. Lo que no quiere decir que estas conductas no puedan ser origen de responsabilidad civil, otra cosa es que como tales conductas no tipificadas, no den lugar a la imposición de una pena. "La responsabilidad de los árbitros", transcripción de la conferencia celebrada el 11 de noviembre de 1996 en la Jornada sobre Régimen jurídico de los árbitros, Barcelona, p. 21.

<sup>404</sup> OLAVARRIA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, (coord. BARONA VILAR, S.), cit, p. 728.

<sup>405</sup> "La responsabilidad de los árbitros"..., cit., p. 21

b) Responsabilidad de la corporación o asociación por sus propios actos u omisiones.

Aceptado el arbitraje por la institución arbitral, ésta quedará obligada a su fiel cumplimiento y, tal y como establece el artículo 21.1 LA, si no lo hiciere, incurrirá en responsabilidad civil por los daños o perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. La extensión de responsabilidad será distinta en función de las tareas encomendadas y asumidas por la institución arbitral.

Son dos los motivos por los cuales la institución arbitral incurrirá en responsabilidad: 1) Cuando haya procedido a comportarse negligentemente o hubiere incumplido el encargo al cual se ha comprometido, siempre y cuando se hayan producido daños y/o perjuicios concurriendo mala fe, temeridad o dolo y, 2) En el supuesto de no aceptación de la administración del arbitraje que se le confía, sin motivo alguno justificado pues, como ha señalado MONTERO AROCA , *«las corporaciones o asociaciones, al redactar los reglamentos, pueden introducir en ellos todas las causas de no aceptación que sean razonables, pero no la reserva discrecional de no aceptación, pues de lo contrario no existiría seguridad jurídica»*<sup>406</sup>.

No se habla en la ley arbitral de la posibilidad de una responsabilidad civil de los árbitros o instituciones arbitrales frente a terceros en el proceso; a pesar de no ser nada común en la práctica, consideramos que en estos casos deberá acudir, una vez más, a las normas procesales pertinentes, pudiendo dicho tercero ejercer contra éstos la acción de responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 cc.

En lo que respecta al plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones que tratan de exigir responsabilidad civil de los árbitros o de las instituciones arbitrales, ante el silencio de la LA, debemos acudir al artículo 1964 cc, quien señala que las acciones personales que no posean término especial de prescripción, lo harán a los quince años desde el día en que pudieron ejercitarse (art. 1969 cc). La ley arbitral no establece el procedimiento que se tiene que llevar para exigir responsabilidad a los árbitros; aplicaremos, por tanto, las normas de la LEC, dependiendo de la cuantía reclamada se seguirá el procedimiento verbal o el ordinario (arts. 249 y 250 LEC).

---

<sup>406</sup> Comentario breve a la ley de arbitraje..., cit., p. 97.

### c) Responsabilidad directa de la entidad por la actuación de los árbitros

En el arbitraje institucional, el artículo 21.1 *in fine* LA concede una acción directa a la parte perjudicada contra la institución arbitral por los actos y omisiones realizados con mala fe, temeridad o dolo por los árbitros, que le provocaron daños y perjuicios, ya que la Corporación o Asociación correspondiente debió velar por la correcta actuación del árbitro durante el desempeño de la actividad arbitral<sup>407</sup>. Con ello se trata de evitar el riesgo de insolvencia del árbitro. Posteriormente, una vez finalizado el proceso de responsabilidad civil, nada impide que la institución pueda repetir contra el árbitro negligente<sup>408</sup>.

### E) Provisión de fondos

Finalmente, el mismo artículo 21.2 LA otorga el derecho a los árbitros, y en su caso, a las instituciones arbitrales, de percibir los correspondientes honorarios de las partes del proceso, permitiéndoles exigir las provisiones de fondo que consideren necesarias para atender a sus honorarios y gastos, así como para los que puedan derivarse de la administración del arbitraje, que se fijarán en el correspondiente laudo (art. 37.6 LA), conforme a lo dispuesto en las normas de honorarios de sus respectivos colegios profesionales y teniendo en cuenta los parámetros utilizados para ello, como son, la cuantía del objeto, el trabajo realizado, las normas colegiales así como determinados preacuerdos,

---

<sup>407</sup> Nada impide que se pueda demandar, además, a la institución arbitral y al árbitro de forma mancomunada.

No se distingue en la LA los supuestos en que fue la institución quien nombró a los árbitros de los supuestos en que éstos fueron nombrados directamente por las partes. La acción directa es contra la institución, sea cual sea la forma de nombramiento. Sin embargo, autores como CORDÓN MORENO, F y MONTERO AROCA, J., consideran que la acción directa solo puede existir cuando los árbitros han sido nombrados por la institución. CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje de Derecho Privado...*, cit., p. 160 y, MONTERO AROCA, J., *Comentario breve a la ley de arbitraje...*, cit., p. 98.

Como señala OLVARRÍA IGLESIA, J., parece pacífico que no nos encontramos ante una acción directa en sentido estricto, esto es, ante una acción que puede ejercitar un acreedor contra el deudor de su deudor, dado que la institución arbitral no es deudora de los árbitros. Entendemos que se trata de un supuesto de responsabilidad impuesto por la Ley como garantía del acreedor, objetiva, extracontractual, directa y no subsidiaria. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 757.

<sup>408</sup> No son escasos los reglamentos de instituciones arbitrales que expresamente prevén la exoneración de responsabilidad de sus árbitros e incluso la de la propia institución. Ejemplo claro lo podemos observar en el artículo 34 del Reglamento de la CCI que proclama: "Ni los árbitros, ni la Corte o sus miembros, ni la CCI o sus empleados, ni los Comités nacionales de la CCI serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje".



tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo STS de 18 de octubre de 2002<sup>409</sup>.

La ley no se pronuncia sobre la regulación de los honorarios de los árbitros, por lo que, resulta sumamente aconsejable que las partes acuerden su régimen en el convenio arbitral. En defecto de pacto, serán los mismos árbitros los que fijen dicha cuantía así como los gastos de gestión del arbitraje; en el arbitraje institucional, dichos honorarios y gastos se determinarán en su reglamento.

Debemos tener en cuenta que en la mayor parte de los casos, los honorarios vienen configurados en atención al monto de la cuantía objeto del litigio, de ahí que es importante tener en cuenta un dato: la LA permite que se puedan ir concretando las pretensiones de las partes a lo largo del procedimiento arbitral (art. 29.2 LA), lo que puede afectar directamente a la cuantía que fija el monto de lo pedido y, por tanto, de lo que va a obtener el árbitro como honorarios. Parece, en consecuencia, razonable entender que en el momento en que se entienda precluida la formulación de la pretensión será el momento de saber acertadamente cuanto cobrará el árbitro, y si bien la provisión de fondos se fijó inicialmente sobre la base de lo pedido por las partes, consideramos que nada debe impedir que ésta varíe en el proceso siempre y cuando tal modificación se encuentre justificada.

El sistema de provisión de fondos es fundamental para el arbitraje, principalmente para que se pueda llevar a cabo su correcto desarrollo, puesto que estas cantidades entregadas a cuenta posibilitarán el ir pagando los créditos vencidos, líquidos y exigibles que se han ido provocando a lo largo del proceso arbitral. En el arbitraje institucional, además del deber de pago de los honorarios de los árbitros, las partes tendrán que pagar el coste del servicio otorgado por la institución administradora del arbitraje<sup>410</sup>. Las partes podrán impugnar la cuantía de los honorarios de los árbitros ante la jurisdicción ordinaria en un proceso posterior.

La ley de arbitraje no se pronuncia respecto al supuesto en el que las partes no estén de acuerdo con los conceptos, o las cuantías de éstos, incluidos en el pronunciamiento de las costas. Tenemos claro que no será

---

<sup>409</sup> RJ 2001/8643.

<sup>410</sup> No debemos olvidar el carácter gratuito de los arbitrajes de consumo.

viable pretender por medio de la acción de anulación prevista en la ley arbitral impugnar tal decisión del árbitro, pues ni se incluye en los motivos de anulación posibles, ni a través de dicha acción se pretende modificar el contenido del laudo.

Consideramos que en aquellos supuestos en que las costas puedan considerarse indebidas o excesivas, las partes deberán gozar de algún mecanismo para protegerse, y como señala BARONA VILAR, todos los caminos parecen aproximarse a la LEC<sup>411</sup>. La partes, a pesar de la ley arbitral no decir nada sobre tal posibilidad, ni siquiera en su artículo 8 LA relativo a la intervención judicial en el arbitraje, tendrán siempre la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria donde analógicamente se aplicarán los artículos 241 y ss LEC relativos a la impugnación de costas. Ello responde a la falta de protección con la que se podrían encontrar las partes que acudieran al arbitraje y estuvieran en alguno de estos supuestos. Aún cuando no está expresamente recogida, parece la opción más acorde con el sistema de tutela.

Aunque la ley nada diga al respecto, se aplicará analógicamente lo dispuesto en el artículo 1720 cc, por el que, una vez dictado el laudo, el tribunal arbitral entregará a las partes un estado de cuentas de los depósitos recibidos y les reembolsará todo saldo no utilizado. Dicho reembolso comprenderá los intereses de cantidad anticipada a contar desde el día en que se hizo la anticipación (art. 1728 cc).

Con respecto a la ley anterior, se establece la novedad de otorgar a los árbitros la facultad de suspender o concluir las actuaciones arbitrales en los supuestos de falta de provisión de fondos; en estos casos, los árbitros, antes de acordarla, lo deberán comunicar a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren<sup>412</sup>. Además, como veremos cuando estudiemos la ejecución del laudo, también podrá el árbitro reclamar el coste de los servicios prestados en el trámite de la ejecución forzosa del laudo, siempre y cuando se incluya dicho coste en el apartado de costas de éste.

---

<sup>411</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 1248.

<sup>412</sup> Ejemplo de ello lo observamos en el Reglamento de ACAM, cuyo artículo 12 proclama: "...Si cualquiera de las cantidades que pudieran corresponder a las partes no fuese abonada, ACAM podrá rechazar la petición inicial, la contestación a la solicitud o archivar el procedimiento arbitral, en función de la situación en que el mismo se hallase en el momento del impago".

## F) Competencia

A los árbitros, como ya sabemos, les corresponde la competencia objetiva de resolver el conflicto que las partes, de común acuerdo, han decidido someter a su arbitrio. Además, la ley arbitral reserva un título IV para referirse a la competencia de los árbitros, dicho título comprende dos preceptos: el artículo 22 LA concerniente a la competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia y, el 23 LA relativo a la competencia de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Respecto de esta última competencia de los árbitros nos remitimos a lo dicho cuando estudiemos las medidas cautelares en el arbitraje, por lo que no procederemos ahora a estudiarla.

Nos centraremos, por tanto, en la potestad que corresponde a los árbitros de controlar su propia competencia y que viene regulada en el artículo 22 LA, precepto que además de regular la competencia de los árbitros, también recoge las causas o motivos de oposición al arbitraje que pueden emplear las partes y que la ley denomina "excepciones".

Este artículo de la ley arbitral es un de los pocos preceptos que debe considerarse imperativo y que huye de la libertad y autonomía de la voluntad de las partes que impera el procedimiento arbitral. Por ello, su contenido debe ser respetado en todo momento por las partes, sin posibilidad alguna de pactar algo en contrario, como ocurre en numerosos preceptos de la ley cuando se emplea el término "salvo a cuerdo de las partes". En definitiva, las partes no podrán bajo ningún obstáculo pactar que se prive a los árbitros de su facultad de controlar de oficio su propia competencia y demás excepciones del artículo 22 LA<sup>413</sup>.

Se trata de la regla que la doctrina ha bautizado con la expresión alemana *Kompetenz-Kompetenz* (competencia sobre la competencia) y que ya la ley anterior de 1988 trató de consagrar (art. 31.1 LA de 1988), por la que los árbitros controlan de oficio la falta de competencia para decidir sobre el conflicto objeto de la controversia, es decir, controlan de oficio su propia competencia. La novedad reside, respecto de la ley anterior, en que dicho control se extiende asimismo a comprobar si concurren las excepciones relativas a la existencia y validez del convenio arbitral o incluso, mostrando

---

<sup>413</sup> Vid. GUZMAN FLUJA, V., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. BARONA VILAR), cit, p. 808.

cierta flexibilidad el legislador, a cualesquiera otras cuya estimación impida entrar a conocer sobre el fondo del asunto<sup>414</sup>.

En definitiva, se le otorga la posibilidad al árbitro de ser el primero en analizar, en primer lugar su propia competencia, pero también si la controversia objeto de arbitraje entra en el ámbito del convenio arbitral, si existe y es válido dicho convenio ya que sin convenio no existe arbitraje, y por tanto, el árbitro no puede ser competente y, además, también podrá pronunciarse sobre otras excepciones. El momento pertinente para dicho control de oficio será tras recibir la demanda o la contestación, aunque nada impide que se postergue al momento de dictar el laudo definitivo.

Esta ampliación de las facultades del árbitro parece lógica, como señala GUZMÁN FLUJA, primero porque le permite efectuar un examen del elemento sobre el que se fundamenta la posibilidad de que pueda solucionar el conflicto, el convenio arbitral; es natural que éste pueda rechazar el arbitraje, si considera que no se basa en un convenio arbitral o que éste es nulo. Y en segundo lugar, porque se permite al árbitro que pueda comprobar la concurrencia de cualquier otra causa que impediría la resolución de fondo y, en consecuencia, se le faculta para que ponga fin al arbitraje en cuanto resulte esa comprobación, con evidente ahorro de tiempo y costes<sup>415</sup>.

Como señala la Exposición de Motivos de la ley, esta regla también abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, por la que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y la nulidad de éste no necesariamente conlleva la de aquél; los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral, pudiendo pronunciarse sobre la nulidad del contrato principal, sin que ello conlleve la nulidad del convenio arbitral.

Dicho control de oficio no implica que las partes (cualquiera de ellas, incluso aquella que designó al árbitro) no puedan alegar la falta de competencia de los árbitros por la vía de la excepción, pues la ley es clara en este sentido e indica "*los árbitros están facultados*", lo que no significa que

---

<sup>414</sup> No se trata de ningún *numerus clausus*. Dentro de estas excepciones que se pueden oponer, destacamos, entre otras: cuando la materia sobre la que recae la controversia no es susceptible de arbitraje, existe litispendencia, existe cosa juzgada, las partes no ostentan la capacidad necesaria, etc.

<sup>415</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, p. 810.

estén obligados a ello; por lo que junto al control de oficio, existe el control de parte de la existencia de las posibles excepciones que impedirían al árbitro entrar a resolver el fondo del litigio<sup>416</sup>.

Estas excepciones deberán oponerse como muy tarde en el momento de presentar la contestación; el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros no impide oponerlas. Sin embargo, cuando se pretende alegar que el árbitro se excede del ámbito de su competencia, ésta deberá oponerse tan pronto como se plantee la materia que exceda de dicho ámbito. Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada (art. 22.2 LA).

Queda a la apreciación de los árbitros la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo, pues los árbitros podrán decidir estas excepciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto, es decir, bien en un laudo parcial que se pronuncie sobre dichas excepciones, o bien cuando resuelva en el laudo final. La decisión que adopten los árbitros sobre su propia competencia, únicamente podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo que se haya adoptado<sup>417</sup>.

## 2) Partes

Las partes en el arbitraje son dos como mínimo: la persona que solicita la actuación arbitral, es decir, el demandante y aquella persona frente a la que se presenta dicha solicitud, el demandado; ambas previamente han concluido un convenio arbitral por el que han decidido someterse a arbitraje<sup>418</sup>.

---

<sup>416</sup> Es por ello que la Exposición de Motivos de la ley explica: *"El hecho de que una de las partes colabore activamente en la designación de los árbitros no supone ningún tipo de renuncia tácita a hacer valer la incompetencia objetiva de éstos. Es una lógica consecuencia de la regla de Kompetenz-Kompetenz: si son los árbitros los que han de decidir sobre su propia competencia, la parte está simplemente contribuyendo a designar a quien o a quienes podrán decidir sobre dicha competencia. Lo contrario abocaría a la parte a una situación absurda: debería permanecer pasiva durante la designación de los árbitros para poder luego alegar su falta de competencia sobre la controversia"*.

<sup>417</sup> Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se hubiera adoptado con carácter previo, la interposición de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral.

<sup>418</sup> Las expresiones de demandante y demandado tradicionalmente hacían referencia únicamente a las partes en un proceso jurisdiccional, sin embargo, la nueva ley arbitral ha utilizado también estos términos al regular las actuaciones de las partes en un proceso arbitral.

La Exposición de Motivos de la ley indica expresamente: *“En el arbitraje no se reproducen necesariamente siempre las posiciones procesales activa y pasiva de un proceso judicial; o no en los mismos términos. Al fin y al cabo, la determinación del objeto de la controversia, siempre dentro del ámbito del convenio arbitral, se produce de forma progresiva. Sin embargo, la práctica arbitral demuestra que quien inicia el arbitraje formula en todo caso una pretensión frente a la parte o partes contrarias y se convierte, por tanto, en actor; y ello sin perjuicio de que el demandado pueda reconvenir. Parece, por tanto, razonable que, sin perjuicio de la libertad de las partes, el procedimiento arbitral se estructure sobre la base de una dualidad de posiciones entre demandante y demandado”*.

Nada impide que exista una pluralidad de personas en cada parte procesal, tanto en la posición del demandado como en la demandante. Ello sucede cuando varias personas solicitan el arbitraje frente a una sola, o bien, una sola persona lo solicita frente a varias o incluso cuando varias personas lo solicitan también frente a varias personas. Nos encontramos ante un único proceso arbitral pero con pluralidad de partes, lo que no debe confundirse con la acumulación de procesos que veremos en su momento<sup>419</sup>. La pluralidad de partes proviene de la legitimación plural en donde, tanto la legitimación activa como la pasiva corresponde a varias personas sin que por ello sea necesario que éstas deban estar coordinadas o subordinadas. No hablamos de una tercera parte distinta de la del demandante o demandado, sino de que dentro de una de las dos posiciones exista más de una persona.

En el arbitraje, quien solicita la actuación del árbitro y frente a quien se solicita deben coincidir con aquellos que han formalizado previamente el convenio arbitral por el que decidieron someter dicha controversia a la decisión de un tercero. Si no es así, el árbitro no deberá resolver sobre el fondo de la controversia, pues en caso en que lo hiciera, el laudo que éste dictara podrá

---

Son partes en el proceso civil, como han señalado DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ- PICAZO, I., «los sujetos que pretenden, o frente a los que se pretende, una tutela jurisdiccional concreta y que, afectados por el pronunciamiento judicial correspondiente, asumen plenamente los derechos, cargas y responsabilidades inherentes al proceso». *Derecho Procesal Civil, El Proceso de declaración conforme a la ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2004, p. 107. Consideramos trasladable dicha definición al arbitraje.

<sup>419</sup> Cfr. pp. 267 y ss.

ser anulado (art. 41 .1 LA)<sup>420</sup>. Dichos argumentos también se predicán cuando nos encontramos ante una pluralidad de partes.

En consecuencia, resulta imposible que un tercero se convierta en parte en el arbitraje sin que medie una novación contractual y una nueva emisión de voluntad inequívoca del consentimiento, al ser el convenio arbitral, tal y como ha manifestado DIEZ- PICAZO, «*un contrato de obligación de hacer de naturaleza personalísima, respecto de la cual el deudor no puede ser ni coercido ni sustituido*»<sup>421</sup>.

Acerca de si terceros pueden participar en el arbitraje se han suscitado diversas polémicas y nuestra ley de arbitraje nada prevé al respecto, pero consideramos que debemos entender que dicha intervención, en principio, no es posible por atentar a la naturaleza propia del arbitraje cuyo origen se halla en un acuerdo arbitral firmado entre las partes litigantes, por lo que, consecuentemente, la ley arbitral no prevé la presencia en el proceso arbitral de más sujetos que aquellos que han suscrito el convenio arbitral y que actúan como partes<sup>422</sup>.

---

<sup>420</sup> Vid. en este sentido, la SAP Jaén, de 22 de julio de 2004 (JUR 2004/256064), que admite la anulación del laudo ante la ausencia de convenio arbitral previamente suscrito por las partes en conflicto y la STS de 26 de julio de 2003 (RJ 2003/5861), que demuestra la falta de legitimación pasiva de quienes no suscribieron el convenio arbitral.

Asimismo, vid. STS de 12 de julio de 2004 (RJ 2004/7636), que señala: «*el arbitraje es un medio alternativo para la resolución heterónoma de los conflictos, de modo que, bajo determinadas circunstancias, los que pretenden una solución a sus contiendas pueden optar entre buscarla en los órganos de la jurisdicción o bien en la institución del arbitraje. En este último supuesto debe haber conformidad de las partes para someterse al procedimiento arbitral. Consecuencia de lo anterior es la segunda cuestión: el arbitraje sólo tiene eficacia jurídica si el compromiso arbitral fue aceptado por todos los que pueden verse afectados por el laudo*».

<sup>421</sup> DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, «El pacto compromisorio y la nueva Ley de arbitraje», Anuario de Derecho Civil, tomo VII, fascículo IV, oct-dic 1954, p. 1167.

La intervención del tercero requiere siempre el consentimiento de éste, hasta el punto de que si no lo hace puede llegar a frustrar el arbitraje, ejemplo de ello lo observamos en las SAP Palmas de Gran Canaria, de 17 de julio de 1996, TAB, nº 9, pp. 63 y ss, y SAP Barcelona de 1 de febrero de 2003, (JUR 2004/14182), que expresamente indica: «*el convenio arbitral únicamente podrá desplegar su eficacia con respecto a las partes que lo suscribieron*».

<sup>422</sup> La doctrina no ha sido unánime a la hora de tratar esta cuestión y, autores como LORCA NAVARRETE se pronuncian admitiendo dicha posibilidad, argumentando su postura en el sentido de que, tampoco la ley lo prohíbe, y por tanto considera que cabría la posibilidad, a pesar del silencio de la ley, de que un tercero fuera llamado al proceso, quien debería acudir mediante el oportuno llamamiento, siempre y cuando pudiera verse afectado por el efecto de la cosa juzgada que produciría el laudo, pero sin olvidar, que las únicas partes del proceso arbitral son las que han suscrito el convenio y, por tanto, los terceros que no han intervenido en dicho convenio no serán parte del proceso arbitral, salvo que sean llamados para asumir una posición parcial. LORCA NAVARRETE, A.M, *Derecho de Arbitraje Español*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 242.

En todo caso, iremos descifrando a lo largo de este apartado la posibilidad de su intervención. Para poder manifestar y predicar quienes puede someterse al arbitraje, debemos previamente estudiar la capacidad y legitimación de estos sujetos, en donde son muchos los interrogantes que se plantean ya que nuestra ley de arbitraje no realiza precisión alguna respecto de las características subjetivas de las partes, siendo, por tanto, múltiples las lagunas en el tema que nos ocupa.

### **A) Capacidad**

Las partes deben ostentar la capacidad para ser parte en el procedimiento arbitral. Esta capacidad que deben manifestar las partes se refiere, como señala MONTERO AROCA respecto al procedimiento jurisdiccional pero trasladado al arbitral, a la *«aptitud para ser titular de derechos, cargas y obligaciones que se derivan de la realidad jurídica que es el proceso»*<sup>423</sup>.

Al igual que sucedía en la ley de 1988 tampoco la nueva ley de arbitraje se pronuncia sobre dicha capacidad de las partes, por lo que acudiremos a la aplicación analógica de las normas procesales de nuestro ordenamiento que se pronuncian al respecto, concretamente a los artículos 6 y ss cc, en virtud de los cuales, podrán tener capacidad para formar parte en el proceso arbitral tanto las personas físicas como las jurídicas.

Respecto a la capacidad de las personas físicas, éstas pueden ser parte desde su nacimiento hasta su muerte, para determinar tales extremos estaremos a lo dispuesto en el Código Civil, concretamente a sus artículos 29, 30 y 32 cc. En lo que a las personas jurídicas respecta, éstas también podrán ser parte en un proceso arbitral (art. 6.1.3 LEC). Para la capacidad de las persona jurídicas extranjeras habrá que estar a su ley personal (art. 9. 11 cc).

Pero no debemos confundir esta capacidad con la capacidad para la celebración de un convenio arbitral, que es la que nos interesa, pues serán diversas las situaciones en las que el consentimiento para el arbitraje no puede prestarlo un sujeto que, sin embargo, si podría ser parte en un procedimiento arbitral.

---

<sup>423</sup> *Derecho jurisdiccional II*, (junto a GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 57.



Por tanto, esta capacidad si bien es requisito imprescindible para acudir al arbitraje, no es suficiente; las partes deben haber previamente firmado un convenio arbitral en el que deciden someter sus controversias a este medio de solución de conflictos, - sin convenio no hay arbitraje-, por lo que las partes deben ostentar, además, la capacidad para contratar, en este caso para concluir un acuerdo arbitral, capacidad que se corresponde con la capacidad de obrar o capacidad procesal.

Una vez más, trasladamos al proceso arbitral la definición de la capacidad procesal en un proceso jurisdiccional, que es aquella que se refiere a la «*aptitud para realizar válidamente los actos procesales*»<sup>424</sup>, o bien, como señala el artículo 7 LEC, para comparecer en juicio. Al respecto, el artículo 7 LEC señala: “*Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles*”.

Para determinar esta aptitud que deben poseer las partes para celebrar un convenio arbitral, tampoco la ley de arbitraje menciona nada al respecto, por lo que debemos acudir, teniendo en cuenta el carácter negocial o contractual del convenio, a los principios generales de la contratación, resultando, por tanto, aplicables las reglas generales de contratación del Código Civil (arts. 1261 y ss cc), así como la doctrina general de los vicios del consentimiento (arts. 1265 y ss cc).

El titular del derecho material deberá consentir el convenio arbitral. La LA se refiere al consentimiento en su artículo 9 LA que manifiesta: “*El convenio arbitral..., deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*”. En concreto, el artículo 1261.1 CC exige para la celebración de un contrato “*el consentimiento de los contratantes*” y el artículo 1263 CC señala que “*no pueden prestar consentimiento 1º los menores no emancipados ni 2º los incapacitados*”, quienes deberán ser asistidos por su representante legal para firmar un convenio arbitral.

Partiendo de lo dicho, en principio, podemos afirmar, que poseen la capacidad requerida, los mayores de edad en los que no concurra ninguna causa de incapacidad declarada judicialmente y los menores de edad

---

<sup>424</sup> MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional II...*, cit, p. 59.

emancipados (art. 322 CC). Por tanto, no existe duda alguna sobre la posibilidad de acordar un convenio arbitral cuando se trata del mayor de edad no incapacitado que someta a arbitraje aquellas materias de las que tenga libre disposición<sup>425</sup>.

Siguiendo a MONTERO AROCA, y partiendo de la regla anterior, hay que especificar la influencia de la edad en la capacidad procesal, las causas de incapacidad respecto de los mayores de edad y, en los dos casos, los mecanismos establecidos en la ley para suplir (representación legal) o para integrar (asistencia) la incapacidad. A todo ello se dedica el artículo 7.2 LEC, que señala: *"Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley"*.

Con base en ello, no tendrán capacidad de obrar los menores no emancipados ni los incapaces, quienes deberán comparecer en el arbitraje por medio de sus representantes legales. La representación legal de un menor podrá corresponder, en primer lugar a los padres, bien conjuntamente o por un solo con el consentimiento del otro (art. 162 cc) y en segundo lugar, al tutor (art. 222 cc).

Pero podemos encontrarnos con múltiples situaciones que podrían originar ciertas dudas como, por ejemplo, cuando ante un menor emancipado nos hallemos, en este supuesto, si bien en principio tienen capacidad de actuar en el proceso arbitral, pues tienen capacidad de obrar respecto de ciertos derechos de los que son titulares, no tienen poder de disposición, por lo que requerirán, además, el complemento de capacidad exigido por los artículos 323 y 324 cc, es decir, consentimiento previo de sus padres o del tutor, cuando la controversia afecte a un derecho que recaiga sobre un bien de los enumerados en el artículo 323 cc; en cambio, si los bienes implicados no son los mencionados por los citados preceptos, podrá celebrar el convenio arbitral sin ningún consentimiento adicional al tener plena capacidad de disposición sobre

---

<sup>425</sup> En síntesis y, siguiendo a DE LA OLIVA SANTOS, tienen capacidad procesal: a) los mayores de edad no incapacitados (art. 322 cc) y b) los menores de edad emancipados (art. 322.2 cc), mientras que carecen de tal capacidad: a) los menores de edad no emancipados, en general, *a fortiori*, puesto que aún no posee personalidad jurídica, carece de capacidad procesal el nasciturus, b) los mayores de edad respecto de los cuales, incapacitándolos, se prorrogue la patria potestad (arts. 201 y 171 cc) y, c) los incapacitados ex artículo 200 cc, cuando la sentencia que declare la incapacitación los someta a tutela que comprenda una necesaria representación legal. *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 119.

ellos<sup>426</sup>. En los casos en los que sea necesario dicho consentimiento, el convenio arbitral formalizado por un menor emancipado sin tal consentimiento será susceptible de anulación.

En lo que a los incapaces se refiere, la representación legal la ostentará el tutor o el curador, dependiendo del régimen de tutela o de guarda al que quede sometido el incapaz en la sentencia (art. 222.2 y art. 287 cc). En la tutela, el tutor asume la representación legal del incapacitado, sustituyendo la voluntad de éste, mientras que en la curatela no se está ante representación legal sino ante la asistencia, precisándose la concurrencia de las dos voluntades para iniciar un proceso<sup>427</sup>.

La incapacidad y la prodigalidad habrán de declararse mediante sentencia (art. 199 cc); ésta determinará su extensión y límites así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 760 LEC), y será la que determine si la posibilidad de someter las controversias a arbitraje se incluye o no dentro de los actos que necesitan intervención del tutor o curador, si nada dice la sentencia, que será el supuesto más habitual, tal asistencia resultará necesaria por imperativo del artículo 290 cc en relación con el 271 cc y, el curador o tutor intervendrá en la celebración del convenio para completar la capacidad en los actos que éstos no puedan realizar por si solos (art. 286 cc).

En todo caso, en los supuestos de representación legal, cuando el tutor o curador tenga que intervenir, deberá obtener la autorización judicial correspondiente para someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado (art. 271.3 y 290 cc). Compartimos junto a DIEZ PICAZO, L., que aunque el Código Civil nada diga al respecto, el mismo requisito ha de exigirse a los padres que ejercen la patria potestad, si conciertan el convenio arbitral sobre derechos del menor<sup>428</sup>.

La personas jurídicas, también ostenta capacidad de obrar, pero para comparecer en el proceso deberán hacerlo por medio de las personas que

---

<sup>426</sup> GARCIA RUBIO, M. P., "El convenio arbitral en la ley de arbitraje...", cit., p.83.

<sup>427</sup> MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional II...*, cit, p. 61.

<sup>428</sup> DIEZ PICAZO, L y GUILLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil II*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 504. Manifiesta VERDEIRA SERVER, R., que nos encontramos aquí, una vez más, con una norma que observa con disfavor el convenio arbitral: no importa la trascendencia jurídica o económica del contrato principal o de la relación jurídica de la que dimana la controversia, puesto que en todo caso se exige esa autorización judicial. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. BARONA VILAR, S.), cit., p. 330.

legalmente las representen y así lo acrediten (art. 7. 4 LEC)<sup>429</sup>, por tanto, no dudamos que las personas jurídicas también puedan celebrar un convenio arbitral<sup>430</sup>.

En esta línea, el artículo 38 cc establece la capacidad general de las personas jurídicas para contraer obligaciones y, por tanto, para formalizar un convenio arbitral, que se formalizarán conforme a las reglas de su constitución. Con base en ello, se permite que las personas jurídicas adquieran y posean bienes de todas clases y contraigan obligaciones y ejerciten acciones civiles o criminales conforme a las leyes y reglas de su constitución; dependiendo de las diferentes personas jurídicas ante las que nos hallemos, se requerirá una capacidad distinta.

Las personas jurídicas se regirán por las normas del Código Civil sobre representación necesaria<sup>431</sup>. En este sentido, el artículo 37 cc indica: "*La capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos; y la de las fundaciones por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario*"<sup>432</sup>.

Además de todo lo dicho, son diversos los interrogantes que nos encontramos en la realidad jurídica y múltiples los supuestos, pues hasta el momento nos hemos referido tan solo a las personas físicas y a las personas jurídicas, pero éstas no comprenden toda una serie de supuestos intermedios en los que, como señala MONTERO AROCA, se sobrepasa la existencia de una persona física y no se llega a la configuración de una persona jurídica. Estos supuestos son los relativos a: las comunidades de bienes, las uniones sin personalidad, las sociedades irregulares, los grupos, los patrimonios autónomos, etc., a quienes la LEC les ha reconocido como sujetos de derechos y obligaciones<sup>433</sup>.

---

<sup>429</sup> Existen ciertas especialidades cuando una de las partes es la Administración Pública pero no entraremos en su estudio por exceder del tema de nuestro trabajo.

<sup>430</sup> Al respecto, la LA no dice nada, pero tampoco lo prohíbe, sin embargo, la anterior ley de arbitraje de 1988 si señalaba expresamente dicha posibilidad en su artículo 1.

<sup>431</sup> Se regularán conforme a las reglas de su constitución, por lo que no podemos expresar una regla general sobre el procedimiento que deben llevar a cabo éstas para someterse a un arbitraje.

<sup>432</sup> Vid. la SAP Barcelona de 20 de julio de 2000, (AC 2000/1525).

<sup>433</sup> No vamos a entrar en su estudio por exceder del objeto de nuestro trabajo, por lo que nos remitimos a lo dicho en, MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional II...*, cit, pp. 63 - 67.

Antes de finalizar, queremos hacer una breve referencia a la posibilidad de representación voluntaria en el arbitraje, pues hasta el momento únicamente hemos hecho referencia a la representación legal. Las partes pueden actuar en el proceso arbitral por medio de representante, pero la facultad de someter la decisión de las controversias a arbitraje exige mandato especial, sin que el simple apoderamiento concebido en términos generales baste para obligar al presunto apoderado<sup>434</sup>.

En este sentido, el artículo 1713 cc que exige: "*Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso*", si bien no se refiere expresamente al arbitraje, entendemos comprendido en dicho precepto el convenir un acuerdo arbitral<sup>435</sup>. Por tanto, el representante deberá, bien haber sido apoderado expresamente para ello o bien que la parte correspondiente ratifique a posteriori el acto de representación (art. 1269 y 1727 cc)<sup>436</sup>.

En relación a este precepto, debemos precisar, como ha hecho GASPALARERA, S., que el término "expreso" no debe interpretarse en el sentido de opuesto a tácito. Antes bien, es opinión doctrinal unánimemente aceptada que dicha expresión ha sido utilizada por el legislador con la finalidad de indicar que el mandato – o el poder de representación- deben ser especiales, es decir, específicos<sup>437</sup>.

En este sentido se ha pronunciado la STS de 22 de septiembre de 1987, al señalar: "*es imprescindible para que una persona pueda nombrar árbitros a nombre de otra y otorgar escritura de compromiso la previa existencia de un*

---

Como señala MARTINEZ GARCIA, partiendo del principio de que quien ha realizado un negocio jurídico material no puede luego oponer en juicio su falta de capacidad para ser parte, tanto actúe como demandante o como demandado; al respecto, consideramos trasladable la norma procesal al arbitraje. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 1006.

<sup>434</sup> CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje de Derecho Privado, Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Civitas, Navarra, 2005, p.121. Como ha señalado este autor, la jurisprudencia ha precisado que el mandatario deberá actuar dentro de los límites del mandato, resultando la extralimitación del mismo una causa de anulación del laudo (STS de 22 de octubre de 1969, RJ 1969/4893).

<sup>435</sup> Más aún, si el párrafo tercero de este mismo artículo indica: "*La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores*". Pues como señala VERDERA SERVER, R., de lo contrario este párrafo tercero sería inútil. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 341.

<sup>436</sup> Vid. STS de 31 de octubre de 1986 (RJ 1986/6066), quien expresamente manifiesta: "*La facultad de transigir, al igual que la de someter la decisión de las contiendas mediante entre las partes a proceso arbitral, exige mandato expreso, sin que el simple apoderamiento concebido en términos generales, baste para obligar al presunto apoderado, salvo en caso de ratificación, sentencia de 28 de septiembre de 1960 (RJ 1960\3149)*".

<sup>437</sup> "Eficacia subjetiva del arbitraje", *Actualidad civil*, nº 4, 1999, pp.138-141.

*mandato o poder inequívoco, que por escrito y de una forma directa y literal autorice para comprometer en árbitros e intervenir como mandatario en el otorgamiento de la escritura de compromiso, sin que pueda eludirse la imperatividad legislativa mediante otras fórmulas generales... En definitiva, conforme el art. 6, párrafo 3, del Código Civil, el acto del otorgamiento de un compromiso sin poder expreso previo es nulo de pleno derecho, sin que la Ley en este caso establezca un efecto distinto para el caso de contravención*"<sup>438</sup>.

## **B) Legitimación**

Además de la capacidad general de obrar, quienes formalizan el convenio arbitral deben estar legitimados para disponer de los derechos que someten a decisión arbitral para poder acudir al arbitraje<sup>439</sup>.

Cuando hablamos de legitimación, tratamos de resolver quién debe interponer la demanda (legitimación activa) y contra quién debe interponerse ésta (legitimación pasiva) para que el árbitro pueda dictar el laudo o, lo que es lo mismo, quién tiene la gestión del derecho o capacidad dispositiva sobre el mismo y, por tanto, a quién le corresponde deducirlo en un proceso arbitral y frente a quién<sup>440</sup>. Como ya dijimos en su momento, nada impide que sean una pluralidad de personas las que estén legitimadas tanto activa como pasivamente<sup>441</sup>.

---

<sup>438</sup> RJ 1987/6189.

<sup>439</sup> Vid. GASPAR LERA, S., "Eficacia subjetiva del arbitraje", cit., pp.138-141. DE LA OLIVA, manifiesta que la legitimación, con ser una aptitud o cualidad predicable de las partes en un proceso –en lo que se asemeja a la capacidad para ser parte y a la capacidad procesal –, no constituye, como éstas, un presupuesto del derecho al proceso, es decir, del derecho a sentencia sobre el fondo, sino un presupuesto de la acción, esto es, uno de los elementos necesarios para tener derecho a una tutela jurisdiccional concreta. *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 125.

<sup>440</sup> MARTINEZ GARCÍA, E., *El arbitraje en el marco de la ley 1/2000...*, cit., p.150.

<sup>441</sup> Existen casos en que resulta necesario, para que la legitimación pueda considerarse existente, que la afirmación activa se haga por varias personas o que la imputación se haga frente a varias personas. Esta situación puede presentarse tanto porque exista norma que así lo prevea expresamente (por ejemplo, art. 1139 cc), como porque venga impuesta por la misma naturaleza de la relación jurídico material controvertida sobre la que se hacen las afirmaciones. El fundamento del litisconsorcio necesario, como afirma MONTERO AROCA, hay que buscarlo en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídicas que impone, para que la pretensión pueda ser considerada en cuanto al fondo, que la afirmación de titularidad activa o pasiva se haga por varias personas o contra varias personas. *La legitimación en el proceso civil*, Estudios de Derecho Procesal, Civitas, Madrid, 1994, p. 40.

El único precepto de la ley arbitral que habla expresamente de una pluralidad de demandantes o demandados es el artículo 15 LA relativo al nombramiento de árbitros. En estos casos, como señala VERDER SERVERA, R., deberán aplicarse las mismas pautas que en el caso del arbitraje bilateral, aunque ciertos aspectos del procedimiento arbitral han de abordarse con

Consideramos extensible la definición que sobre legitimación ofrece el artículo 10 LEC: “*serán considerados partes legítimas quienes comparezcan en juicio y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*”. Con base en ello, la legitimación puede ser ordinaria o extraordinaria:

#### **a) Legitimación ordinaria o directa**

La legitimación será ordinaria cuando sea la parte legítima quien comparece y actúa en el arbitraje como titular de la relación jurídica u objeto litigioso (art. 10 LEC)

El convenio arbitral exige que las partes expresen su voluntad de someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir de una determinada relación jurídica (art. 9 LA), por tanto, en el convenio arbitral deberán aparecer, determinados e identificados, las personas que posteriormente van a someterse al arbitraje y que poseen la disponibilidad de la cuestión en litigio<sup>442</sup>.

Con base en todo ello, cabe decir que el titular del derecho material que ha acordado un convenio arbitral está legitimado ordinariamente para iniciar un proceso arbitral, proceso en el que podrá acudir por medio de un representante, sin que por ello deje de ser legitimación ordinaria. También podrá ser una asociación la que convenga el acuerdo arbitral y acuda al proceso deduciendo derechos propios en nombre propio o bien, como representante de sus asociados, e incluso, un grupo de consumidores podría acudir legitimada ordinariamente al arbitraje, la disponibilidad que poseen sobre la relación jurídica material de la que afirman se titulares, les permite acudir al arbitraje, siempre y cuando, claro está, el derecho en cuestión sea arbitrable y

---

especial cautela, resultando conveniente una previsión *ex ante* respecto a diversos extremos, como, por ejemplo, el intercambio de las comunicaciones entre las partes y el tribunal arbitral, el orden por el que deben decidirse las controversias, el modo en que las partes han de participar en las pruebas testificales, etc. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 345.

<sup>442</sup> Con base en ello, considera MARTINEZ GARCIA, que resulta dudoso que puedan incoar un proceso arbitral los entes sin personalidad jurídica y supuestos de quiebra de la legitimación ordinaria. Para un estudio profundo sobre el tema, vid. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., pp. 1006-1015.

hayan previamente prestado consentimiento en el convenio arbitral correspondiente<sup>443</sup>.

En este sentido, la parte que firmó el convenio y es titular del derecho que pretende deducir en arbitraje está legitimada ordinariamente para incoar un proceso arbitral pero, llegado el momento, nada obsta a que sea un tercero representante (voluntario, legal o necesario) el que comience el procedimiento, siempre y cuando -claro está- acredite su personalidad; en este supuesto nos encontramos ante un supuesto de legitimación ordinaria, pues actúa un derecho ajeno en nombre ajeno, mientras que en el supuesto en el que la ley desapoderó al verdadero titular del derecho de su facultad de gestión, y es un tercero a quien se le otorga esta facultad, esta vez la legitimación con la que actuará será extraordinaria<sup>444</sup>.

Será indiferente que las partes comparezcan en el proceso arbitral, siempre y cuando claro está, hayan firmado previamente el correspondiente convenio, afirmando que son originarios del derecho subjetivo y de la obligación o, por el contrario, afirmen que comparecen en el proceso siendo titulares de un derecho subjetivo o de una obligación que originalmente pertenecía a otra persona, habiéndosele transmitido de modo singular o universal, hablamos en estos casos de legitimación derivada<sup>445</sup>.

### **b) Legitimación extraordinaria o indirecta**

Nos referimos a la legitimación extraordinaria en aquellos casos en los que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular (art. 10.2 LEC). Es en este tipo de legitimación donde podemos encontrarnos con mayores obstáculos en el arbitraje. Ésta podrá ser: por interés privado, por interés social y por interés público.

---

<sup>443</sup> MARTINEZ GARCIA, E., *El arbitraje en el marco de la ley...*, cit., p. 156.

El artículo 20 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, dispone que las asociaciones de consumidores y usuarios podrán "*ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos (asociados), de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios*". Con base en ello, entendemos que existen tres posibilidades de actuación procesal de la asociación: a) como representante de sus asociados, b) en nombre y por cuenta propia afirmando derechos subjetivos que correspondan a la misma asociación como persona jurídica, en este supuesto actuará con legitimación ordinaria y es el caso que acabamos de mencionar *supra* y por último, c) como legitimada extraordinariamente por disposición legal para la defensa de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, los cuales aparecen indeterminados.

<sup>444</sup> MARTINEZ GARCIA, E., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 1007.

<sup>445</sup> MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 39.



- Por interés privado

Por medio de esta legitimación lo que se trata es de proteger derechos subjetivos particulares frente otros derechos particulares. Se es parte en el procedimiento arbitral para pretender una tutela cuyo fundamento es un derecho ajeno mientras que se actúa, sin embargo, en interés propio, pretendiendo la tutela para sí mismos.

El supuesto más común en la práctica es el de la sustitución procesal, en donde una persona en nombre propio –el sustituto-, sin necesidad de representación, pretende hacer valer derechos subjetivos que corresponden a otra persona<sup>446</sup>. Esta posibilidad puede trasladarse al procedimiento arbitral, pero con no pocas matizaciones, pues, por ejemplo, el supuesto más habitual de legitimación extraordinaria es el de la acción subrogatoria contemplada en el artículo 1.111 cc, en virtud de la cual el acreedor queda legitimado para ejercitar las “acciones” de su deudor, pero no se le concede derecho material alguno, sino simplemente la posibilidad de ejercitar derechos de su deudor. No somos proclives a la hora de aceptar dicha figura jurídica en el arbitraje, y ello sobre la base fundamental de la interpretación estricta del requisito de la voluntad inequívoca de los sujetos que se someten a arbitraje, pues, como claramente ha señalado la SAP Madrid de 16 de septiembre de 1996: “*la cláusula de arbitraje no alcanza a las partes subrogadas en el lugar de las que inicialmente pactaron el arbitraje en tanto esta últimas no suscriban el correspondiente convenio arbitral*”<sup>447</sup>. En esta línea se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre otras, en la STS de 6 de febrero de 2003<sup>448</sup>.

---

<sup>446</sup> Vid. los casos de legitimación extraordinaria por sustitución en el proceso civil en: MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil...*, cit., pp. 52 - 54.

<sup>447</sup> RCEA, 1997, p. 196.

Sin embargo, MARTINEZ GARCIA, si reconoce la acción subrogatoria en el arbitraje, pero sólo si medió convenio entre el deudor y el *debitor debitoris* podrá ahora el acreedor proceder contra este segundo, pero en caso contrario de no preexistir convenio será imposible, pues al verdadero titular de este derecho le podría quedar cerrada la vía judicial si el pretendido subrogado celebrara el arbitraje, que él no pacto *debitor debitoris*. *El arbitraje en el marco de la ley...*, cit., p. 159.

<sup>448</sup> RJ 2003/850. En este sentido, GASPAR LERA, S., entiende que el convenio arbitral constituye una decisión puramente personal del subrogante no transmisible en cuanto tal, a quien pasa a ocupar su posición jurídica. En consecuencia, el subrogado está llamado a desempeñar el siguiente papel: en cuanto demandante no queda obligado a someter a arbitraje los conflictos que traigan causa de la relación en la que se ha subintrado, pudiendo interponer demanda judicial frente a su contraparte; y en cuanto demandado podrá oponerse al procedimiento que frente a él se hubiera invocado, alegando la inexistencia del correspondiente convenio arbitral. “Eficacia subjetiva del arbitraje”, cit., p. 1399.

Al respecto, CORDON MORENO, manifiesta que la legitimación extraordinaria le parece indudable en el arbitraje cuando la legitimación por sustitución que se reconoce es consecuencia del desapoderamiento del legitimado ordinario, por ejemplo, en los concursos en que se haya acordado el sistema de sustitución de las facultades de disposición del deudor y su asunción por los administradores concursales; éstos podrán continuar los arbitrajes pendientes en el momento de declararse el concurso, (art. 52.2 LC). Más discutible, insiste este autor, es que pueda hacerlo el acreedor que ejercita la acción subrogatoria conforme al artículo 1111 cc, porque el deudor no pierde el poder de disposición sobre su derecho, no se le priva de su titularidad ya que la acción subrogatoria no produce ni el desplazamiento hacia el acreedor del derecho de disponer ni el reconocimiento a favor de éste de ningún derecho que suponga limitación alguna de aquel poder que sigue siendo del deudor sustituido<sup>449</sup>.

- Por interés social

Asimismo, no podemos olvidar aquellas situaciones en las que el reconocimiento legal de legitimación extraordinaria proviene de la necesidad de proteger determinadas situaciones en las que se ven implicados grupos de personas. En este sentido, se habla de los intereses colectivos, difusos, sociales, supraindividuales, etc. que afectan a un colectivo determinado o determinable, al que, incluso, en determinadas ocasiones se les priva de legitimación a sus miembros con el fin de darles protección a través de la creación de un organismo destinado a tal efecto, o en otros supuestos si bien no se les priva de tal legitimación, lo que hace la ley es ampliar los supuestos de legitimación, compartiendo, por tanto, la legitimación tanto el titular del derecho como el legitimado extraordinariamente<sup>450</sup>. Esta habilitación únicamente se permitirá *ex lege*.

Como ejemplo de lo dicho, el artículo 11 LEC se dedica a la legitimación para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, en donde se establece una pluralidad de legitimaciones, exclusivas y compartidas, según los diversos intereses en conflicto, y en virtud del cual, sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de

---

<sup>449</sup> *El arbitraje de Derecho Privado...*, cit., p.123.

<sup>450</sup> MARTINEZ GARCIA, E., *El arbitraje en el marco de la ley...*, cit., p. 163.

consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios<sup>451</sup>.

Además, los párrafos segundo y tercero del artículo 11 LEC otorgan otra clasificación, al manifestar que cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados, mientras que en el supuesto en el que los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas.

En estos supuestos, estas asociaciones – o los grupos- actúan en defensa de los derechos e intereses de sus miembros. La asociación no actúa en interés propio sino en interés de esos “afectados”<sup>452</sup>.

- Por interés público

Cuando en una parcela del derecho el legislador entiende que existe un interés público concede legitimación tanto activa como pasiva al Ministerio Fiscal (arts. 74, 75 cc, etc.). En estos casos no podemos hablar de arbitraje, así que no entraremos en su estudio.

---

<sup>451</sup> Todas estas manifestaciones pueden considerarse trasladables al arbitraje, pero no entraremos a debatir todos los problemas que pueden surgir al respecto, por exceder del tamaño de este trabajo, por lo que nos limitamos a remitirnos a MARTINEZ GARCIA, E., *El arbitraje en el marco de la ley...*, cit., pp. 165 – 170, así como a, JIMÉNEZ FORTEA, J. y MARTINEZ GARCIA, E., *La tutela de los consumidores y usuarios...*, cit., pp. 77 – 152.

Otro ejemplo de tal legitimación es, entre otros, el del artículo 25 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de la publicidad, que legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios para solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita.

<sup>452</sup> No es el único supuesto de legitimación de entidades para el ejercicio de acciones fundadas en derechos de titularidad ajena: el artículo 150 de la Ley de propiedad intelectual 22/1987, de 11 de noviembre, atribuye tal legitimación a las denominadas “entidades de gestión”.

Antes de finalizar el apartado correspondiente a la legitimación queremos hacer una breve reflexión acerca de si es posible que exista sucesión procesal en el arbitraje. Hablamos de sucesión procesal cuando durante el proceso arbitral, cambia una persona por otra, en la misma posición procesal, al convertirse la segunda en titular de la relación jurídica habilitante para formular la pretensión que provocó el arbitraje. El caso más común proviene de la situación en que uno de los sujetos del arbitraje muere, en donde el heredero sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones (art. 661 cc), aunque en determinados casos la muerte extingue el proceso, como puede ser en el juicio de divorcio.

Nos preguntamos, pues, si el heredero debe continuar en el proceso arbitral, o si por el contrario éste debe finalizar y al respecto, interesante resulta el AAP Córdoba de 13 de mayo de 2002, al enunciar: *“El heredero solo quedará obligado cuando falte el contratante causante a quien heredo. Sin embargo, como autorizada doctrina recoge, no quedaran obligados los herederos si se trata de prestaciones personalísimas, es decir, convenidas en atención a las cualidades o habilidades propias del contratante - por ejemplo un pintor de cierto estilo artístico- o en virtud de la confianza que el contratante inspiro a su contraparte - por ejemplo, al designarle su mandatario-. Pues bien, nada de ello sucede en el convenio arbitral respecto a los causahabientes las partes contratantes que se verán vinculadas por el suscrito por estas, ya que la designación del árbitro en el convenio arbitral se funda en sus cualidades personales y profesionales, sin que quepa que, unilateralmente pueda perderse la confianza en él por puro subjetivismo, ya que ello supondría tanto como dejar al arbitrio de una parte el cumplimiento de los contratos, lo que veda el artículo 1256 del Código Civil”*<sup>453</sup>.

El heredero asume las obligaciones del causante, es evidente que todo lo que es transmisible se transmite, salvo que se acepte la herencia a beneficio de inventario. Consideramos que el convenio arbitral, a la postre el sometimiento a arbitraje, es una obligación contractual, aun cuando sea un contrato autónomo diferente del contrato principal, que puede ser objeto de transmisión, y consecuentemente, el heredero podrá continuar en el procedimiento arbitral. Aunque debemos ser cautelosos con tal afirmación si somos conscientes de

---

<sup>453</sup> JUR 2002/188085.

que estamos ante una renuncia del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que en todo caso, dicha sucesión será posible, siempre y cuando ambas partes estén de acuerdo al respecto<sup>454</sup>.

### c) Tratamiento procesal

Resta por conocer el tratamiento procesal de estos requisitos, y determinar quien debe controlar la falta de capacidad y legitimación de las partes, es decir, si debe ser el árbitro de oficio o las partes quienes deban hacerlo. Para ello, debemos acudir al artículo 22.1 LA que señala: “*Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia*”.

Nos preguntamos si los términos empleados en el artículo 22 LA comprenden el control de los requisitos de aptitud de las partes y consideramos que sí. Principalmente, con base en que la misma Exposición de Motivos de la ley arbitral, respecto a dicho precepto, ha aclarado que bajo el término genérico de competencia han de entenderse incluidas no sólo las cuestiones que estrictamente son tales, sino cualesquiera cuestiones que puedan obstar a un pronunciamiento de fondo sobre la controversia (salvo las relativas a las personas de los árbitros, que tienen su tratamiento propio), por tanto, las relativas a la capacidad y a la legitimación.

Además, así lo confirman los trabajos preparatorios de la Ley Modelo UNCITRAL, en concreto el Comentario analítico sobre el proyecto de texto de

---

<sup>454</sup> En los países de nuestro entorno se ha admitido la transmisión de la cláusula arbitral, como, por ejemplo, ocurrió en Francia en una sentencia de la Corte de Casación (civ.1re) de 6 de noviembre de 1990, comentada por DELEBECQUE, P., “La transmisión de la clause compromissoire (a propos de l’arret cass.civ. 1re, 6 novembre 1998)”, *Revue de la l’arbitrage*, 1991, nº 1, pp. 19 – 32. En este mismo sentido se pronuncian POUURET, J. F y BESSON, S., quienes consideran que el sucesor a título universal se encuentra ligado a la cláusula arbitral concluida por aquel al que sucede, bajo la reserva de pacto en contrario, particularmente si dicha cláusula comporta un carácter estrictamente personal, en *Droit comparé de l’arbitrage international*, Schulthess Médias Juridiques SA, Zurich, 2002, p. 265. En Inglaterra esta misma regla se ha adoptado en la *Arbitration Act* de 1996 (sect. 8).

También podemos cuestionarnos que ocurre en el supuesto en el que se produzca la cesión del contrato principal. Al respecto, VERDERA SERVER, partiendo de la hipótesis en la que el consentimiento (del cedente, del cedido y del cesionario) para la cesión se ha manifestado respecto del llamado contrato principal en su conjunto, sin añadir alguna referencia a la cláusula arbitral, el cedido y el cesionario continúan vinculados por el convenio arbitral que constaba en el objeto de la cesión. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 343

una Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, en donde se señala que entre las cuestiones que pueden afectar a la competencia de los árbitros se encuentran las relativas a la capacidad de las partes, siendo posible el control de oficio de su falta<sup>455</sup>.

Por tanto, el árbitro conjuntamente deberá controlar de oficio quiénes solicitan la tutela arbitral y frente a quién se solicita y si son aquéllos los que fueron parte en el convenio arbitral. Pero además de dicho control de oficio, también podrá alegarse la falta de capacidad por alguna de las partes, es decir, también se mantiene la posibilidad de un control a instancia de parte, que podrá manifestarse por medio de la vía de excepción (art. 22.1 LA). Dicha excepción deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación y los árbitros únicamente podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad, si la demora resulta justificada (art. 22.2 LA). Una vez propuestas dichas excepciones por el demandado, los árbitros podrán decidirla con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión que adopten los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo que, en su día, se adopte (art. 22.3 LA)<sup>456</sup>.

En el supuesto en el que se determinase que las partes no ostentan la capacidad o legitimación exigida, podrá considerarse que el convenio arbitral no es válido y, por tanto, el laudo que pudiera dictar el árbitro sería susceptible de anulación por las partes (art. 41. 1. a LA), por lo que los árbitros no deberán entrar a conocer el fondo del asunto y en este sentido deberán pronunciarse, pues se trata de una cuestión que con toda claridad les impide resolver sobre la cuestión objeto de litigio.

---

<sup>455</sup> CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral...*, cit., p. 69.

<sup>456</sup> La Exposición de Motivos de la ley indica: *“La regla de la alegación previa de las cuestiones atinentes a la competencia de los árbitros tiene una razonable modulación en los casos en que la alegación tardía está, a juicio de los árbitros, justificada, en la medida en que la parte no pudo realizar esa alegación con anterioridad y que su actitud durante el procedimiento no puede ser interpretada como una aceptación de la competencia de los árbitros. Queda a la apreciación de los árbitros la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo. La ley parte de la base de que los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas”*.

### C) Postulación

La ley arbitral no exige en el arbitraje postulación alguna, por lo que las partes del proceso podrán acudir a este medio de solución de controversias sin necesidad de estar provistos de la representación de un procurador ni de la defensa de un abogado, tanto si se trata de un arbitraje de equidad como de uno de derecho.

Sin embargo, en el arbitraje de consumo su ley reguladora si se manifiesta al respecto, y en este sentido, el artículo 10.2 RD 636/1993, señala: *“Las partes podrán actuar por sí o debidamente representadas. El colegio arbitral apreciará en este caso la suficiencia de la representación”*.

Siguiendo el espíritu de la LA, la intervención de abogados y procuradores en el arbitraje no es preceptiva por lo que tal decisión puede quedar en manos de las partes, y si éstas resuelven que deben ser asistidas por ellos, así lo harán. Será posible que las partes asistan al proceso solo provistas de abogado y no de procurador o a la inversa, asimismo, nada obsta a que solo una de las partes acuda a la ayuda de estos profesionales y la otra no lo haga.

En todo caso, considero que las partes deberán comunicarse para anunciar a la otra parte si ha decidido ir acompañada de dichos profesionales; el demandante lo deberá hacer en el mismo escrito de la demanda, y si no lo ha hecho y el demandado pretende hacerlo, también deberá comunicarlo al demandante en su contestación a la demanda, momento a partir del cual el demandante podrá decidir actuar del mismo modo, a pesar de que en un principio su decisión fuera en sentido contrario. Dicha comunicación resulta necesaria en orden a garantizar el principio de igualdad requerido en el proceso arbitral, y en el arbitraje *on line* se realizará normalmente por medio de correo electrónico.

Si bien en modo alguno resulta obligatorio - consideramos- que en aquellos arbitrajes que ostenten una cierta entidad y complicación, resultará aconsejable que las partes acudan asistidas de tal intervención en aras a facilitar el desarrollo del proceso arbitral, así como defender sus intereses<sup>457</sup>.

---

<sup>457</sup> En el caso en el que intervengan las partes acompañadas de abogados o procuradores, según convengan las partes, se podrá modificar el sujeto receptor de las notificaciones y comunicaciones a las que se refiere el artículo 5 LA, indicando que será el domicilio del abogado o procurador el adecuado para la recepción de dichos actos de comunicación.

Esta cuestión incide de pleno en el tema de las costas pues, si bien la anterior ley de arbitraje ignoró completamente en su artículo 35 referente a las costas, la posibilidad de que los honorarios y gastos de los abogados y procuradores se integraran en éstas, el artículo 37.6 de la nueva ley de arbitraje si lo contempla y en este sentido señala: *"con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral"*, por tanto, si las partes así lo convienen o así lo prevé el reglamento de la institución arbitral correspondiente, este gasto si podrá formar parte de las costas del procedimiento.

En todo caso, podrán existir en las diversas instituciones arbitrales, normas específicas sobre la postulación como, por ejemplo, ocurre en el Reglamento de la Corte Vasca de Arbitraje cuyo artículo 11 señala: *"Las partes podrán concurrir a la tramitación de las actuaciones arbitrales, por sí mismas o por medio de representantes o asesores debidamente acreditados. Las partes podrán estar asistidas por abogados en ejercicio"*<sup>458</sup>.

---

<sup>458</sup> El Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Valencia en su artículo 11 se pronuncia en el mismo sentido cuando indica: *"Las partes podrán concurrir al procedimiento, por sí mismas o por medio de representantes o asesores debidamente acreditados. Las partes podrán estar asistidas por Abogados en ejercicio"*.



## **Capítulo tercero**

### **Desarrollo del procedimiento arbitral on line**



## CAPÍTULO TERCERO

### DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL ON LINE

Los árbitros exigen un medio a través del cual ejercerán su misión. Este medio no puede ser otro que el proceso arbitral; este proceso se exteriorizará a través del procedimiento<sup>459</sup>.

Hoy el procedimiento se convierte en la sucesión concatenada de actuaciones que pretenden ofrecer una respuesta instrumental para el desarrollo y plasmación, desde la libertad de los sujetos intervinientes en el arbitraje, de la función arbitral, lo que significa, a la postre, un componente más, de los múltiples que conforman el arbitraje<sup>460</sup>.

El procedimiento en el arbitraje *on line* se llevará a cabo en línea, es decir, por medios electrónicos, presentando no pocas particularidades que permiten calificarlo de original, además de ágil, eficaz y práctico.

#### I. ACTUACIONES ARBITRALES: REGLAS DE PROCEDIMIENTO

Antes de comenzar a estudiar el desarrollo del procedimiento arbitral *on line*, debemos detenemos en aspectos tan fundamentales como son el idioma y el lugar del arbitraje, los plazos del proceso arbitral y finalmente el régimen de las notificaciones que se llevarán a cabo durante el procedimiento arbitral por la indiscutible repercusión que presentan todos estos aspectos en el desarrollo del mismo.

##### 1) Lugar de celebración e idioma

En la nueva ley arbitral, a diferencia de lo que ocurría en la anterior ley de arbitraje de 1988, el lugar y el idioma del arbitraje aparecen regulados en dos artículos diferentes, concretamente en los artículos 26 y 28 LA, respectivamente. En ambos preceptos la ley de arbitraje deja un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de elegir tanto el lugar de celebración del arbitraje como el idioma en que desean que se lleven a cabo las actuaciones.

---

<sup>459</sup> No observamos en el articulado de la ley arbitral referencia alguna al "proceso" arbitral, pero ello no es óbice a su existencia. Si se deduce, sin embargo, de la Exposición de Motivos de la ley cuando se refiere al arbitraje, "como proceso que es".

<sup>460</sup> BARONA VILAR, S., "El procedimiento arbitral", cit.

## A) Idioma

Cuando hablamos del idioma del arbitraje nos referimos al idioma que se utilizará en los escritos de las partes, en las audiencias, en los laudos y en las decisiones o comunicaciones.

Las partes gozan de plena autonomía de la voluntad a la hora de fijar la lengua del procedimiento arbitral y, en caso de que las partes no hayan mencionado en el convenio arbitral la lengua del procedimiento o no se hayan puesto de acuerdo al respecto, será el árbitro quien la determine con total libertad pero atendidas las circunstancias del caso<sup>461</sup>.

El idioma del arbitraje es una cuestión delicada pues se encuentra estrechamente relacionada con el respeto al principio de defensa e igualdad de las partes en el proceso.

En este orden de ideas, consideramos plausible la autonomía que en la nueva ley arbitral presenta el idioma del arbitraje respecto al lugar del arbitraje por la importancia implícita que el primero ostenta en orden a garantizar el derecho de defensa de las partes del proceso, así como los principios fundamentales de igualdad, audiencia y contradicción que la ley de arbitraje proclama en su artículo 24 LA. En consecuencia, una eventual postura de los árbitros a la hora de elegir el idioma del arbitraje que impidiera a las partes hacer valer sus derechos y consecuentemente creara indefensión al no respetarse estos principios fundamentales, podría provocar la anulación del laudo (art. 41.1 LA). La importancia del idioma del arbitraje se contempla, en palabras de PALAO MORENO, tanto desde un punto de vista psicológico como desde una perspectiva jurídica así como desde una óptica económica<sup>462</sup>.

---

<sup>461</sup> En la ley de arbitraje de 1988 se establecían dos límites a la libertad de los árbitros a la hora de elegir el idioma del arbitraje que ahora han desaparecido, éstos eran: 1) imposibilidad de escoger una lengua que resultare desconocida para ambas partes y, 2) debía tratarse de una lengua oficial en el territorio donde se llevara a cabo el arbitraje.

<sup>462</sup> *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, (coord. BARONA VILAR), cit, p. 990. Este autor manifiesta que la delimitación del idioma del arbitraje es importante por varias razones, razones que quizás están notablemente más acentuadas en el ámbito del arbitraje comercial internacional, y que presentan un triple significado: 1) El idioma constituye un medio de comunicación y de expresión de la cultura; 2) Entronca directamente con el ejercicio del derecho de defensa, que quedaría obstaculizado si la parte no conociese o no pudiese conocer cuanto se aporta por la otra al proceso arbitral y cuanto es resuelto por los árbitros; 3) Incide directamente en el coste final del arbitraje por cuanto es obvio que cuando éste se desarrolla en idioma distinto del conocido, los costes se encarecen al necesitar traducción de cuanto se

Una vez más, este precepto de la ley arbitral (art. 28 LA) se encuentra en gran medida influenciado por la Ley Modelo UNCITRAL, concretamente por su artículo 22, siendo posible la utilización de más de un idioma en el procedimiento arbitral, lo que resulta bastante adecuado a la realidad práctica, sobre todo del arbitraje internacional, pues será frecuente que los documentos que sustenten el arbitraje aparezcan redactados en diferentes idiomas cuando las partes procedan de diferentes países del mundo, quienes a su vez hablarán diferentes idiomas<sup>463</sup>. Si no se otorgara dicha posibilidad, podría llegar a resultar excesivamente costoso un procedimiento arbitral en que todos y cada uno de los documentos tuvieran que traducirse y además, resultare necesario acudir a la traducción simultánea para la comunicación entre las partes.

Gracias a la existencia de las nuevas tecnologías, los ordenadores permiten ya la utilización de determinados programas traductores a disposición de los usuarios que eliminan la barrera del idioma, otorgando un grado de confianza considerable a las partes. Asimismo existen diversos diccionarios *on line* que agilizan y ayudan a la traducción en diferentes idiomas<sup>464</sup>.

Si bien son las partes quienes tienen la libertad de decidir el idioma del arbitraje, cabe preguntarnos hasta que momento gozarán de tal libertad, o lo que es lo mismo, si existe algún límite temporal a dicha elección. En principio, entendemos que deberán fijarlo en el convenio arbitral, pero nos cuestionamos si podrán hacerlo también en acuerdos complementarios y posteriores a dicho convenio o incluso si tendrán la posibilidad de cambiarlo una vez ya lo han escogido. En este sentido, VERDERA Y TUELLS manifiesta que si las partes

---

aporte al proceso mismo y, en su caso, necesitar de la participación de un intérprete en las actuaciones orales.

Además, en este sentido, VIDAL FERNANDEZ, B., considera que la elección del idioma del arbitraje es un elemento a tener en cuenta en el momento de seleccionar a los árbitros e incluso puede llegar a condicionar la elección del despacho de abogados que va a representar a las partes en el caso en que éstas decidan acudir representadas por alguien. *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje...*, cit, p. 498. La importancia de la elección del idioma del arbitraje se refleja claramente en OEHMKE THOMAS, H., *Oehmke commercial arbitration*, Thomson/West, Minnesota, 2003, p. 41:35, quien considera que dicha elección supone una cuestión fundamental en el arbitraje cuya importancia sólo viene superada por la elección del lugar y de la ley aplicable.

<sup>463</sup> Aunque se entiende que se prevé especialmente para el arbitraje internacional, también resultará práctico en determinadas ocasiones en los arbitrajes naciones entre personas que sean de comunidades autónomas en las que se hable, además del castellano, una segunda lengua oficial.

<sup>464</sup> Entre ellos, destacamos a título de ejemplo la dirección: [www.wordreference.com](http://www.wordreference.com), donde con gran rapidez podemos traducir del español al inglés y viceversa. En el arbitraje internacional, el idioma más utilizado por los proveedores de ODR es el inglés, y después de éste los más comunes son el francés y el español.

podieran modificar dicha decisión, «se colocaría a los árbitros en una posición gravemente incómoda o difícil, y en todo caso, distinta de la que pudo inducirles a aceptar su encargo» y por ello, considera este autor que las partes podrán completar el convenio arbitral y modificar el idioma del arbitraje en cualquier momento pero siempre que sea anterior a la aceptación de los árbitros<sup>465</sup>.

Compartimos su opinión y consideramos que sí debe establecerse un límite temporal a las partes del arbitraje a la hora de elegir el idioma del proceso y que, como ya se ha dicho, en todo caso deberá preceder a la aceptación del cargo de los árbitros.

Ante el silencio de las partes, como hemos mencionado *supra*, serán los árbitros quienes decidan cual va a ser el idioma/s del arbitraje, decisión que tomarán libremente pero, tal y como señala la ley, “*atendidas las circunstancias del caso*”, expresión flexible que comprende diversas acepciones y que siguiendo a PALAO MORENO, podemos señalar determinados factores que la doctrina ha ido determinando que pueden ser tomados en cuenta por los árbitros a la hora de proceder a seleccionar el idioma del arbitraje, éstos son<sup>466</sup>:

a) Como factor principal deberá considerarse el hecho de que las partes y los árbitros compartan un mismo idioma, lo que obviamente redundará en una minoración de los costes y gastos del procedimiento, así como principalmente en orden a no favorecer a ninguna de las partes respetando los principios fundamentales del artículo 24 LA.

b) Deberá atenderse a la ley que regulará el fondo de la controversia, pues aunque no siempre resulte adecuado, puede ser un aspecto a tener en cuenta.

---

<sup>465</sup> VERDERA Y TUELLS, E., “La elección del lugar y del idioma en el procedimiento arbitral”, RCEA, 1995, p. 97. Aún así, el mismo autor cree más perturbador el cambio del lugar del arbitraje por las partes que el idioma en base a que si bien el cambio del idioma durante el procedimiento puede causar alguna perturbación, no se paralizará el proceso, pues si bien si supondría para el árbitro una incomodidad adicional o una mayor dificultad en el fiel cumplimiento de su encargo, exigiendo una mayor dedicación, resultaría en todo caso superable acudiendo al servicio de intérpretes.

<sup>466</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, pp. 996 y ss.

c) En el supuesto de encontrarnos ante un arbitraje institucional, deberá observarse el idioma que contempla el reglamento de la institución correspondiente.

d) Se tendrá en cuenta el idioma del lugar del arbitraje.

e) Resultará esencial la labor de los árbitros de tratar de deducir la voluntad implícita de las partes a partir de una serie de factores, entre los que destaca el idioma que han utilizado las partes durante las negociaciones, el idioma en el que se han escrito los documentos, etc.

f) También puede resultar de ayuda el idioma en que se haya redactado el contrato subyacente, aunque consideramos que este factor no debe ser siempre relevante, habida cuenta de que la gran parte de los contratos comerciales internacionales son en inglés, etc.

A su vez, en el inciso final del artículo 28 LA, se indica que los árbitros podrán ordenar que sean aportados documentos o realizadas determinadas actuaciones en idioma distinto al del arbitraje sin necesidad de traducción, salvo pacto en contrario de las partes. Este artículo se distancia de lo dispuesto en la Ley Modelo (art. 22.2) y en el Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL (art. 17.2), donde en sentido inverso, el árbitro si podrá ordenar que se acompañe a las pruebas documentales una traducción del idioma/s del arbitraje. Dicho giro se fundamenta en la voluntad del legislador de agilizar el proceso, evitando determinadas actuaciones que resulten innecesarias en la práctica que retrasen sin justificación alguna el proceso<sup>467</sup>.

En cualquier caso, si en el arbitraje resultare necesario la intervención de algún interprete (jurado o no<sup>468</sup>) o fuere necesario proceder a la traducción de

---

<sup>467</sup> Parte de la doctrina considera más adecuada la opción adoptada por la Ley Modelo y en este sentido ALZAGA VILLAAMIL, O., señala: «*ello nunca podría derivar en la aportación de documentos que no fueran entendidos por las partes, por lo que consideramos que en todo caso deberán en la mayoría de las ocasiones realizarse las oportunas traducciones al idioma o idiomas elegidos, motivo éste por el que probablemente hubiera sido más operativo desde un inicio ordenar el acompañamiento de las correspondientes traducciones, como prevé la Ley Modelo*». *Comentarios a la nueva ley...*, (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), cit, p. 317. De este mismo autor y en esta misma obra resulta interesante el debate que plantea el problema que podría surgir cuando el árbitro, a falta de acuerdo de las partes, optara por un idioma para el arbitraje que no fuera el castellano y su eventual contradicción con la Constitución Española, concretamente con su artículo 3 CE que declara el castellano lengua oficial del Estado. Ob. cit, pp. 320 y ss.

<sup>468</sup> Un sector de la doctrina considera deseable que el traductor, cuando nos encontremos ante un arbitraje de derecho, sea un jurista que hable dicho idioma. VÁRADY, T., BARCELÓ, J.J. y VON MEHREN, A.T., *International Commercial Arbitration. A Transnational Perspective*, West Group, St. Paul, Minnesota, 1999, p. 470.

algunos de los documentos, consideramos que dichas actuaciones deberán reflejarse en concepto de gastos en las costas del arbitraje a las que se refiere el artículo 37.6 LA en cuanto se consideran “gastos originados en el procedimiento arbitral”.

## B) Lugar

Por lugar del arbitraje debemos entender el sitio donde va a desarrollarse el mismo o el emplazamiento donde se llevará a cabo el proceso arbitral así como el lugar donde con posterioridad deberá dictarse el laudo<sup>469</sup>.

Tal y como señala la Exposición de Motivos de la LA, la determinación del lugar o sede<sup>470</sup> del arbitraje es “*jurídicamente relevante en muchos aspectos*”, pero su fijación no debe suponer rigidez para el desarrollo del procedimiento. La determinación de la sede del arbitraje presenta una especial importancia por su gran trascendencia, hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha llegado a reputar como nulo el convenio arbitral que no recoja el lugar de celebración del arbitraje (STS de 22 septiembre 1987<sup>471</sup>), pues la elección del lugar del arbitraje afecta a diversos preceptos de la ley arbitral, preceptos que exponemos a continuación:

- En primer lugar, permite determinar el ámbito de aplicación de la ley de arbitraje<sup>472</sup>. Si el lugar del arbitraje se encuentra en territorio español se aplicará la ley de arbitraje española, por tanto, el laudo dictado en nuestro país según la ley española de arbitraje se considerará “laudo nacional” y al ser título ejecutivo en España se ejecutará sin necesidad de “*exequátur*”.

---

<sup>469</sup> PALAO MORENO, G., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. BARONA VILAR, S.), cit. p. 938 y MASCARELL NAVARRO, M. J., “artículo 24” en *Comentario breve a la ley de arbitraje, AAVV*, (coord. MONTERO AROCA), Madrid, 1990, p. 135.

<sup>470</sup> La ley de arbitraje utiliza indistintamente estos dos términos.

<sup>471</sup> RJ 1987/6189. Vid. también, STS de 4 de julio de de 1989 (RJ 1989/5296).

<sup>472</sup> El artículo 1 de la LA señala: “*Esta Ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en Leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje*”. La LA 60/2003 rige los arbitrajes nacionales, de tal manera que cuando las partes determinen que la ley aplicable al conflicto es la ley de arbitraje española, al mismo tiempo se estará determinando la aplicabilidad de la norma procesal supletoria así como el órgano jurisdiccional que deberá actuar en los casos de necesaria intervención jurisdiccional en el arbitraje.



- Además, el artículo 3.1 b) LA señala que el arbitraje tendrá carácter internacional cuando el lugar del arbitraje determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste se encuentre situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios. Esta disposición resulta novedosa respecto a la anterior ley de arbitraje de 1988 que calificaba de "internacional" el arbitraje ubicado en España pero cuyas partes litigantes se hallaban establecidas en países diferentes.

- También afectará a todas aquellas normas de competencia judicial objetiva y territorial de los tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje, señalando el artículo 8 LA, la autoridad judicial que deberá intervenir en el proceso arbitral dependiendo del supuesto ante el que nos encontremos; así, entre otros, en el nombramiento judicial de árbitros será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje, para la ejecución forzosa del laudo será competente el juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo, para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Audiencia Provincial del lugar donde aquél se hubiere dictado, etc<sup>473</sup>.

- Finalmente, en lo que al contenido del laudo se refiere, el artículo 37. 5 LA indica que el laudo deberá contener la fecha en que haya sido dictado y el lugar del arbitraje, considerándose el laudo dictado en ese lugar. La ausencia de dicha mención podrá considerarse motivo de anulación del laudo por no ajustarse a la ley de arbitraje.

La LA proclama que el lugar en el que deberá practicarse el arbitraje lo podrán determinar libremente las partes y, ante la falta de acuerdo de éstas, lo decidirán los árbitros atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes; por tanto, los árbitros únicamente actuarán supletoriamente ante la falta de acuerdo de las partes o simplemente ante la ausencia de su

---

<sup>473</sup> La importancia de la determinación del lugar del arbitraje viene reflejada en la SAP Valencia de 19 de febrero de 2003 (JUR 2003/94034), en la que se anula un laudo que ha sido dictado en sitio distinto al convenido por las partes en el convenio, destacando que el lugar del arbitraje permite determinar la autoridad judicial que debe intervenir en el arbitraje con el fin de llevar a cabo decisivas actuaciones procesales, como eran, respecto de la ley 36/1988, la presentación de la acción de anulación, la adopción de medidas cautelares y la ejecución forzosa del laudo. Vid. COEN, J. R., *International Commercial Arbitration: American Principles and Practice in a global context*, Translational Publishers Inc, NY, 1997, pp. 52 y ss y, MORAND, C. *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruselas, 2001.

concreción, siempre y cuando las partes no se hayan remitido a un concreto reglamento de una institución arbitral que ya determine el lugar del arbitraje<sup>474</sup>.

Los criterios que deben seguir las partes a la hora de elegir el lugar del arbitraje se pueden dividir, siguiendo a PALAO MORENO, en dos grupos<sup>475</sup>:

a) El primero de ellos se enfoca desde un punto de vista jurídico, en donde se deberán tener en cuenta factores como, por ejemplo, si el Estado en cuestión es parte o no del Convenio de NY<sup>476</sup>, estudiar las relaciones entre el arbitraje y el poder judicial en la normativa del país en cuestión en aras a las funciones de apoyo y control judicial del arbitraje, la naturaleza de las leyes procesales y arbitrales del Estado para conocer cuestiones tan fundamentales como la arbitrabilidad de las controversias, la capacidad de las partes para someterse al arbitraje, el régimen de las pruebas, etc.

b) En el segundo grupo englobamos todos aquellos factores de naturaleza económica, práctica, social, etc., que pueden ir desde elegir el lugar donde residen las partes en atención a su proximidad con el lugar del arbitraje, lo que obviamente redundará en la comodidad para éstas, hasta la elección del lugar sobre la base de que tal ubicación no conlleve excesivos costes, etc.

Al igual que sucede con el idioma del arbitraje, debemos preguntarnos si existe algún límite temporal al derecho de las partes de elegir el lugar en el que se desarrollará el arbitraje o bien hasta que momento las partes gozarán de dicho derecho. Al respecto, llegamos a la misma conclusión que adoptamos en lo que al idioma del arbitraje se refiere y que ya señaló VERDERA Y TUELLS, es decir, las partes podrán modificar en cualquier momento tal decisión, siempre y cuando sea anterior a la aceptación de los árbitros de su cargo, pues si así no

---

<sup>474</sup> También podrían actuar los árbitros ante la falta de claridad del convenio arbitral en este punto. Todo ello no obsta a que las partes autoricen a un tercero o a alguna institución para que adopten dicha decisión. A título de ejemplo, el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de París señala en su artículo 14: "1. La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido, 2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral, previa consulta con aquéllas, podrá celebrar audiencias y reuniones en cualquier lugar que resulte apropiado, 3. El Tribunal Arbitral podrá deliberar en cualquier lugar que resulte apropiado".

<sup>475</sup> *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit., pp. 950 y ss.

<sup>476</sup> No será el caso de España, pues nuestro país se adhirió a tal convenio con efectos universales, *erga omnes*, no resultando necesario conocer donde se dictó el laudo para la puesta en funcionamiento del Convenio.

fuera, se situaría al árbitro en una situación de incertidumbre además de distinta a la que inicialmente le llevó a aceptar su misión de árbitro<sup>477</sup>.

No se planteará ningún problema si las partes ya han especificado en el convenio arbitral el lugar en el que pretenden que se desarrolle el arbitraje, pues el árbitro antes de la aceptación del encargo de su misión ya conoce dicho lugar; sin embargo, el problema surgirá cuando las partes ya han sido notificadas de la aceptación del árbitro y éstas tratan ahora de modificar e imponer a los árbitros un lugar diferente al inicialmente previsto. En este mismo sentido, opinamos, al igual que DE ÁNGEL YAGUEZ, que la capacidad y libertad de las partes debe encontrar algún límite cuando deban decidirse cuestiones que no resultan indiferentes para los árbitros, como son el lugar y el idioma del arbitraje<sup>478</sup>. Y todo ello a pesar del tenor literal de la ley del que se desprende que no existe límite temporal alguno para las partes.

La ley arbitral de 1988 adoptaba un criterio sumamente estático y tradicional en relación con el lugar en el que debía desarrollarse el arbitraje<sup>479</sup>. Del artículo 24.1 de esta ley se deducía que el arbitraje debía tramitarse en un lugar concreto, en una única sede física, pues si bien esta ley otorgaba la posibilidad a los árbitros de establecer sedes diferentes para la realización de las diversas actuaciones arbitrales, no permitía, como señala LORCA NAVARRETE, la promiscuidad del árbitro en modo tal que le autorizara a actuar indistintamente y, a la vez, en lugares o sedes físicas diversas con la consiguiente ruptura de la unidad operativa estática del arbitraje respecto de una concreta sede física<sup>480</sup>. A pesar de lo dicho, también hallábamos argumentos que desvirtuaban tal posición, pues nada impedía que la autonomía de la voluntad de las partes o bien el reglamento de la institución arbitral decidiera que el árbitro pudiera actuar indiferentemente en lugares diversos rompiendo tal principio de unidad estática.

Con la llegada de la nueva ley de arbitraje 60/2003 y siguiendo los pasos del artículo 20 de la Ley Modelo UNCITRAL, ya se contempla la posibilidad de que los árbitros se reúnan en sede distinta de la del arbitraje, en cualquier lugar

---

<sup>477</sup> "El idioma y el lugar del arbitraje...", cit, p. 101.

<sup>478</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), cit., pp. 414 y 415.

<sup>479</sup> Así lo consideran diferentes autores tales como LORCA NAVARRETE, A., en "El uso de la videoconferencia en el arbitraje", *Diario La Ley*, nº 5839, Madrid, 1 de septiembre 2003, p. 1.

<sup>480</sup> "El uso de la videoconferencia...", cit, p. 1.

que consideren conveniente. Sin embargo, diferencia nuestra ley de arbitraje las deliberaciones de los árbitros del resto de actuaciones que pueden llevarse a cabo en sede distinta del arbitraje, pues mientras el oír a testigos, peritos o a las partes, o el examinar o reconocer objetos, documentos o personas, necesitarán como señala la ley “*previa consulta a las partes y salvo acuerdo contrario de éstas*”, los árbitros podrán celebrar deliberaciones en cualquier lugar que estimen oportuno sin exigirse la mencionada participación de las partes.

Encontramos justificada dicha diferenciación ya que la facultad de los árbitros de determinar el lugar de sus deliberaciones que consideren más apropiado, no afecta al comportamiento de las partes, a diferencia de lo que ocurre con el resto de actuaciones en las que si deberán ser previamente notificadas y consultadas en orden a garantizar los principios fundamentales del proceso de defensa, audiencia, igualdad y contradicción. Ello responde a la voluntad del legislador español de otorgar al procedimiento arbitral de una mayor flexibilidad en este punto respecto al procedimiento judicial, cuyos órganos lógicamente están obligados a deliberar únicamente en su sede<sup>481</sup>. Consecuentemente no cabrá impugnación alguna del laudo alegando que las deliberaciones no han tenido lugar en la sede del arbitraje.

En cualquier caso, aunque la ley parece que pretenda limitar esas actuaciones a la audiencia de testigos, peritos o partes y al examen y reconocimiento de objetos, documentos o personas, entendemos que lo mismo sucederá cuando ante actuaciones similares nos encontremos.

Deberá, por tanto, determinarse la sede física del arbitraje, pero cuando los procedimientos se desarrollan *on line* pueden surgir dificultades adicionales si la normativa aplicable depende de la localización física, y podría conducir a lo que la doctrina ha denominado “laudo flotante” (*floating award*)<sup>482</sup>. Algunos

---

<sup>481</sup> ALZAGA VILAAMI, O., *Comentarios a la nueva ley...*, cit, p. 301.

<sup>482</sup> Algunos autores pretenden desligar los mecanismos de ODR de todo derecho de emanación estatal, se trata de las teorías de la “des-localización” del arbitraje internacional. Según estos autores – Perrit o Lessig- los grupos de sitios comerciales se adherirían a un sistema de ODR, adoptarían sus propias reglas, tanto relativas al derecho material de obligaciones como al procedimiento, establecerían un mecanismo de ejecución de decisiones y funcionarían así, en cierta manera, en forma de autarquías agrupadas en “mercados” (“market places”), sin recurrir necesariamente ni al derecho ni a los tribunales estatales. KAUFMANN-KOHLER, G., “*La resolución de los litigios en línea...*”, cit., p. 21. En sentido contrario, ARSIC, J., ha puesto de relieve que debe ser rechazada la posibilidad de concretar la sede del arbitraje en Internet atendiendo a la ubicación de los servidores a través de los cuales los árbitros y las

ordenamientos han tratado de solucionar el problema adoptando la teoría suiza de “la silla del arbitraje” que conecta el arbitraje a un sistema legal concreto, independientemente del lugar físico donde se desarrollan los procedimientos<sup>483</sup>.

El arbitraje *on line* no debe inducir a una pérdida de territorialidad en el sentido de desamparo ante un arbitraje deslocalizado en la Red. En ella, la sede del arbitraje es una ficción jurídica que debe ser determinada por las partes o, en su defecto, por la institución arbitral. Ejemplo de ello lo observamos en los arbitrajes telemáticos llevados a cabo en la web de la OMPI, que han fijado su sede en Ginebra<sup>484</sup>.

Por tanto, la autonomía de las partes a la hora de determinar el lugar del arbitraje no vendrá afectada por el hecho de que el procedimiento del arbitraje se desarrolle por medios telemáticos. Pero, como señala PALAO MORENO: *«consideramos que el procedimiento arbitral no puede moverse en el vacío y, por consiguiente, no puede verse ordenado simplemente por la voluntad de las partes, desconectado de todo ordenamiento estatal, así como, consecuentemente, de sus disposiciones de naturaleza imperativa y de sus principios fundamentales»*<sup>485</sup>. En consecuencia, opinamos que deberán las partes elegir un lugar, si bien ficticio, acorde con la realidad que están presenciando.

## 2) Plazos

Resulta curioso que el legislador haya refundido en el mismo artículo 5 LA el régimen de notificaciones y comunicaciones y el sistema de cómputo de

---

partes operan en la Red. “International commercial arbitration on the Internet. Has the future come too early?”, 14 Journal of International Arbitration, nº 3, septiembre 1997, pp. 209 – 221.

<sup>483</sup> Vid. en este sentido GRAHAM, J., “La delocalización del arbitraje virtual”, ALFA REDI, nº 101, febrero 2002, <http://www.alfa-redi.org>.

<sup>484</sup> En esta misma línea se ha pronunciado GONZALO QUIROGA, M., quien ha manifestado: *«Si durante algún tiempo las polémicas en cuanto al arbitraje deslocalizado o desterritorializado han ocupado buena parte del quehacer científico de nuestra disciplina no cabe duda de que el cenit por excelencia de la deslocalización del arbitraje aparece en la red. El problema, pues, es viejo pero con formas nuevas»*. “Globalización, deslocalización y arbitraje privado internacional: ¿Utopía o realidad de un orden público transnacional?”, RCEA, 2000-2001. Asimismo DE MIGUEL ASENSIO ha señalado que la precisión del lugar del arbitraje, que tiende a convertirse en una ficción carente de vínculos materiales con el desarrollo del arbitraje, parece especialmente controvertida respecto del arbitraje en Internet, dificultad que puede ser obviada con relativa sencillez, mediante el acuerdo de las partes acerca de la sede del arbitraje o por los árbitros al explicitar un determinado lugar como el de la emisión del laudo. *Derecho privado en Internet...*, cit., p. 430.

<sup>485</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, p. 949.

plazos, pues se trata de dos materias que son diferentes entre si y que consideramos deberían haberse regulado en preceptos diferentes.

La ley arbitral contempla un sistema distinto al previsto en la LEC, además de supletorio de la voluntad de las partes, introduciendo, una vez más, la frase "*salvo acuerdo en contrario de las partes*" a la hora de regular el cómputo de plazos y los actos de comunicación en el arbitraje, por lo que las partes podrán convenir otro régimen para computar los plazos del procedimiento distinto al previsto en la ley de arbitraje.

El régimen de plazos es de aplicación a la totalidad de las actuaciones tendentes a poner en marcha el arbitraje así como al conjunto de su tramitación<sup>486</sup>. En este sentido, la regla de cómputo de plazo se aplica, siguiendo a GUZMÁN FLUJA, a<sup>487</sup>:

- Los plazos otorgados a las partes que, generalmente, se deben poner en su conocimiento a través del acto de comunicación pertinente.
- Los plazos dirigidos a los candidatos a árbitros, a quienes se les debe comunicar a partir de que momento se inicia el plazo para realizar una determinada actividad como, por ejemplo, la aceptación de su cargo.
- Los plazos que (legalmente o convenidos por las partes) ordenan en el tiempo la actividad de los árbitros, plazos que no se comunican a éstos sino que operan automáticamente una vez han sido fijados.

Lo que pretende el párrafo segundo del artículo 5 de la LA relativo a los plazos del arbitraje es despejar toda duda sobre la naturaleza procesal o sustantiva de los plazos establecidos por días en la ley, señalando expresamente que éstos se computarán por días naturales y decantándose, con el propósito de reducir la duración del arbitraje, claramente por su carácter sustantivo<sup>488</sup>.

El artículo 5.b) LA contiene cuatro reglas, tres de ellas relativas al cómputo de plazos y una de ellas referente a cuando debe entenderse cumplido un plazo; al respecto y como hemos dicho *supra*, la ley de arbitraje establece que los plazos establecidos por días se computaran por días

---

<sup>486</sup> CHILLÓN MEDINA, J. M y MERINO MERCHÁN, J. F., "Valoración crítica de la nueva Ley de arbitraje", cit., p. 3.

<sup>487</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, p. 193.

<sup>488</sup> PICÓ I JUNOY, J., "El nuevo sistema de notificaciones y plazos en el arbitraje", *AJA, Especial Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje*, nº 5, Bosch, Barcelona, 2004, p. 47.

naturales a diferencia de las reglas procesales que computan excluyendo los días inhábiles. Por ello, cuando computemos los plazos en el proceso arbitral también tendremos en cuenta los domingos y festivos nacionales y de las comunidades autónomas, los días 24 y 31 de diciembre y el mes de agosto<sup>489</sup>. En este sentido se pronuncian numerosas sentencias de nuestros Tribunales, destacando entre ellas la SAP Asturias de 9 de diciembre de 2003, SAP Jaén de 9 de diciembre de 2003 y la SAP Zaragoza de 4 de noviembre de 2003, reiterando cada una de ellas que el cómputo deberá realizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 5 LA sin excluir los días inhábiles y no en el modo previsto para los actos procesales<sup>490</sup>.

La ley arbitral únicamente se refiere a los plazos fijados por días y nada señala respecto de los plazos fijados por meses, por lo que consideramos que estos últimos también deben someterse al mismo sistema de cómputo, es decir, al civil<sup>491</sup>. Con base en ello, debemos entender que se computan de fecha a fecha y cuando en el mes de vencimiento no existiera día equivalente al inicial del cómputo, deberá entenderse que vence el último día del mes<sup>492</sup>.

También determina la ley el día a partir del cual empieza a contar el cómputo de los plazos, es decir el día "a quo", que será el día siguiente al de la recepción de la comunicación o notificación, debiendo acudir al apartado primero del artículo 5 LA para deducir cuando se considerará ésta recibida<sup>493</sup>.

---

<sup>489</sup> Vid. SAP Zaragoza de 23 de junio de 2003 (JUR 2003/190944), que estima el recurso de nulidad por no haberse emitido el laudo en el plazo legal de seis meses y declara la inexistencia de justificación del retraso pues agosto es un mes hábil.

<sup>490</sup> Por este mismo orden, AC 2003/ 1845, JUR 2004/ 20137 y AC 2003/2324. Sin embargo, la cuestión no ha sido pacífica y encontramos jurisprudencia que se ha pronunciado en sentido contrario, considerando procesal el plazo para ejercitar la anulación del laudo; entre otras, SAP Madrid de 1 de julio de 1994 (AC 1994/1463) y SAP Valencia de 13 de enero de 1998 (AC 1998/2638).

<sup>491</sup> Así lo entienden, TORIBIOS FUENTES, F., *Comentarios prácticos a la ley...*, cit, p. 120, y PICÓ I JUNOY, "El nuevo sistema de...", cit, p. 48. Vid. asimismo, la STS de 4 de abril de 1998 (RJ 1998/3038).

<sup>492</sup> La misma regla opera en materia civil y en materia procesal.

<sup>493</sup> El artículo 5.a) LA señala: "*Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario*".

En cuanto al último día del plazo o día "ad quem", aunque la ley no lo establezca expresamente, se deduce de ella que el día final ha de incluirse íntegramente en el cómputo del plazo por lo que deberá cumplirse en su integridad, es decir, comprendiendo por entero sus veinticuatro horas, tal y como señala la STC de 7 de abril de 1989<sup>494</sup>. Lo que si hace la ley es proclamar que si el día "ad quem" fuere festivo en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente<sup>495</sup>. Nos encontramos ante el único supuesto en el que debemos tener en cuenta los días que son festivos en el Estado de la parte correspondiente, o si se tratare dentro de España, los festivos de la comunidad o localidad correspondiente; este supuesto será común en el arbitraje *on line* donde las notificaciones o comunicaciones se llevan a cabo por medios electrónicos o telemáticos, sin embargo resultará más difícil o incluso imposible en los arbitrajes tradicionales en los que los actos de comunicación se lleven a cabo por correo tradicional, pues en los días festivos no suele funcionar el servicio postal, ni siquiera la mensajería privada.

Finalmente, el artículo 5. b) LA señala que cuando haya de presentarse un escrito dentro de un plazo concreto, el plazo se entenderá cumplido si el escrito se remite dentro de aquél a pesar de que la recepción se haya producido con posterioridad. Nos referimos al supuesto en el que se reciba un escrito fuera de plazo; dicho precepto resuelve los problemas que podrían plantearse en casos en que el día del vencimiento del plazo fuere festivo en el lugar donde se desarrolla el arbitraje y no se pudiera entonces recibir correspondencia. A nuestro juicio, el precepto resulta muy acertado pues podría provocar injusticias el escrito presentado en plazo pero recibido fuera de

---

<sup>494</sup> RTC 1989\65. En este mismo sentido, TORIBIOS FUENTES, F., *Comentarios prácticos a la ley...*, cit, p. 120.

<sup>495</sup> La ley de arbitraje utiliza los términos "laborable y festivo" a diferencia del artículo 133 de la LEC que utiliza los términos "hábiles o inhábiles", siendo más restrictivos los primeros, pues inhábiles son, según el artículo 182 LOPJ tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales de la respectiva comunidad autónoma o localidad. Por su parte, tendrán carácter festivo, además de todos los domingos, los días de fiesta nacional, así como los festivos a efectos laborales en la respectiva comunidad autónoma o localidad. TORIBIOS FUENTES, F., *Comentarios prácticos a la...*, cit, p. 122.



él. Por ello, consideramos que el árbitro deberá tratar de dejar siempre constancia de la fecha en que se ha producido la remisión de los escritos<sup>496</sup>.

En el arbitraje *on line*, al llevarse a cabo las comunicaciones por medios telemáticos, coincide prácticamente el momento de envío o remisión del escrito y el de recepción de éste, por lo que si el escrito ha sido enviado en el plazo señalado, difícilmente se cuestionará que la recepción haya sido extemporánea. Además, gracias a la utilización de la firma electrónica quedara constancia de la fecha en que dichos escritos han sido enviados.

La nueva ley arbitral ya no se refiere en ningún momento a la preclusión de ningún plazo, la misma Exposición de Motivos señala que no entran en juego las reglas propias de los procesos judiciales en cuanto a, entre otros, la preclusión. Además, la ley de arbitraje guarda silencio respecto a la posibilidad de prórroga de los plazos, por lo que siempre y cuando las partes no hayan pactado otra cosa, consideramos que los plazos serán improrrogables acorde con la tónica de la ley de arbitraje y con la celeridad que se pretende alcanzar. A pesar de ello pensamos que, al igual que proclama nuestra LEC en su artículo 134 LEC, si bien como regla general los plazos son improrrogables, si podrán prorrogarse cuando concurren, a juicio del tribunal, circunstancias de fuerza mayor que impidan cumplir los plazos.

Para finalizar este apartado, debemos dejar claro que, tal y como señala la Exposición de Motivos de la LA, los plazos previstos en la ley para iniciar o acudir a un procedimiento judicial de apoyo o control del arbitraje serán los del artículo 5 LA y no los procesales que pudieran corresponder<sup>497</sup>. Sin embargo,

---

<sup>496</sup> Artículo 5.b) LA: *“Cuando dentro de un plazo haya de presentarse un escrito, el plazo se entenderá cumplido si el escrito se remite dentro de aquél, aunque la recepción se produzca con posterioridad”*.

<sup>497</sup> Así lo expone claramente la Exposición de Motivos de la ley cuando indica, *“Respecto del cómputo de los plazos por días, se dispone que se trata de días naturales. Esta regla no es aplicable en el seno de los procedimientos judiciales de apoyo o control del arbitraje, en que rigen las normas procesales, pero sí a los plazos establecidos, en su caso, para la iniciación de dichos procedimientos, como, por ejemplo, el ejercicio de la acción de anulación del laudo”*. Resulta evidente que, aunque la ley (Exp. Motiv) se refiera expresamente sólo a la acción de anulación del laudo, deberá considerarse incluido también el proceso de revisión del laudo. Sin embargo, la cuestión no ha sido pacífica y encontramos jurisprudencia que se ha pronunciado en sentido contrario, considerando procesal el plazo para ejercitar la anulación del laudo; entre otras, SAP Madrid de 1 de julio de 1994 (AC 1994/1463) y SAP Valencia de 13 de enero de 1998 (AC 1998/2638). Vid. el comentario realizado por BARONA VILAR, S., a la SAP Tarragona de 28 de enero de 2003 (JUR 2003/1202), que desestima el recurso planteado al considerar transcurrido el plazo de caducidad para su interposición, pronunciándose sobre la naturaleza de este plazo y caracterizándolo como plazo civil de caducidad en, Nota: *“El plazo para interponer la anulación del laudo. Naturaleza jurídica”*, RCEA, volumen XIX, 2004, pp. 157 -160.

cuando en el arbitraje se requiera la intervención judicial, en el seno de estos procedimientos judiciales de apoyo y control, los plazos si deberán regirse y computarse por las normas de improrrogabilidad, preclusión y cómputo de plazos que excluyen los días inhábiles descritos tanto en la LEC (arts. 130 a 136 LEC) como en la LOPJ (art. 185). En definitiva, los plazos de la LA se aplican hasta el momento de iniciación de estos procesos de control y apoyo del arbitraje, pero no una vez han comenzado.

### 3) Notificaciones o comunicaciones

En primer lugar debemos destacar la ubicación del precepto que regula las comunicaciones y notificaciones en el arbitraje (art. 5 LA), pues éste se encuentra en el título I de la LA referente a las “Disposiciones generales”, a diferencia de la ubicación en la ley de arbitraje anterior que las regulaba en su artículo 24.3 del título IV: “Del procedimiento”. Ello se debe, tal y como explica la Exposición de Motivos de la misma LA, a que las reglas sobre notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos se aplican tanto a las actuaciones tendentes a poner en marcha el arbitraje como al conjunto de su tramitación. Por tanto, las reglas dispuestas en el artículo 5 LA se aplicarán tanto al desarrollo del procedimiento arbitral como al comienzo de las actuaciones arbitrales, pero no se aplicarán a los actos de comunicación realizados en los procedimientos de apoyo y control judicial del arbitraje (medidas cautelares, ejecución, anulación, etc.), los cuales se regularán por su propia normativa que es principalmente la dispuesta en los artículos 149 a 168 LEC<sup>498</sup>.

A diferencia de la ley arbitral actual, la ley de arbitraje de 1988 no establecía nada mas allá de lo que disponía su artículo 24.3 LA, sin describir expresamente el régimen de notificaciones al cual debía atenerse el arbitraje; por ello, se aplicaba supletoriamente la LEC 1/2000 (arts. 149 y ss)<sup>499</sup>. La nueva ley arbitral ya regula el sistema de notificaciones y comunicaciones y, a pesar de presentar determinados problemas interpretativos que iremos

---

<sup>498</sup> Consideramos, al igual que GUZMÁN FLUJA, V., que hubiera sido más sencillo y general utilizar la expresión “actos de comunicación” que la de notificaciones y comunicaciones, pues el término “actos de comunicación” engloba otros actos como pueden ser, por ejemplo, las citaciones. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, p. 206.

<sup>499</sup> Artículo 24. 3 LA de 1988: “Las partes podrán designar un domicilio para recibir notificaciones. En su defecto se entenderá como domicilio el del propio interesado o, en su caso, el de su representante”.

examinando en este apartado, supera el problema que planteaba la legislación anterior, pues ahora, en el supuesto en que las partes no hayan previsto nada al respecto, si existen una serie de previsiones legales que permiten conocer cómo, cuándo, dónde, etc. se deben realizar las comunicaciones, sistema legal específico para el arbitraje distinto del que se prevé en el sistema procesal civil. La ley arbitral ha seguido, una vez más, lo dispuesto en la Ley Modelo UNCITRAL, concretamente en su artículo 3 y en el Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL<sup>500</sup>.

El régimen de notificaciones y comunicaciones resulta importante en tanto puede afectar a los derechos fundamentales de audiencia y defensa de los que gozan las partes en todo proceso arbitral y en este sentido el artículo 41.1.b) LA, entre los motivos por los que se puede anular el laudo señala: *“que la parte que solicita la anulación de laudo alegue y pruebe que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales...”*, pues los actos de comunicación están íntimamente relacionados con el derecho de las partes a conocer la existencia de un proceso arbitral así como el desarrollo del mismo. Por todo ello, cuando las partes fijen en el convenio arbitral dicho régimen no podrán nunca olvidar las exigencias de estos principios ni tampoco las del principio de igualdad, no pudiendo acordar un régimen de notificaciones más duro o dificultoso para una de las partes que para la otra.

En todo momento deberá garantizarse que las partes tengan el suficiente conocimiento de las actuaciones arbitrales. Para ello, deberán facilitar los datos de sus domicilios así como cualquier posterior modificación de éstos; consideramos que existe una exigencia de buena fe de las partes en este sentido.

Una vez más, como viene siendo una constante, las normas contenidas en el artículo 5 LA se encuentran supeditadas a lo que convienen las partes, resultando fundamental la autonomía de la voluntad de éstas y evidente el carácter supletorio de dicho artículo, que únicamente se aplicará cuando las partes nada hayan pactado sobre el régimen de comunicaciones y notificaciones que deberá llevarse a cabo en el proceso arbitral. Por tanto, no

---

<sup>500</sup> También hay autores como PICÓ I JUNOY, J., que consideran que el artículo 5 LA recoge, en parte, lo dispuesto en los artículos 152 y 156 de la LEC. “El nuevo sistema de notificaciones y plazos en el arbitraje”, cit., p. 38.

encontramos objeción alguna a que las partes puedan modificar a lo largo del procedimiento el régimen de comunicaciones y notificaciones al que inicialmente decidieron someterse siempre y cuando se respeten los principios fundamentales del artículo 24 LA.

### **A) Momento y lugar**

El artículo 5 LA describe la forma, el momento y el lugar de realización de las comunicaciones y notificaciones así como los distintos medios por los que éstas se deberán llevar a cabo. Como ya hemos dicho, serán las partes en primer lugar quienes se pronuncien sobre la forma, el momento y lugar donde deben realizarse las comunicaciones, pues el artículo 5 LA comienza con la expresión “*salvo acuerdo en contrario de las partes*”. Si no lo hacen, la LA señala que la notificación o comunicación se considerarán recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Al emplear la palabra “destinatario” se entiende tanto la parte litigante como su posible representante.

De la lectura de este artículo deducimos que son dos los modos de realizar los actos de comunicación: a) mediante la entrega personal al destinatario o, b) mediante la entrega a cualquier otra persona, siempre y cuando se realice en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Estos dos sistemas se deben calificar de alternativos, pues la ley no demuestra ninguna preferencia por uno u otro a pesar de que en la práctica lo lógico será que en primer lugar se intente la primera opción, es decir, entregárselo en persona al destinatario y si ésto no se consiguiera, se proceda a entregársela a otras personas que se hallen el domicilio o cualquiera de los lugares que señala el artículo 5 LA<sup>501</sup>.

Se pueden clasificar en tres los lugares en los que se puede llevar a cabo la comunicación o notificación<sup>502</sup>: a) la misma sede del Tribunal arbitral o bien la de la institución arbitral, b) el domicilio, residencia habitual del interesado o su establecimiento o dirección cuando de una persona jurídica se trate y por último, c) el lugar virtual cuando las comunicaciones se lleven a cabo por

---

<sup>501</sup> GUZMAN FLUJA, V., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, p. 212.

<sup>502</sup> TORIBION FUENTES, F., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje...*, cit. pp. 113 y ss.

medios, electrónicos como ocurre en el arbitraje *on line*, y que a continuación estudiaremos.

Lo lógico será que las partes hayan fijado los lugares donde pretenden recibir las notificaciones y comunicaciones, pero puede suceder que no lo hayan hecho, o que habiendo procedido a ello, posteriormente hubo un cambio en el domicilio, residencia, etc. y éstas, que son quienes deben asumir la carga procesal de comunicar dicho cambio, no lo hicieron, lo que puede llegar a provocar que se desconozca la localización del destinatario de una comunicación originándose situaciones con consecuencias procesales indudables, pensemos por ejemplo, en la notificación del laudo arbitral y en las consecuencias que se pueden producir frente a la parte que no toma conocimiento de la existencia del laudo.

Para ello, el último inciso del apartado a) del artículo 5 LA establece una presunción en el sentido de que si no se descubre tras una indagación razonable ninguno de los lugares mencionados, deberá considerarse recibida la comunicación el día en que haya sido entregada o intentada su entrega en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario. Se trata con ello de evitar la paralización del proceso arbitral por causa de la inactividad de una de las partes.

Al consistir el término “indagación razonable” en un concepto jurídico indeterminado, se ha recogido la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional sobre la “diligencia debida” exigida a los tribunales antes de proceder a la notificación edictal (notificación que no recoge la LA) en aras a comprender y concretar su significado<sup>503</sup>. A pesar de ello, consideramos que se deberá atender al caso concreto, pues no se puede desplazar dicha doctrina en todos los supuestos, principalmente por el hecho de que los árbitros no gozan de los mismos poderes ni de las mismas facultades de intervención coercitivas que los jueces. Lo exigible será que se consulten todas las fuentes accesibles

---

<sup>503</sup> Se trata de una actuación claramente inspirada en la regulación prevista en el artículo 156 LEC que señala la necesidad del juez de llevar a cabo un mínimo de actividad indagatoria para localizar al demandado. En esta línea, el TC antes de legitimar la comunicación edictal en un proceso, exige que se hayan agotado todas aquellas modalidades de notificación que aseguren un mayor grado de recepción para el destinatario. PICO I JUNOY, “El nuevo sistema de notificaciones...”, cit. p. 41. Vid. al respecto: STC de 26 de abril de 1999 (RTC 1999/65) y STC 20 de mayo de 1996 (RTC 1996/82).

del árbitro sin dejar de utilizar ninguna, pues está en juego la efectiva comunicación de las partes<sup>504</sup>.

En este sentido, debemos tratar de deducir qué se entiende por "indagación razonable"; la doctrina ha señalado que los árbitros, si bien en principio no tienen que realizar una exhaustiva labor investigadora para localizar el lugar donde debe presentarse la comunicación o notificación, si deberán tratar de comprobar, al menos, que el lugar donde se haya intentado entregar la notificación o comunicación coincida con el último domicilio conocido del destinatario, por lo que una mínima labor de investigación si podría resultar exigible<sup>505</sup>.

A pesar de que la LA no indica a quien corresponde el deber de "indagación", consideramos que, aunque debe ser asumida por la institución arbitral o por el árbitro y no por la contraparte, nada impide que la parte contraria pueda ayudar a que ésta se lleve a cabo<sup>506</sup>.

Si la indagación razonable es efectiva, se conseguirá localizar al destinatario de la comunicación, pero si ésta fracasa, la ley señala que bastará con que la notificación o comunicación se haga en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocido del destinatario. Opinamos, como ya pretendió en su momento el Grupo parlamentario Convergència i Unió en su enmienda num. 65, que no hubiera estado de más que la ley hubiera exigido un doble intento de comunicación.

Es importante destacar la SAP Asturias de 17 de noviembre de 2003, que manifiesta claramente: "*Ciertamente el T. Constitucional en reiterada doctrina de la que es claro ejemplo la contenida en su sentencia de 20 de enero de 2003 ( RTC 2003, 6) y ( RTC 2003, 7) , por citar una de las mas recientes, ha*

---

<sup>504</sup> GUZMAN FLUJA, V., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, p. 219. Este autor manifiesta: "lo que sea una indagación razonable debe ser medida caso por caso, siendo difícil fijar criterios apriorísticos indiscutibles que resuelvan la cuestión. Corresponderá a la parte perjudicada por el inexistente o defectuosa comunicación hacer valer este vicio instando la anulación del laudo y será entonces cuando se mida si en el caso concreto hubo una indagación razonable o no". Además, vid. la STC de 6 noviembre de 1989 (RTC 1989\184), quien señala: "La notificación por correo certificado está expresamente autorizada por los arts. 261 de la L. E. C. y 271 de la L. O. P. J., cuya utilización por el órgano judicial es irreprochable desde el punto de vista constitucional, siempre que se realice con las garantías suficientes para asegurar se efectividad".

<sup>505</sup> OLIVENCIA RUIZ, M., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit, p. 68.

<sup>506</sup> En el caso de hallarnos ante un arbitraje institucional, corresponderá a la institución arbitral dicho deber, que en ningún caso será excusable, como tampoco lo es para el juez en un proceso judicial, pues como ha indicado el Tribunal Constitucional, estamos en presencia de un "verdadero deber" de diligencia, STS de 22 de marzo de 1999, (RTC 1999/34).

*tenido ocasión de resaltar la importancia que desde el punto de vista constitucional tienen los actos de comunicación procesal en cuanto la efectividad de los mismos es la que garantiza el principio de contradicción y audiencia bilateral que forma parte del contenido del derecho, reconocido en el art. 24.1 de la Constitución ( RCL 1978, 2836) , a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso se produzca indefensión. Ello impone también a los árbitros, como así igualmente lo establece el art. 21.1 de la Ley de Arbitraje ( RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783), la adopción de una especial diligencia en la realización de estos actos de comunicación para asegurar, en la medida de lo posible la recepción de los mismos por sus destinatarios. Ahora bien, igualmente se ha recordado con absoluta reiteración por el propio TC, entre otras en la precitada sentencia, con amplia cita de precedentes, que la indefensión invocada en cada caso a mas de tener que ser efectiva y no meramente formal es necesario que la misma no sea resultado de la falta de diligencia del propio destinatario de la comunicación, siendo por ello necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes y muy concretamente la citada de si el destinatario que invoca su no recepción ha sido diligente para procurar su comparecencia así como el conocimiento extraprocesal que haya podido tener de su existencia, pues en ningún caso puede instar la nulidad quien contribuyó de manera activa o negligente a causar la indefensión de la que se queja al no comparecer en un proceso del que habría podido haber tenido noticia de haberse comportado con una mínima diligencia”<sup>507</sup>.*

Además, como señala OLIVENCIA RUIZ, el hecho de que una de las partes rehúse la recepción de una notificación o comunicación o que éstas se hubieren tratado de entregar sin ser recibidas por su destinatario, no es óbice para que los árbitros, de no ser la última, intenten realizar posteriores comunicaciones, pues si en estos casos los árbitros decidieran no volver a practicar ninguna notificación más, dicha actuación podría fundamentar la anulación del laudo<sup>508</sup>.

---

<sup>507</sup> JUR 2003/277672. También, vid. la SAP Barcelona de 14 de noviembre de 2003 (JUR 2004/5079), en la que se desestima un recurso de anulación tras declararse la inexistencia de infracción de las normas relativas al procedimiento por haberse acreditado el intento de llevar a cabo la notificación dos veces en el domicilio designado.

<sup>508</sup> *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit, p. 68. Vid. también en este sentido la SAP Asturias de 25 de octubre de 2000 (JUR 2000/311844).

El momento de la recepción de la comunicación será: a) si se trató de una comunicación personal, el día en que la comunicación se entregó, b) si se optó por una comunicación no personal, el día en que la comunicación se entregó en cualquiera de los lugares que la ley haya establecido y finalmente, c) si procedió a una indagación razonable, el día en que la comunicación se entregó en el último domicilio o en los demás lugares dispuestos en la ley (art. 5 LA).

Como consecuencia de este último apartado del artículo 5 LA, se planteó por la Audiencia Provincial de Madrid una cuestión de inconstitucionalidad en abril de 2005, en donde se alegaba la vulneración de los artículos 9, 14 y 24 CE. Mediante Auto de 5 de julio de 2005, el TC inadmitió la citada cuestión de inconstitucionalidad<sup>509</sup>.

Sumamente interesante resulta este Auto del TC en donde se incide en la posible interpretación del término “indagación razonable” del domicilio, residencia, etc., proclamando: *“...la duda de constitucionalidad se expone en unos términos por entero alejados del caso concreto que el órgano judicial está llamado a resolver, lo que, de admitirse, supondría la conversión de un instrumento de control concreto de constitucionalidad en otro de tipo abstracto. En efecto, en el Auto de planteamiento de la Cuestión se realizan una serie de reflexiones sobre el significado de la exigencia de “indagación razonable” del domicilio, residencia habitual, dirección o último establecimiento conocido de la demandada en el laudo, siendo así que esta persona compareció en el procedimiento arbitral y formuló alegaciones. Por tanto, sólo a ella le era exigible un comportamiento acorde con las mínimas reglas de diligencia procesal, comunicando, si era el caso, el cambio de domicilio. La eventual falta de buena fe procesal..., de existir, sólo sería achacable a la demandada, no a*

---

<sup>509</sup> En síntesis, el TC argumentó los siguientes fundamentos:

1.- No vulnera el principio de seguridad jurídica ni en su vertiente objetiva –certeza- ni en la subjetiva –previsibilidad-, en cuanto este precepto está claramente redactado eliminando cualquier sombra de incertidumbre acerca de su contenido y alcance.

2.- Rechaza la inconstitucionalidad fundada en el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 CE, al entender que se está valorando de forma comparativa la notificación de las sentencias dictadas judicialmente y la de los laudos arbitrales, comparación que prescinde de las diferencias sustantivas que existen entre ambas resoluciones, olvidando que la LEC asimismo permite notificaciones judiciales frustradas por causas no imputables a la Administración de Justicia (arts. 156, 160 y 161 LEC), atribuyéndoles plena validez a las mismas.

3.- Finalmente, en relación con el artículo 24 CE, en cuanto al intento frustrado de notificación del laudo arbitral, considera que la cuestión que se pretende no es realmente una duda de constitucionalidad sino que se pretende un juicio de calidad o perfectibilidad de la norma legal, que no le corresponde al TC.



*quienes instan la ejecución del laudo. Abundando en esta misma idea, supuesto que la indagación de que habla el artículo 5 a) LA hubiera sido realizada sin el rigor lógicamente exigible, es al propio órgano judicial, como garante inmediato de los derechos fundamentales de las partes, a quien corresponde concluir que no merece el calificativo de “indagación razonable” y que, por consiguiente, no ha surtido el efecto previsto en el art. 5 a) LA. Lo que no cabe es abdicar del ejercicio de esa función de garante de los derechos mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en la que se postula la aplicación a los laudos arbitrales de un determinado régimen de notificación de las resoluciones judiciales que, como ya se ha puesto de manifiesto, prescinde de los efectos anudados a la imposibilidad de practicarla por causas imputables a la parte”<sup>510</sup>.*

## **B) Forma (especial referencia a las comunicaciones electrónicas)**

En cuanto a la forma de la comunicación o notificación, el artículo 5.a) LA declara tres sistemas o formas de comunicación: a) mediante entrega tanto personalmente al destinatario como a otro receptor subsidiario, b) mediante remisión al domicilio, lugar de residencia habitual, establecimiento o dirección designados por los destinatarios (normalmente será postal) y por último, c) mediante medios electrónicos, telemáticos o de otra clase semejante. Al ser éstos los medios habituales que se utilizarán en el arbitraje *on line* les dedicaremos una atención especial.

La nueva ley de arbitraje indica: *“También se considerará válida la notificación o comunicación realizada por medios electrónicos, telemáticos o infotelemáticos o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron”*. Fueron el Grupo Parlamentario Socialista en su enmienda núm. 102, el Grupo

---

<sup>510</sup> Vid. BARONA VILAR, S., “Dudas sobre la constitucionalidad del régimen de notificaciones y comunicaciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”, RCEA, 2006, en prensa. La autora manifiesta: «En consecuencia, nos parecen muy sostenibles los argumentos esgrimidos por el TC y por el Fiscal General del Estado, inadmitiendo la cuestión de inconstitucionalidad del precepto, sin que ello implique que el sistema es garantista en todos los supuestos, a saber, quedando como posibles situaciones de indefensión derivadas de la aplicación del mismo. Habrá por ello que valorar, en primer lugar, si se han llevado a cabo las indagaciones razonables, con todos los problemas que su interpretación conlleva, y, en segundo lugar, determinar el grado de diligencia que el mismo destinatario haya podido desplegar en el desarrollo del procedimiento de comunicación».

Parlamentario Popular en su enmienda núm. 59 y el Grupo Convergència i Unió en la núm. 65, en nuestra opinión muy acertadas, quienes plantearon la adición de este párrafo final a la letra a) del artículo 5 LA en su primera redacción que era menos atrevida y cubrieron así esta laguna.

Las notificaciones en el arbitraje *on line* se llevarán a cabo principalmente vía e-mail, consiguiendo así una velocidad y eficacia en las comunicaciones difícilmente superada por cualquier otro medio de comunicación y añadiendo al mismo tiempo numerosas ventajas al proceso arbitral, pues como hemos dicho con anterioridad, se eliminarán los “tiempos muertos” que podría provocar el envío de una comunicación por correo tradicional y será extremadamente pertinente en aquellas situaciones de real urgencia<sup>511</sup>.

La brevedad con la que ahora se cumplen determinados actos procesales no debe llevar aparejada un recorte de las garantías y principios que nuestro ordenamiento proclama y debe respetar en todo momento el tiempo necesario para llevarse a cabo. Asimismo, deberán asegurarse la recepción del contenido de las notificaciones o comunicaciones por los medios pertinentes<sup>512</sup>.

En materia de acompañamiento de los documentos que se adjuntan por ejemplo a la demanda o a cualquiera de las comunicaciones, enviados por medios digitales, éstos deberán ser digitalizados mediante scanner y se deberá posibilitar a la otra parte o al árbitro la visibilidad de los documentos por los

---

<sup>511</sup> Desprendiéndose numerosas ventajas prácticas, tales como el ejemplo señalado por ORTELLS RAMOS en “Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional”, cit., p. 619, cuando citando a STADLER, “Der Zivilprozess und neue formen der informationstechnik”, apartado II ,2, b, cc, original de la ponencia presentada en la Tagung der Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer celebrada en Zürich en marzo de 2002, señala: «*El abogado que, a diferencia del tribunal, tiene su actividad sujeta a plazos preclusivos, puede apurar los plazos si sabe que puede hacer llegar el acto, por correo electrónico, en el último minuto del plazo*».

<sup>512</sup> En este sentido, encontramos similitudes con respecto a lo regulado en nuestra LEC, concretamente a lo dispuesto en el artículo 162 LEC, el cual indica: *Cuando los juzgados y Tribunales y las partes o los destinatarios dispusieren de medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante, que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron, los actos de comunicación podrán efectuarse por aquellos medios, con el acuse de recibo que proceda.* Además, el artículo 230 de la LOPJ exige en la utilización de estos medios que se ofrezcan las debidas garantías de autenticidad, así en su párrafo segundo enuncia: *los documentos emitidos por medios técnicos, electrónicos, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. 3. Los procesos que se tramiten con soportes informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos de carácter personal.*

mismos medios. En otros muchos casos la comunicación podrá incluso resultar instantánea.

Son diferentes los medios de comunicación electrónica que se pueden utilizar en el arbitraje *on line*, medios que pueden ir desde el método más simple como es el mail hasta la audioconferencia o videoconferencia<sup>513</sup>. El que estos medios electrónicos se utilicen para comunicaciones procesales internacionales dependerá de los tratados que se celebren entre los diferentes países, y en su caso, de la legislación interna del país que envía, siempre y cuando el país receptor cuente con la tecnología adecuada<sup>514</sup>.

Varios son los requisitos esenciales para que estos actos de comunicación telemática se puedan llevar a cabo, resultando necesario que se garantice: la autenticidad, es decir, saber que con quien te estás comunicando es realmente quien dice ser, la integridad o no alteración del documento, el no repudio y la fecha cierta de su recepción y emisión, presupuestos que, como estudiaremos a continuación, se encuentran garantizados con la utilización de

---

<sup>513</sup> El e-mail se encuentra en el nivel más sencillo de las comunicaciones, opera como las cartas *off line* pero que se envían por Internet. Es la aplicación más popular de Internet por determinadas razones: es fácil de entender y utilizar, no requiere una conexión muy alta, la mayoría de los mensajes son solo texto con lo que necesita muy poco tiempo para poder descargarse y leerse, es gratuito, etc. Normalmente se envía entre dos personas pero también puede enviarse a más usuarios. Es muy adecuado para contactos breves, pero no para soportar toda la comunicación porque no es un medio del todo seguro. También existen otros medios como son: La mensajería instantánea que incluye, AOL, ICQ y MSN Messenger y que consiste en un método muy rápido en el que se espera una respuesta inmediata. Cada vez su tráfico se va igualando al de los mails; *Chat rooms*, en donde el resto de usuarios ven como compones tu respuesta, así pueden empezar a contestar incluso cuando no has terminado, son más síncronos porque suceden en tiempo real, siguen siendo textuales las comunicaciones, por lo que la persona que escribe más rápido juega con mayor ventaja; la Audioconferencia, que si bien no funciona tan bien como el teléfono tradicional, la pueden utilizar los usuarios de Internet que no tienen acceso a una adecuada banda de conexión; su defecto es que a veces funciona despacio y cuando una parte realiza un comentario tarda unos segundos en llegar a la otra parte. Finalmente, nos encontramos con la Videoconferencia que es considerada como la última tecnología de ODR y a la que nos dedicaremos a continuación.

<sup>514</sup> El medio más utilizado en la Corte Vasca de Arbitraje para que se proceda a la comunicación de las partes es el fax, cuya fehaciencia se obtiene mediante el reporte de actividad y consiste en que el árbitro comunica a las partes o a sus representantes el número de fax de la Corte en el que se procede a la gestión y administración del arbitraje y a través de ese número, las partes se comunican con los árbitros y éstos con las partes. El carácter multimedia de las notificaciones surge de su carácter no listado, y por tanto, no formalista.

A título de ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, en su artículo 3 permite: "*que las notificaciones o las comunicaciones puedan efectuarse, por carta, correo... o por cualquier otro medio de telecomunicación*" y el artículo 4 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, también hace referencia a: "*las notificaciones y plazos que podrán ser realizadas por escrito y entregadas por correo... correo electrónico o cualquier otro medio de telecomunicación*".

la firma electrónica que ha sido acogida en nuestro ordenamiento a través de la Ley 39/2003, de 19 de diciembre<sup>515</sup>.

En el arbitraje *on line* en el que las comunicaciones se llevan a cabo por medios electrónicos, deberá acreditarse el momento de la emisión y recepción del documento o lo que se conoce como *Time stamping* o sellado de tiempo que garantiza a las partes que se ha enviado o recibido el documento objeto de comunicación o notificación como es debido<sup>516</sup>.

Mediante la aplicación del Servicio Digital de Sellado de Tiempo (*Digital Timestamping services*) se garantiza el momento exacto en el tiempo, fecha y hora exacta en que la firma de un documento se produjo<sup>517</sup>, «con las operaciones de Sellado Temporal se congela el estado de cualquier objeto digital en un instante de tiempo, probando así que el documento, en ese preciso estado, ya existía y que no ha podido ser modificado hasta el presente en el que se verifica la validez del sello»<sup>518</sup>. Se puede sellar cualquier tipo de archivo digital, imágenes, archivos audio, *e-mails*, etc. sin existir ninguna limitación en el tamaño de los datos.

Para proporcionar este servicio se deben cumplir los siguientes requisitos<sup>519</sup>: se debe en primer lugar, adjuntar un parámetro de tiempo a la información de manera que no se pueda falsificar y así evitar el repudio de ese

---

<sup>515</sup> En la Comunidad Valenciana se ha aprobado el Decreto 18/2004, de 13 de febrero, del Consell de la Generalitat, de creación del Registro Telemático de la Generalitat y regulación de las notificaciones temáticas de la Generalidad Valenciana. Este Decreto tiene como objeto principal crear el Registro Telemático de la Generalidad Valenciana, así como la determinación de las reglas existentes en torno a la presentación y remisión de las comunicaciones por medio telemáticos. El Decreto contempla de forma expresa el arbitraje de consumo entre los procedimientos administrativos que pueden tramitarse a través del Registro Telemático de la Generalitat. A nivel estatal, también se ha aprobado una Orden APU/203/2004, de 29 de enero, por la que se crea un Registro Telemático en el Ministerio de Administraciones Públicas.

<sup>516</sup> Sumamente ilustrativa por sus argumentos y razonamientos resulta la lectura de la sentencia siguiente: *Berth Lines Limited contra High Seas Shipping Limited, EWHC 3020 (Comm)*, de 21 de diciembre de 2005, en donde se cuestiona la efectividad de una arbitraje llevado a cabo por *e-mail*, en donde una de las partes afirma no haber recibido tales *e-mails* y, por tanto, no haber podido participar en el proceso arbitral. El juez resuelve en el sentido de considerar efectivamente realizado tal arbitraje, equiparando el correo electrónico a las cartas enviadas por correo tradicional.

<sup>517</sup> Consiste en un sistema de fechado digital con el resumen (*hash*) de un documento, que se añade a la información relativa a la fecha y hora exacta (con la precisión que corresponda a la calidad del servicio que se presta, indicando siempre la zona horaria en que se realiza), firmándose digitalmente el conjunto.

<sup>518</sup> HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., "Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo *on line* en el marco del sistema español de protección de los consumidores", *Revista de Derecho de la Universitat de Valencia*, nº 2, noviembre 2003.

<sup>519</sup> Santofimia Barastegui, C., "Sellado de tiempo (*Time-Stamping*)", *Trabajos de Seguridad en las Redes telemáticas*, disponible en: <http://asignaturas.diatel.upm.es/seguridad/trabajos/>, (fecha de consulta: 23/3/2006).

sello de tiempo y en segundo lugar, la información a sellar deberá entregarse de forma que se garantice la confidencialidad. Con base en ello y en palabras de HERNÁNDEZ FERNANDEZ, los protocolos de sellado digital de tiempo deben presentar las siguientes propiedades básicas<sup>520</sup>:

a)- Deben sellarse los datos independientemente de su continente o soporte, de forma que sea imposible cambiar ni un solo "bit" del documento sellado sin que este cambio sea detectado e invalide el sello.

b)- Debe ser imposible sellar un documento con un tiempo y fecha diferentes de la actual.

El método que se suele utilizar consiste en generar un sello de tiempo del *hash*<sup>521</sup> del documento, lo que permite mantener la integridad y la confidencialidad de los datos. La autoridad de sellado de tiempo (*TSA- Time Stamping Authority*) es el proveedor del servicio y el encargado de unir criptográficamente la información referente al tiempo con el *hash* de los datos. Esta unión es la que otorga autenticidad al sello de tiempo; su finalidad es la de comprobar la validez de los datos a sellar y generar el sello de tiempo que irá unido a esos datos, avalando con su autoridad que firma con la fecha y hora actuales. Así, la *TSA* asegura que esos datos existían en un determinado instante de tiempo y garantiza que el parámetro de tiempo de ese sello es correcto.

No queremos finalizar este apartado sin antes hacer referencia a las salas de arbitraje virtuales, como alternativa o complemento a la remisión de notificaciones o comunicaciones por medios telemáticos. Como bien ha definido LÓPEZ ORTIZ, se trata de espacios habilitados en servidores a los que se accede mediante redes electrónicas y donde las partes y los árbitros pueden acceder en todo momento a toda la documentación relativa al procedimiento. Pueden estar provistas de un interfaz que permita desarrollar y registrar

---

<sup>520</sup> "Una experiencia paradigmática...", cit, pp. 27 y ss.

<sup>521</sup> Término empleado en criptografía y que se refiere a una extracción de datos que se toma de un mensaje y se envía a un destinatario en forma electrónica, teniendo por objetivo verificar por ejemplo la inalterabilidad de un documento. Para dar un poco de claridad al tema, si quiero enviar un documento a un destino y asegurarme que no fue cambiado en el camino, puedo extraer algunos datos o información (resumida) cumpliendo con determinadas reglas preestablecidas o algoritmos de modo tal que envío por un lado el documento completo y por otro el resumen, digesto o hash, y cuando recibe ambos, el destinatario puede verificar aplicando el algoritmo sobre el documento original, si el mismo ha sido alterado durante el tránsito. Enciclopedia Libre Universal en Español, disponible en: <http://enciclopedia.us.es>.

trámites tales como notificaciones a las partes, presentación de alegaciones, carga y descarga de documentos o verificaciones de plazos, etc<sup>522</sup>.

Se requiere para su correcto funcionamiento que se establezcan unos rigurosos controles de aquellas personas que pueden acceder a estas salas virtuales, bien sea mediante claves, firma electrónica, etc. Además, deberán prever mecanismos alternativos que eviten la paralización del sistema.

## II. INICIO Y ALEGACIONES

Para que se inicie el procedimiento arbitral es fundamental que una de las partes requiera a la otra parte del convenio que someta a arbitraje el conflicto que ha surgido entre ellas y que la parte demandada reciba dicho requerimiento; en este sentido se pronuncia el artículo 27 LA cuando señala: *“salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje”*. En el arbitraje *on line* dicho requerimiento se hará por vía electrónica.

### 1) Inicio del arbitraje

De la lectura del artículo 27 LA se desprende, como señala VIDAL FERNÁNDEZ, que la fecha en que el demandado recibe dicho requerimiento marca el momento a partir del cual las partes quedan comprometidas en el procedimiento arbitral y se establece una relación entre ellas por la cual se obligan a resolver su conflicto mediante arbitraje<sup>523</sup>.

---

<sup>522</sup> LÓPEZ ORTIZ, A., “Arbitraje y Nuevas Tecnologías”, cit., p. 61.

<sup>523</sup> *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje...*, cit, p. 489. Son respecto al término “requerimiento”, elocuentes las palabras de ESPLUGUES MOTA, C., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, p. 97. El citado autor considera que el legislador ha reproducido la Ley Modelo, concretamente su artículo 21, sin reflexionar acertadamente sobre nuestra tradición e introduciendo una diferenciación terminológica que no hace sino dificultar la comprensión del momento a partir del cual se inicia el arbitraje, del nacimiento del proceso y de su litispendencia. En esta línea y para evitar una confusión entre los artículos 27 y 29 LA relativos al inicio del arbitraje, GARBERÍ LLOBREGAT, J., distingue entre actuaciones arbitrales y proceso arbitral, que solo aparentemente pueden entenderse como conceptos sinónimos, y considera que el proceso arbitral comienza con la presentación de la demanda (art. 29 LA), lo que no es obstáculo para pensar que las actuaciones arbitrales ya han comenzado (art. 27 LA) a partir del requerimiento al demandado para someter la cuestión a arbitraje, recogiénose en la LA diversos procedimientos que son anteriores al inicio del proceso y que deben calificarse como actuación arbitral, como lo es el supuesto del nombramiento de los árbitros. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 468.

La brevedad del citado precepto no se corresponde con su importancia, pues no solo implica el conocer cuando debemos entender que un procedimiento arbitral ha comenzado sino que, como veremos a continuación, puede afectar a otras muchas esferas del arbitraje, como por ejemplo, a la paralización del transcurso de los plazos de prescripción<sup>524</sup>.

El texto normativo que ha inspirado el artículo 27 LA es de nuevo, indudablemente la Ley Modelo CNUDMI, concretamente su artículo 21 y sin embargo se aparta de lo dispuesto en la ley de arbitraje de 1988 en la que el momento inicial del procedimiento era la notificación de la aceptación del árbitro (art. 22.1 LA 1988), precepto que recibió muchas críticas, principalmente por el hecho de que el inicio del procedimiento arbitral quedara en manos de los árbitros, pues si los árbitros no notificaban a las partes por escrito su aceptación, el arbitraje podía devenir ineficaz<sup>525</sup>. La nueva ley arbitral deja en manos de las partes y no de los árbitros el inicio del arbitraje.

Una vez más, el citado precepto comienza con la expresión “*salvo que las partes hayan convenido otra cosa*”, pudiéndose así por acuerdo de las partes modificar el momento en el que se entiende que se ha puesto en marcha el arbitraje. Se trata de nuevo de una norma dispositiva que las partes podrán alterar a través de un acuerdo concreto que adopten al respecto, o bien a través de lo que disponga el reglamento de la institución arbitral en el caso de hallarnos ante un arbitraje institucional<sup>526</sup>.

En definitiva, en atención a lo dicho *supra*, consideramos que el inicio del arbitraje se declarará en cualquiera de los siguientes momentos:

---

<sup>524</sup> Entre otros, el momento del inicio del arbitraje determina la ley aplicable pues según la Disposición Transitoria Única de la ley de arbitraje, “*en los casos en que con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley el demandado hubiere recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje o se hubiere iniciado el procedimiento arbitral, éste se regirá por lo dispuesto en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. No obstante, se aplicarán en todo caso las normas de esta Ley relativas al convenio arbitral y a sus efectos*”.

<sup>525</sup> Vid. CHILLON MEDINA J. M y MERINO MERCHAN J. F., *Tratado de arbitraje privado...*, cit., 1991, p. 99. Otro problema que planteó fue el relativo al cómputo del plazo para dictar el laudo, problema que no entraremos a debatir pero recomendamos la lectura de, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “artículo 22”, *Comentarios a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 385 y ss.

<sup>526</sup> En lo que respecta al arbitraje institucional, ESPLUGUES MOTA, C., ha manifestado que del análisis de diferentes instituciones arbitrales se observa la existencia de una cierta unanimidad a la hora de concretar el momento del inicio del arbitraje. Así, la misma Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional constató ya este hecho, señalando que no resulta nada inhabitual que “*la fecha relevante sea la del momento en que la solicitud de arbitraje se recibe por la institución arbitral*”, solución que se ha contemplado en numerosos reglamentos de diversas instituciones arbitrales. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, p. 968. Vid. a título de ejemplo, el artículo 2 de las Reglas de Arbitraje de la AAA.

- a) En el momento convenido por las partes de forma expresa, bien en el convenio arbitral, bien en otro documento posterior, pudiendo coincidir o no con el momento que viene establecido legalmente.
- b) En el momento que haya previsto la institución arbitral, en el supuesto de encontrarnos ante un arbitraje institucional, y venga reflejado en su reglamento.
- c) Cuando una parte reciba el requerimiento de la otra parte de someter un litigio a arbitraje, a pesar de no existir convenio arbitral al respecto y siempre que el requerido lo apruebe.
- d) Cuando existe un convenio arbitral entre dos partes, tras surgir una disputa entre ambas, una de ellas recibe de la otra el requerimiento de proceder conforme a lo pactado en dicho convenio arbitral.
- e) Finalmente, también puede ocurrir que en sede judicial se acuerde poner fin al proceso para acudir a la vía arbitral, y tratándose de una audiencia o comparecencia oral y estando presentes las dos partes, se produzca *ipso iure*, el inicio de las actuaciones arbitrales<sup>527</sup>.

Si atendemos al tenor literal del artículo 27 LA, en él no se expresa de quien proviene dicho requerimiento, pero debemos entender y así lo manifiesta la Exposición de Motivos de la ley, que procederá de la otra parte, es decir, de la parte demandante. Consideramos que no hubiera estado de más que el texto lo hubiera previsto. En todo caso, el requerimiento se entenderá recibido el día en que se haya entregado personalmente al demandado, o en su caso, el día que se haya entregado en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección, tal y como prescribe el artículo 5 LA referente a las comunicaciones o notificaciones; requerimiento que podrá realizarse a través de medios electrónicos.

El inicio del arbitraje producirá los primeros efectos jurídicos de éste y en esta línea la Exposición de Motivos de la ley explica claramente: *“El inicio del arbitraje se fija en el momento en que una parte recibe el requerimiento de la otra de someter la controversia a decisión arbitral. Parece lógico que los efectos jurídicos propios del inicio del arbitraje se produzcan ya en ese momento, incluso aunque no esté perfectamente delimitado el objeto de la*

---

<sup>527</sup> Vid. MUNNÉ CATARINA, F., “Efectos jurídicos derivados del inicio del arbitraje”, *AJA, Especial ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje*, nº 5, 2004, p. 112.



*controversia. Las soluciones alternativas permitirían actuaciones tendentes a dificultar el procedimiento*". El inicio marca el comienzo efectivo de todo el arbitraje así como todos los efectos que le son propios y, por tanto, puede tomarse dicha fecha como referencia a partir de la cual se puede fijar el plazo para presentar la demanda<sup>528</sup>; también puede implicar la interrupción de los plazos de prescripción.

En la ley arbitral no se determina el contenido que deberá presentar dicho requerimiento, tampoco lo hace la Ley Modelo UNCITRAL, sino que únicamente se exige la especificación de la determinada controversia que se pretende someter a arbitraje. Sin embargo, si lo hace el Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL de 1976, en cuyo artículo 3, párrafo tercero, se indica que la notificación del arbitraje deberá contener la información siguiente:

- a) Una petición de que el litigio se someta a arbitraje
- b) El nombre y la dirección de las partes
- c) Una referencia a la cláusula compromisoria o al acuerdo de arbitraje separado que se invoca
- d) Una referencia al contrato del que resulte el litigio o con el cual el litigio esté relacionado
- e) La naturaleza general de la demanda y, si procede, la indicación del monto involucrado
- f) La materia u objeto que se demanda
- g) Una propuesta sobre el número de árbitros, cuando las partes no hayan convenido antes en ello.

Como contenido adicional, este requerimiento podrá contener asimismo: las propuestas relativas al nombramiento del árbitro único y de la autoridad nominadora, la notificación relativa al nombramiento del árbitro y el escrito de demanda.

En nuestra ley arbitral no se exige que esté perfectamente delimitado el objeto de la controversia, por lo que nada impide una posible modificación de éste; en el caso de hallarnos ante un arbitraje institucional, el demandante

---

<sup>528</sup> ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 312.

deberá acompañar la cantidad que la institución arbitral correspondiente exija como provisión de fondos.

A pesar de todo lo que venimos diciendo, puede suceder que no se realice requerimiento alguno en el arbitraje por parte del demandante y se presente directamente la demanda arbitral ante el órgano arbitral, pues este paso previo no constituye ningún trámite obligatorio que las partes deban indiscutiblemente cumplir, resultando entonces el momento de presentar la demanda como el de inicio del procedimiento arbitral.

## 2) Diligencias preliminares

Antes de detenernos en los escritos de alegaciones de las partes haremos una breve referencia a la posibilidad o no de que se lleven a cabo por el árbitro diligencias preliminares.

Las diligencias preliminares en el proceso civil son actos de jurisdicción voluntaria pues dependen de la voluntad del futuro demandante, cuyo fin es realizar las averiguaciones necesarias para la interposición de la demanda pero sin provocar, en principio<sup>529</sup>, otros efectos dentro del proceso que posteriormente se inicie (arts. 256 y ss LEC). Por tanto, se instan para obtener información acerca de algún aspecto determinado relevante para un eventual proceso posterior, sin cuyo conocimiento tal proceso se podría configurar erróneamente o de manera perjudicial para quien solicita la información<sup>530</sup>.

Nuestra ley arbitral guarda silencio al respecto y nada dice de ellas, ni siquiera se remite a nuestra norma procesal civil para su aplicación como ocurre en otros preceptos de la LA. Pero no podemos obviar la importancia que

---

<sup>529</sup> Decimos “en principio” porque ya existe algún supuesto en el que el resultado de la diligencia si surte efectos en el proceso posterior, como es el caso de la diligencia relativa a documentos contables (art. 261.4 LEC). MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II...*, cit. p. 154.

<sup>530</sup> Vid. BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, Thomson Civitas, Madrid, 2003. Este autor define las diligencias preliminares como, «aquellas actuaciones que pueden tener lugar antes de comenzar un proceso con el fin de obtener, a través de la intervención judicial, determinada información de carácter procesal o sustantivo sin la cual no podría iniciarse sin el riesgo de incurrir en errores que conducirían bien a la inutilidad misma del proceso, bien al fracaso de las pretensiones ejercitadas». A juicio del autor, las diligencias preliminares encuentran su justificación en tres principios procesales básicos: la seguridad jurídica, el derecho a obtener una tutela judicial efectiva y la economía procesal, de ahí que se incline por la idea que su regulación es constitucionalmente obligada y que, mientras concurren los requisitos necesarios para su concesión, los tribunales deben tener una mentalidad abierta y generosa para ordenarlas. Ob. cit., pp. 17, 24 y 27.

estas diligencias representan en determinados procesos, sobre todo en aquellos en los que se requiere la determinación subjetiva de los posibles afectados por el laudo a efectos de evitar fraude de terceros en el proceso arbitral<sup>531</sup>.

Nos preguntamos de este modo, si a pesar del silencio de la ley tendrá la posibilidad el árbitro de decretar este tipo de diligencias preliminares o no. Lamentablemente debemos responder negativamente a esta cuestión por diversas razones y entre ellas porque, como ya sabemos, en la mayoría de los casos, en este momento los árbitros todavía no han sido nombrados por las partes, lo que provoca que se tenga que acudir ante el órgano jurisdiccional del lugar donde la diligencia deba surtir eficacia y no al árbitro por el simple hecho de que éste aún no ha sido designado.

Creemos, sin embargo, que el mayor obstáculo existente reside en la falta de poder conminatorio de los árbitros. Por ejemplo, en el proceso judicial cuando se accede a la exhibición de documentos, la parte que debe exhibir sabe que hay sanciones porque la LEC las establece y el juez puede adoptarlas – ejecutarlas-, mientras que en el caso de los árbitros falta la fuerza para coaccionar a través de terceros, lo que supone un enorme obstáculo al respecto.

En el arbitraje administrado por determinados centros de arbitraje internacionales la situación se ha solventado mediante la prevención de la designación por la institución arbitral de un “árbitro de emergencia” con el objetivo de solicitar aquellas medidas que deban ser adoptadas por el árbitro pero ejecutadas por el órgano jurisdiccional, como por ejemplo ocurre con los Reglamentos de Arbitraje de las Cámaras de Comercio de París o de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual<sup>532</sup>.

En definitiva, la adopción de diligencias preliminares por el árbitro en nuestro ordenamiento ostenta una situación carente de respaldo legal y jurisprudencial lo que dificulta enormemente realizar una propuesta al respecto<sup>533</sup>. Por lo que las diligencias preliminares deberán adoptarse por los jueces, pues al fin y al cabo, la ley arbitral – opinamos- lo posibilita. En este

---

<sup>531</sup> Vid. MARTINEZ GARCIA, E., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 1034.

<sup>532</sup> En la CCI, esta figura se denomina “pre – arbitral referee” cuyo Reglamento se encuentra en vigor desde el 1 de enero de 1990.

<sup>533</sup> MARTINEZ GARCIA, E., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 1036.

sentido, por ejemplo, cuando el artículo 33 LA hace referencia a la asistencia judicial en materia probatoria está pensando: a) Que el juez puede ayudar practicando la prueba, por ejemplo, la declaración testifical y, b) Que también puede el juez favorecer la prueba a practicar en el futuro por el árbitro, por ejemplo, mediante una diligencia (exhibición de documentos) o mediante el aseguramiento de la prueba. Al respecto, la ley se pronuncia en el siguiente sentido: *“Los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas... esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros”*.

### **3) Alegaciones**

En la ley arbitral de 2003 se adopta una nomenclatura para los escritos de las partes en el arbitraje sin precedentes en las leyes anteriores al emplear los términos “demanda” y “contestación”, términos que resultan más apropiados en el orden jurisdiccional a pesar de ser comúnmente utilizados en la práctica arbitral, pero que hasta el momento no se habían reflejado en ninguna ley arbitral<sup>534</sup>.

Sobre esta base, observamos claramente la intención del legislador de mostrar a las partes como dos partes enfrentadas, en donde una de ellas formula una pretensión (demandante) contra otra parte (demandado) y, en este sentido la Exposición de Motivos de la ley señala: *“la práctica arbitral demuestra que quien inicia el arbitraje formula en todo caso una pretensión frente a la parte o partes contrarias y se convierte, por tanto, en actor; y ello sin perjuicio de que el demandado pueda reconvenir. Parece, por tanto, razonable que, sin perjuicio de la libertad de las partes, el procedimiento arbitral se estructure sobre la base de una dualidad de posiciones entre demandante y demandado”*. No podemos negar entonces que el procedimiento arbitral depende de la iniciativa de una de las partes.

---

<sup>534</sup> Sin embargo, en los Reglamentos de Arbitraje de la UNCITRAL (art. 18) y de la CCI (art. 4) ya se empleaban estos términos.

## A) Demanda

Como hemos señalado con anterioridad, el requerimiento del artículo 27 LA que presenta el demandante frente al demandado y supone el inicio del arbitraje, salvo que las partes hayan dispuesto lo contrario, no obliga al demandante a interponer la pretensión objeto de arbitraje. Por el contrario, dicha pretensión si deberá presentarse en la demanda que viene regulada en el artículo 29 LA, precepto que es un claro reflejo del artículo 23 de la Ley Modelo UNCITRAL.

### a) Contenido de la demanda

La Exposición de Motivos de la ley de arbitraje manifiesta que la ley arbitral debe ser flexible y de este modo, no establece propiamente los requisitos de forma y contenido que deben presentar los escritos de demanda y contestación, limitándose por el contrario a señalar que la función de la demanda y de la contestación no es sino la de *"ilustrar a los árbitros sobre el objeto de la controversia"*.

Lo que si hace la ley arbitral es, a falta de convenio por las partes o de lo previsto en el reglamento de la institución arbitral, establecer un contenido mínimo que debe presentar la demanda. Y en este sentido, la ley señala tres circunstancias concretas que la demanda deberá contener, éstas son: los hechos en que se funda la demanda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y por último, las pretensiones que se formulan o lo que es lo mismo, la *causa petendi*<sup>535</sup>. Por tanto, el demandante deberá indicar en este escrito lo que se solicita al árbitro frente al demandado describiendo lo que se pide con base a unos hechos jurídicamente relevantes y a unas circunstancias, determinando el objeto mediato e inmediato de la petición.

Debemos tener presente que las partes pueden ampliar el contenido de sus alegaciones en el momento que consideren conveniente, pues la ley arbitral permite, en el párrafo segundo del artículo 29 LA, modificar o ampliar la demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales salvo en

---

<sup>535</sup> No se trata de una demanda a partir de la cual hay demandante y demandado ya que éstos han podido quedar delimitados ya en el convenio arbitral. Lo mismo puede predicarse del objeto del convenio; en este último caso, tenemos que indicar que quizás en el convenio arbitral ya se haya determinado el objeto del proceso, lo que significa que la demanda puede servir como complemento adicional.

dos supuestos excepcionales: a) que por el acuerdo de las partes se prevea lo contrario o en segundo lugar, b) cuando los árbitros lo estimen improcedente por razón de la demora con que se hubiere realizado. Se trata de una previsión que no existía en la ley arbitral precedente de 1988 a pesar de que las partes en la práctica así lo hicieran en ejercicio de la autonomía de la voluntad que regía y rige todo el proceso arbitral y además, tampoco se prohibía dicha actuación expresamente en la ley<sup>536</sup>.

Como hemos visto, la nueva ley arbitral establece una libertad de forma total a la hora de presentarse estas alegaciones, por lo que no se requieren los formalismos típicos de una demanda que se presenta ante nuestros tribunales jurisdiccionales. La ley arbitral no dice nada acerca de la necesidad de que la demanda y la contestación se deban realizar de forma escrita, a pesar de ello consideramos que en el supuesto en que se optara por la oralidad deberán, en todo caso, constar ambas documentalmente con el fin de permitir delimitar progresivamente el objeto el conflicto<sup>537</sup>.

### **b) Momento de presentación de la demanda**

Si las partes no han convenido nada al respecto, el curso normal del procedimiento será que el arbitraje se inicie por el requerimiento del artículo 27 LA que formula el demandante frente al demandado, a continuación se proceda a nombrar a los árbitros y, una vez éstos ya han sido nombrados y aceptados sus cargos así como comunicadas a las partes dicha aceptación, ya tendrán lugar los trámites alegatorios iniciales que, a falta de acuerdo de las partes o de previsión de la institución arbitral, serán los mismos árbitros quienes concedan un plazo al demandante para formular su demanda contra el demandado<sup>538</sup>.

---

<sup>536</sup> Todo lo contrario ocurre en el orden jurisdiccional pues la LEC en su artículo 412.1 LEC, en virtud del principio de preclusión que impera en el proceso civil, no permite que varíen las partes el objeto de la controversia que viene fijado en los escritos de demanda y contestación, excepto en lo dispuesto en el artículo 426 LEC que prevé que en la audiencia previa las partes puedan efectuar alegaciones complementarias o aclaratorias pero siempre y cuando no se modifiquen sustancialmente sus pretensiones.

<sup>537</sup> Es por ello que MARTINEZ GARCÍA, E., señalaba respecto de la ley anterior: «*pensemos que el artículo 41 sanciona con nulidad no sólo la falta de contradicción o audiencia, sino también la incongruencia, lo que indudablemente exige la constancia documental de las comunicaciones hechas a las partes para defender sus derechos, el convenio y del poder de decisión otorgado al árbitro para que decida sobre una determinada controversia*». *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit. p. 1019.

<sup>538</sup> RODRÍGUEZ MERINO, A., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. MATEO SANZ, J.), Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 509.

En cuanto al momento de presentación de la demanda, la ley arbitral no indica el plazo que tiene el demandante para formularla pues en su artículo 29 LA se limita a señalar: “*dentro del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros*”. Cuando la ley se refiere al plazo convenido por las partes, dicho plazo debe equipararse al plazo que venga dispuesto en el reglamento de la institución arbitral en caso de encontrarnos ante un arbitraje institucional. Lo que si debemos tener presente es que este plazo, en virtud del principio de igualdad que debe presidir el procedimiento arbitral (art. 24.1 LA), deberá ser el mismo para las partes a no ser que exista una justificación para que dichos plazos sean diferentes.

Puede suceder que el demandante presente la demanda fuera del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros y en este caso, el artículo 31 a) LA, fuertemente inspirado en el artículo 25 de la Ley Modelo UNCITRAL, señala que los árbitros darán por terminadas las actuaciones, existiendo una excepción al respecto: cuando oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión. Ello determina que los árbitros antes de proceder a dar por terminadas las actuaciones, deberán dar audiencia al demandado para que éste formule sus pretensiones y, en caso de que no las formule, ya se darán definitivamente por terminadas las actuaciones arbitrales<sup>539</sup>.

Observamos como la nueva ley de arbitraje regula la falta de actuación o de comparecencia de las partes en su artículo 31 LA de una manera mucho más precisa a como lo hacía la ley de 1988 en su artículo 22.2 que se limitaba a decir: “*la inactividad de las partes no impedirá que se dicte laudo ni le privará de eficacia*”. En la nueva ley arbitral se regulan dos supuestos de falta de incomparecencia de las partes además del anteriormente citado (falta de presentación de la demanda en plazo) y éstos son: cuando el demandado no

---

<sup>539</sup> La ley de arbitraje regula la terminación anticipada del proceso arbitral en cinco preceptos: 1) cuando el demandante no presente su demanda en plazo, supuesto que venimos comentando (art. 31.a LA), 2) cuando durante las actuaciones arbitrales las partes lleguen a un acuerdo respecto al objeto del conflicto que ponga fin a la controversia (art. 36 LA), 3) cuando las partes lleguen a un acuerdo de finalizar el procedimiento arbitral, que no debemos confundir con el supuesto anterior, pues en este caso las partes no llegan a ningún acuerdo respecto al objeto de la controversia sino simplemente respecto a la finalización del proceso (art. 38. 2.b LA), 4) cuando los árbitros comprueben que el seguimiento de las actuaciones resulta innecesario o imposible (art. 38. 2.c LA) y finalmente, 5) ante el desistimiento de la parte demandante (art. 38. 2.a LA).

presente su contestación en plazo y cuando una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas, supuestos que veremos a continuación.

### **c) Documentos que deben aportarse**

El artículo 29 LA proclama que cuando las partes formulen sus alegaciones *“podrán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer”*. De dicho precepto deducimos que las partes no tienen por qué aportar documento alguno con los escritos de demanda y contestación, siempre y cuando claro está, no hayan convenido otra cosa, por lo que su falta de presentación no puede conllevar ningún tipo de fundamento a la hora de solicitar la anulación del laudo.

Por tanto, si bien podrán aportar junto a la demanda todos los documentos en que funden su pretensión, este trámite alegatorio, en todo caso, no es preclusivo para aportar documentos a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil. En este sentido la ley es clara y utiliza el término “pueden” y no “deben”, sin imponer obligación alguna sino simplemente otorgándoles la posibilidad de hacerlo<sup>540</sup>.

## **B) Contestación**

Una vez recibida la demanda, se dará traslado de la misma al demandado para que pueda contestar en los plazos convenidos por las partes o señalados por los árbitros a falta de convenio de éstas al respecto.

En lo que a la contestación a la demanda se refiere, la ley se limita a señalar, *“el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda”*, pues lógicamente el demandado deberá tratar de desestimar las pretensiones alegadas por el demandante mediante las oportunas excepciones. Sin embargo, si bien la ley arbitral no otorga ninguna consecuencia jurídica a la

---

<sup>540</sup> Al respecto, CUCARELLA GALIANA, L., señala: *«el artículo citado debe interpretarse en el sentido de que el demandante debe desvelar en su demanda las fuentes de prueba de que dispone, sin perjuicio de que las aporte posteriormente. Interpretar el artículo 29.1 in fine LA, en el sentido de que el demandante pueda aportar en cualquier momento una fuente de prueba y proponer por lo tanto en cualquier momento el medio probatorio para su introducción en el proceso, conduciría a resultados claramente insatisfactorios en relación con el respeto a las exigencias derivadas del principio de contradicción y del derecho de defensa del demandado». El procedimiento arbitral..., cit, p. 159.*



presentación de la demanda, si lo hace a la de la contestación, pues el artículo 37.2 LA manifiesta que será en ese mismo momento, si las partes no han dispuesto otra cosa, cuando comience el plazo de seis meses para dictar el laudo<sup>541</sup>.

Además, consideramos que no existe objeción alguna a que los árbitros concedan a las partes un trámite alegatorio inicial complementario, en el sentido de réplica y dúplica, en virtud del artículo 25.2 LA que señala que a falta de acuerdo de las partes, los árbitros podrán, con sujeción a la ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado.

En definitiva, ante la presentación de la demanda son diferentes las posibles actitudes que puede adoptar el demandado y a ellas nos referimos brevemente a continuación:

#### **a) Allanamiento**

Una de las posibles actitudes que puede presentar el demandado es la de allanarse. El allanamiento consiste en la situación procesal que se produce cuando el demandado muestra su conformidad, en su totalidad o en parte, con la pretensión interpuesta por el demandante; dicha actuación la puede realizar tanto al inicio de las actuaciones en su contestación a la demanda como en cualquier otro momento posterior<sup>542</sup>.

Se trata, por tanto, de un acto único y dispositivo del demandante y que en todo caso debe ser expreso, pudiéndose llevar a cabo tanto de manera oral como escrita pero siempre de forma expresa, viniendo únicamente limitado por el orden público si aplicamos analógicamente el artículo 21 LEC.

---

<sup>541</sup> A diferencia de lo que disponía la ley arbitral de 1988 donde el plazo para dictar el laudo se contaba a partir del momento en que el último árbitro aceptaba su cargo (art. 30.1 LA 1988). Esta novedad, tal como señala la Exposición de Motivos de la nueva ley arbitral, responde a la necesidad de que la celeridad propia del arbitraje sea adecuada a las exigencias prácticas y a continuación expone, *“Un plazo de seis meses desde la aceptación de los árbitros se ha revelado en no pocos casos de imposible cumplimiento y obliga en ocasiones a una tramitación excesivamente rápida o a la omisión de ciertos actos de alegación o, sobre todo, de prueba, por la exigencia de cumplir el plazo para dictar el laudo”*.

<sup>542</sup> La ley se refiere al allanamiento de una manera indirecta al indicar en su artículo 31 b) LA que cuando el demandado no presente su contestación en plazo, dicha omisión no deberá considerarse como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante. Con base en ello, podemos concluir que no hay lugar a duda que esta actitud del demandado sea posible. Vid. al respecto, la SAP Álava de 22 octubre de 2001, (JUR 2002/217246).

El árbitro, consecuentemente, deberá dictar un laudo que será favorable al demandante poniendo fin al arbitraje si se tratase de un allanamiento total, o dictando un laudo parcial en el mismo sentido y siguiendo el proceso con el resto de pretensiones en el caso de encontrarnos ante un allanamiento parcial, pues como veremos posteriormente, el árbitro puede dictar tantos laudos parciales como estime oportunos (art. 37.1 LA).

## **b) Rebeldía**

Se habla de rebeldía para significar ausencia o incomparecencia de alguna de las partes en el arbitraje<sup>543</sup>. En lo que nos respecta, la rebeldía consiste en la inactividad del demandado al no presentar la contestación a la demanda. Viene expresamente recogida en el artículo 31 b) LA que indica que ante la actitud del demandado rebelde, los árbitros seguirán con las actuaciones, por lo que no se dará fin al proceso arbitral y, en ningún momento, deberá confundirse con el allanamiento o con la admisión de los hechos como expresamente señala la ley.

La ley arbitral nada más dice al respecto, por lo que consideramos aplicable por analogía lo previsto para los procesos jurisdiccionales en el artículo 496 de la LEC y, por tanto, deberá el árbitro comunicar al demandado la declaración de rebeldía en la que ha incurrido. En todo caso, al final del proceso que se ha llevado a cabo en ausencia del demandado rebelde, se le deberá notificar el laudo adoptado<sup>544</sup>.

Comparto con la doctrina que la situación de rebeldía puede ser reversible, pues puede ocurrir que el demandado una vez ha transcurrido el plazo para presentar la contestación a la demanda presente dicha contestación<sup>545</sup>. Sin embargo, debemos contar con la existencia de un límite para ello y, éste es el del artículo 29.2 LA que permite a los árbitros considerar improcedente la presentación de la contestación a la demanda por razón de la demora con que se hubiere hecho.

---

<sup>543</sup> Vid. VERGER GRAU, J., "La rebeldía en el arbitraje", *AJA*, nº 2, 2001, pp. 65- 101.

<sup>544</sup> En cualquier caso, los reglamentos de las instituciones arbitrales pueden establecer normas al respecto, por ejemplo, el de la Corte de Arbitraje de Valencia así lo ha hecho (art. 30).

<sup>545</sup> CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral...*, cit, p. 163.

No se contempla en la ley disposición alguna que regule el medio de impugnación del que gozará el demandado en el caso de encontrarse en una situación de rebeldía involuntaria como podría ocurrir, por ejemplo, en el caso en el que el demandado no hubiere tenido conocimiento de la demanda contra él interpuesta por causas ajenas a su voluntad o incluso por causas de fuerza mayor, sin embargo, si consideramos que podrá impugnar el laudo en virtud de la acción de anulación prevista en el artículo 41.1 b) LA.

### **c) Resistencia**

La resistencia es la actitud que adopta el demandado cuando se opone a la/s pretensiones formuladas por el demandante. En este sentido, el demandado podrá oponerse a la pretensión del demandante de diferentes modos: en primer lugar, alegando excepciones procesales que deberá realizar, tal y como señala el artículo 22 LA, antes o incluso en el momento de presentar la contestación a la demanda o fuera de ese plazo pero siempre y cuando el retraso haya sido justificado, en segundo lugar podrá alegar hechos nuevos que difieran de los alegados por la parte demandante y finalmente, cabrá la posibilidad de que el demandado se limite a negar los hechos que la demandante ha alegado en su demanda.

En cuanto a las razones procesales que puede alegar el demandado tratando de poner de manifiesto que la relación jurídico-procesal entre los sujetos ha desaparecido y siguiendo a MARTINEZ GARCIA, diferenciamos entre<sup>546</sup>:

a) Las causas que afectan al poder arbitral. Entre ellas destacamos la inexistencia o incluso nulidad del convenio arbitral que provoca que el árbitro no pueda pronunciar su laudo en tanto en cuanto ha perdido su competencia, cualquiera de las causas que podría provocar la revocación del árbitro, etc.

b) Aquellas causas que afectan a la parte. Aquí englobamos todas las relativas a la capacidad de las partes, tales como que una de las partes o incluso las dos fueran menores de edad, que no actúen con la representación necesaria, etc. lo que otra vez, impide al árbitro entrar a conocer el fondo del asunto.

---

<sup>546</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit. pp. 1026 y 1027.

c) Un tercer bloque de causas que calificamos de objetivas. La principal de estas causas es aquella por la que se exceptiona la inarbitrabilidad de la controversia o incluso cuando, si bien se trata de una materia arbitrable, excede de lo que sometieron las partes a arbitraje en su convenio. También podrá el demandado oponerse por existir cosa juzgada en la materia objeto de arbitraje o bien litispendencia judicial o arbitral.

Como hemos dicho, el demandado podrá alegar la concurrencia de determinadas causas que provoquen que el árbitro no entre a conocer el fondo del asunto, pero debemos tener claro que, a pesar de que el artículo 22 LA se refiere únicamente a aquellas excepciones relativas a que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia, no significa que sean éstas las únicas razones que puede alegar, pues, como acabamos de decir, las partes también podrán alegar hechos extintivos, impeditivos o excluyentes que provoquen la desestimación de la demanda.

#### **d) Reconvención**

Nos limitamos a referirnos en este apartado a la reconvención como una posible actuación del demandado ante la presentación de la demanda, pues a ella nos vamos a dedicar inmediatamente a continuación como supuesto específico de acumulación de pretensiones que es.

#### **4) Acumulación de pretensiones.**

A pesar del silencio de la ley de arbitraje, que nada dice al respecto, nos debemos preguntar si resulta posible la acumulación de pretensiones arbitrales en un mismo procedimiento arbitral, es decir, si una vez presentada la demanda, el demandante o bien el demandado pueden acumular una nueva pretensión a la demanda o a la contestación inicialmente presentada<sup>547</sup>.

---

<sup>547</sup> Diferente es el supuesto en que el demandante incluye diversas pretensiones en su demanda (art. 29 LA), donde nos encontramos ante un procedimiento arbitral que tratará de resolver diferentes pretensiones u objetos que presentan una conexión entre ellos, en tanto en cuanto pertenecen a una misma relación jurídica que se contempla en el convenio arbitral.

El objeto de la acumulación consiste en que una única resolución o un único laudo se pronuncie sobre todas las pretensiones objeto del proceso por razones de economía procesal así como para evitar laudos contradictorios<sup>548</sup>.

### **A) Posibilidad de acumulación en el arbitraje**

En nuestra opinión, no debería prohibirse tal acumulación en el caso en que todas las partes del proceso estuvieran de acuerdo con ello y lo plasmaran en el convenio arbitral, o bien, en virtud del artículo 29 de la ley de arbitraje que permite que las partes completen en cualquier momento, el contenido del convenio arbitral, rigiendo en todo caso la autonomía de la voluntad de las partes que impera en el proceso. Por lo que en ningún supuesto será posible esta acumulación si las partes pactaron previamente, que una vez presentada la demanda, su objeto no podrá sufrir alteraciones.

En todo momento deberá respetarse el artículo 2 LA, es decir, la materia deberá ser arbitrable y por supuesto, dicha materia deberá referirse estrechamente a la relación jurídica que contiene el convenio arbitral que previamente las partes acordaron<sup>549</sup>.

### **B) Control de la acumulación**

El control de dicha acumulación corresponderá al árbitro, cumpliendo lo exigido en el artículo 22 LA, para que éste no se exceda de sus competencias y con ello evitar una posible anulación parcial del laudo que posteriormente se dicte, en virtud de los artículos 41.1 c) y 41.3 LA, si se pronunciase sobre materias no susceptibles de arbitraje y acumuladas a otras que si lo eran.

---

<sup>548</sup> En la SAP Murcia de 19 diciembre de 2002 (JUR 2003/34628) se acumulan en un sólo expediente dos reclamaciones derivadas de dos negocios distintos, perfectamente identificados donde la coincidencia en cuanto a su naturaleza y partes contendientes propicia el conocimiento conjunto del arbitraje.

<sup>549</sup> Sin embargo, vid. el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granollers de 26 febrero de 2001, comentado por RAMOS MÉNDEZ, F., en *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 177 – 182. En el caso que se debate se ejercitan dos acciones acumuladas, respecto a la primera no existe duda alguna de la eficacia de la cláusula arbitral mientras que la segunda de ellas no se encuentra dentro de la cobertura del convenio arbitral. Se plantea al juzgado si es viable la acumulación de ambas acciones en el proceso arbitral, y éste responde afirmativamente, argumentando que se debe interpretar con criterio flexible la LEC por razones de economía procesal, a favor de la tutela efectiva reconocida en el artículo 24. 1 CE, admitiendo el ejercicio simultáneo de las acciones que uno tenga contra varios individuos cuando entre ellas exista conexión que haga conveniente su examen en un solo litigio, siempre y cuando no se den las prohibiciones contempladas en la LEC.

Además, los árbitros también podrán considerar improcedente estas ampliaciones de la demanda *“por razón de la demora con que se hubiere hecho”*, tal y como dispone el párrafo segundo del artículo 29 LA<sup>550</sup>. La acumulación de acciones viene regulada en nuestra LEC en los artículos 71 a 73 LEC y a su aplicación analógica acudiremos en caso de duda o laguna jurídica en el arbitraje.

### **C) Reconvención**

Como supuesto concreto de acumulación de acciones en un proceso arbitral, debemos referirnos a la reconvención del demandado. Es de resaltar que la ley de arbitraje no se refiera expresamente en ninguno de sus artículos a la posibilidad de que el demandado, además de responder a la demanda, pueda formular reconvención frente al demandante, sin embargo su Exposición de Motivos sí que indica, *“la práctica arbitral demuestra que quien inicia el arbitraje formula en todo caso una pretensión frente a la parte o partes contrarias y se convierte, por tanto, en actor; y ello sin perjuicio de que el demandado pueda reconvenir”*, por tanto, si reconoce la ley dicha posibilidad que asiste al demandado<sup>551</sup>. Además, el artículo 31. a) LA también admite dicha posibilidad al manifestar que el árbitro dará por terminadas las actuaciones a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión, y de nuevo el artículo 4. c) LA señala que cuando una disposición de esta ley se refiera a la demanda, también deberá aplicarse a la reconvención y cuando se refiera a la contestación, se aplicará a la contestación a esa reconvención, excepto en concretos supuestos como los de los artículos 31 y 38. 2.a) LA. A pesar de los preceptos anteriores, consideramos que el legislador debería haber expuesto expresamente en el texto de la ley la posibilidad que asiste al demandado de formular la reconvención.

---

<sup>550</sup> En los procesos civiles ordinarios, la modificación de la demanda se supedita a la condición que el demandado haya procedido a contestar a la demanda, en este sentido y en lo que al juicio ordinario se refiere se pronuncia el artículo 401.2 LEC. Sin embargo, esta exigencia no se requiere en el procedimiento arbitral, resultando una muestra más de las flexibilidades que el proceso arbitral nos ofrece.

<sup>551</sup> Vid. la SAP Madrid de 28 de enero de 2005, (EDJ 2005/110210), en donde se reconoce la viabilidad de la reconvención en el arbitraje.

El demandado podrá presentar la reconvencción tanto al contestar la demanda como en un momento posterior aunque, una vez más, los árbitros podrán rechazarla por considerarla improcedente por razón de la demora con que se ha realizado (art. 29.2 LA). Dicho plazo podrán pactarlo las partes<sup>552</sup>.

Sin embargo, no procederá la reconvencción cuando la pretensión que se interponga sea inarbitrable al tratarse de una materia indisponible para las partes o que excede de la relación jurídica controvertida determinada en el convenio arbitral; se exige, por tanto, una conexión objetiva entre ambas pretensiones. En segundo lugar, tampoco puede realizarse la reconvencción cuando se pretenda interponer la demanda reconvenccional contra alguien que no sea titular de la relación jurídica material, es decir, contra alguien que no firmó el convenio arbitral, exigiéndose aquí una conexión subjetiva.

En todo caso, si el demandado plantease reconvencción, los árbitros deberán dar traslado al demandante para otorgarle un plazo suficiente para que pueda contestar a dicha reconvencción.

#### **D) ¿Acumulación de procesos arbitrales?**

Cuestión distinta y que también podemos plantearnos será si resulta posible la acumulación de diferentes procesos en el arbitraje, es decir, cuando hay dos o más procesos arbitrales que han nacido independientes cada uno con su procedimiento respectivo y se pretenden reunir en un procedimiento único para que se resuelvan en un mismo laudo<sup>553</sup>.

---

<sup>552</sup> MARTÍNEZ GARCIA, E., considera que deberá realizarse la reconvencción en el momento de contestar a las alegaciones iniciales por las siguientes razones: «1) *posteriormente no se podrá modificar material o sustancialmente el objeto del proceso (art 29.2), 2) cualquier aportación de hechos que haga con posterioridad el demandado reconveniente, no podrá afectar a los hechos identificadores de la pretensión y 3) en conclusión, no podrá presentar hechos que no queden bajo la relación jurídico material que dio origen al convenio y que fue aceptada por el árbitro*». *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit, p. 1031.

<sup>553</sup> Respecto al proceso jurisdiccional, Vid. MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional II...*, cit, p. 136 y ARMENTA DEU, T., *La acumulación de Autos*, Montecorvo, Madrid, 1997. Esta última autora manifiesta las diferencias y semejanzas que existen entre la acumulación de acciones y la acumulación de autos o procesos; al respecto señala que si bien existe una indudable relación entre estas dos acumulaciones pues pertenecen al mismo género (De las Acumulaciones) y ambas suponen un aumento en el objeto del proceso, de dichas similitudes no se puede inferir que la acumulación de autos sea tan sólo acumulación de acciones cualificada temporalmente, sino que existen diferencias de una talla importante que impiden dicha afirmación, pues se exigen diferentes requisitos (más amplios) para la acumulación de autos y en este sentido concluye, «*reducir el concepto de la acumulación de autos a un mero supuesto más de acumulación de acciones (aunque sea cualificado), supone desnaturalizar un expediente procesal con entidad y finalidades propias*».

Aunque con mayor cautela que la acumulación de objetos procesales que hemos comentado *supra*, pues resulta mucho más difícil, consideramos que si resultaría aconsejable dicha posibilidad y debería estar regulada expresamente en la ley de arbitraje, pero como nada se prevé al respecto, debemos barajar la opción de acudir a una aplicación analógica de la Ley de Enjuiciamiento Civil y estudiar los presupuestos y requisitos básicos establecidos en los artículos 74 y ss LEC, que permiten la acumulación de procesos, aunque trasladado todo ello al proceso arbitral con las singularidades que éste presenta, a pesar de ser muchas las dudas y lagunas que se planteen, como por ejemplo, quien será el órgano arbitral que debería conocer de la acumulación, etc.

Para ello, resultará imprescindible que concurra el requisito de la conexión, en virtud del cual, el laudo pueda producir efectos prejudiciales en los otros procesos o bien cuando atendidos los objetos de los procesos pudieran dictarse laudos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes<sup>554</sup>. En estos supuestos no entendemos por qué no cabría tal opción convenida por las partes, a pesar de que en estos momentos resulte complicado, por no decir imposible, al no estar amparado en la ley de arbitraje. No procederá dicha acumulación de procesos cuando el riesgo de laudos con pronunciamientos contradictorios pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia.

En lo que al proceso judicial se refiere, la LEC proclama que la acumulación deberá solicitarse ante el tribunal que conozca del proceso más antiguo al que se acumularán los más modernos, antigüedad que se determina por la fecha de la presentación de la demanda (art. 79 LEC). En el arbitraje, si bien la lógica llevaría a la aplicación de dicha norma, las partes en virtud de su autonomía de la voluntad podrán decidir el árbitro que llevará a cabo el proceso. Una vez ha sido acordada la acumulación, se suspenderá el curso del proceso más avanzado hasta que el otro llegue al mismo estado procesal. También podrá ocurrir la acumulación de procesos pendientes ante un mismo árbitro, en cuyo caso nos remitimos a los artículos 81 - 85 LEC.

---

<sup>554</sup> De seguirse separadamente los dos procesos se podría llegar a producir estas situaciones: a) la posibilidad de laudos contradictorios en los supuestos de acciones idénticas, b) laudos contradictorios para casos semejantes, aunque no exista propiamente contradicción de fallos, en los casos de acciones conexas y, c) quebranto para la economía procesal que se muestra, por ejemplo, en la evitación de trámites duplicados. En este sentido, vid. los riesgos que conlleva la pendencia de dos procesos idénticos, así como los medios para evitarlos en ARMENTA DEU, T., *La acumulación de Autos...*, cit., pp. 56 y ss.



En conclusión, a pesar de resultar sumamente complicado pues la partes deberán ponerse de acuerdo en quién va a ser el árbitro que a partir de ahora enjuiciará el proceso, habrá que estar al caso en concreto, atendiendo en todo momento a la voluntad de las partes, a lo dispuesto en el convenio arbitral y a los requisitos exigidos para que la acumulación pueda llevarse a cabo, y a pesar de que en la mayoría de los supuestos se trate de sujetos diferentes en los distintos procesos, si éstos así lo convienen –consideramos- que deberá permitirse dicha acumulación; aunque repetimos, se trata de un supuesto teórico que difícilmente se llevará a la práctica. Desde luego, la acumulación de procesos no podrá acordarse *ex officio*.

## 5) Litispendencia

Finalizaremos este apartado con una breve reflexión acerca de la posibilidad o no de que se produzca litispendencia en el arbitraje. Como todos sabemos, la litispendencia consiste, tal y como su propio nombre indica, en la pendencia de un litigio, situación que provocará determinados efectos procesales como consecuencia de la constitución de un proceso<sup>555</sup>.

Antes de proceder a su estudio, debemos tener claro que cuando el demandado pretende evitar la sumisión a la jurisdicción y que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre el fondo de la controversia que corresponde al arbitraje, lo que debe realizar es proponer la declinatoria en el tiempo y plazo exigido y no alegar la excepción de litispendencia. Ello no significa que no exista litispendencia en el arbitraje, a pesar de la falta de previsión legal en la ley de arbitraje. Como ha señalado la doctrina, el arbitraje produce litispendencia de forma análoga a lo que sucede en cualquier juicio de los que regula la LEC<sup>556</sup>.

Respecto al momento exacto a partir del cual entendemos que existe litispendencia debemos, en primer lugar, determinar el inicio del procedimiento arbitral y una vez éste ha sido clarificado, estudiaremos si este momento coincide con el momento a partir del cual se puede hablar de litispendencia.

---

<sup>555</sup> Véanse al respecto las sentencias siguientes: SAP Valencia de 25 julio 2002 (JUR 2002/253781), SAP Madrid de 29 septiembre 2000 (JUR 2000/312919) y ATS (Sala de lo Civil) de 20 junio 2000 (RJ 2000/4656).

<sup>556</sup> MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La Litispendencia*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 67.

Como ya estudiamos en su correspondiente momento, a lo que nos remitimos<sup>557</sup>, el inicio del arbitraje viene proclamado en el artículo 27 LA, el cual señala: "*Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje*". Se trata de una cuestión compleja que aborda numerosos interrogantes en los que no entraremos a debatir por haberse estudiado con anterioridad. Sin embargo, si consideramos oportuno realizar una breve reflexión para identificar si es en este momento cuando podemos empezar a hablar de litispendencia en el arbitraje.

Partimos del hecho de que en nuestra ley arbitral no se exige que esté perfectamente delimitado el objeto de la controversia en dicho requerimiento de someter la controversia a arbitraje contemplado en el citado artículo 27 LA y que provoca el inicio del arbitraje, por lo que la pretensión objeto de arbitraje puede no aparecer definida en este momento, resultando difícil que exista la pendencia de un proceso sin que ni siquiera exista ninguna pretensión delimitada.

En el arbitraje, el *thema decidendi* se concreta, no tras el requerimiento previsto en el artículo 27 LA, sino en el procedimiento arbitral propiamente dicho, por lo que consideramos que los efectos de la litispendencia arbitral no deberán producirse hasta que no se presente la demanda ante el árbitro donde deberá concretarse dicha pretensión<sup>558</sup>. Lo mismo ocurre en sede judicial, donde la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida (art. 410 LEC).

---

<sup>557</sup> Cfr. pp. 250 y ss

<sup>558</sup> En este mismo sentido se pronuncia MUNNÉ CATARINA, F., en "Efectos jurídicos derivados del inicio...", cit., pp. 121 y 122. Sin embargo, MARTÍNEZ GARCIA, E., considera que el momento en que el árbitro acepta su encargo, es aquél a partir del cual se pasa de la existencia de una relación jurídica material y de la eficacia negativa desplegada por la existencia del convenio arbitral, a la pendencia de un proceso y su consecuente relación jurídica procesal, produciéndose, por tanto, litispendencia; la autora determina las razones de dicha postura, sistematizándolas en tres: 1) en primer lugar considera que hasta este momento no existe proceso, entendido como dualidad de posiciones ante un tercero y a partir de este momento se perpetúa la jurisdicción del árbitro, 2) las partes pasan a ser partes de un proceso, y en tercer lugar, 3) las partes en sus alegaciones posteriores deberán ser coherentes con la relación jurídico material controvertida, aunque sea de forma somera al requerir a la otra parte y aceptar el árbitro el encargo. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 1024.

Para su tratamiento y, a pesar de su excepcionalidad, siguiendo a CUCARELLA GALIANA<sup>559</sup>, sistematizaremos los diferentes supuestos ante los que nos podemos encontrar:

1) El primer supuesto consiste en la situación en la que nos hallamos cuando se inicia un procedimiento arbitral existiendo sobre el mismo objeto y las mismas personas un proceso pendiente ante los órganos jurisdiccionales. Dentro de este supuesto nos podemos encontrar con dos situaciones distintas:

a) El convenio arbitral se celebró con anterioridad al inicio del proceso, pero a pesar de ello las partes acudieron ante los órganos jurisdiccionales renunciando así al arbitraje; por tanto, si una de las partes pretende ahora acudir al arbitraje no será posible. No debemos confundirnos, pues en esta concreta situación no estamos ante un problema de litispendencia sino que el convenio arbitral que firmaron las partes en su día ha caducado, por tanto, lo que podrá alegarse en el arbitraje será la correspondiente excepción o causa de oposición en virtud del artículo 22 LA.

b) El convenio arbitral se celebró con posterioridad a la pendencia del proceso judicial. A este supuesto se refiere el artículo 19 .1 LEC y en virtud de él, cuando las partes celebren un convenio válido con el objeto de someterse a arbitraje, el juez perderá su jurisdicción, declarándolo mediante auto, absteniéndose de conocer el asunto y sobreseyendo el proceso<sup>560</sup>.

2) El segundo supuesto ante el que nos podemos encontrar surge cuando se inicia un procedimiento arbitral estando pendiente ante los árbitros otro procedimiento entre las mismas partes y con el mismo objeto.

No nos encontraremos ante una litispendencia cuando se inicia el proceso arbitral y una de las partes decide acudir a otro árbitro o a otra institución arbitral distinta a la pactada en el convenio, pues en este supuesto es evidente que el segundo árbitro carece de competencia, por lo que la parte instada en el

---

<sup>559</sup> "Litispendencia y arbitraje", AJA, nº 2001, Bosch, pp. 43-60.

<sup>560</sup> Artículo 19.1 LEC: *Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.*

segundo procedimiento simplemente deberá alegar la falta de competencia del árbitro o de la institución.

3) Finalmente, nos hallamos ante el caso en el que las partes pactaron en su convenio arbitral la sumisión a dos o más árbitros o instituciones. Se trata de un supuesto en el que una de las partes insta el arbitraje ante un árbitro y, por tanto, el arbitraje se encuentra pendiente y posteriormente, la otra parte o incluso la misma, insta el arbitraje ante el otro árbitro o institución que disponía el convenio por la misma controversia. En este caso consideramos que la parte instada en este segundo procedimiento si podrá alegar litispendencia<sup>561</sup>.

## 6) Posible Audiencia Previa

Defendemos la conveniencia de pactar una suerte de audiencia o comparecencia previa o preparatoria, similar a la prevista en el proceso civil en sus artículos 415 y siguientes LEC y que deberá realizarse tras la oferta del encargo arbitral y su aceptación y siempre antes de la fase de alegaciones. Etapa preparatoria que si se encuentra prevista en gran parte de los reglamentos de las instituciones internacionales arbitrales más prestigiosas, como por ejemplo, en el artículo 47 del Reglamento de arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual<sup>562</sup>.

Esta audiencia puede ostentar una disparidad de funciones, de ahí que pueda calificarse como una institución multiusos, como la ha denominado BARONA VILAR<sup>563</sup>.

---

<sup>561</sup> Interesante resulta la SAP Valencia de 25 julio 2002 (JUR 2002/253781) que señala: *“es constante la jurisprudencia que declara que aún cuando generalmente su procedencia dependa de la concurrencia de las tres identidades del artículo 1.252 del Código Civil (LEG 1889, 27), también se apreciará cuando el pleito anterior interfiera o prejuzgue el segundo pleito o cuando los dos fallos no puedan concurrir en armonía o se manifiesten como complementarios o interdependientes, o en todo caso, con el carácter de medio a fin...De ahí que haya litispendencia cuando lo resuelto en la sentencia del proceso anterior sea preclusivo respecto al proceso posterior, en cuanto que con ella se trata de evitar que sobre una misma controversia, sometida al órgano judicial con anterioridad, se produzca otro litigio posterior con posibilidad de establecer resoluciones judiciales que resulten contradictorias y cuya ejecución simultánea sea inviable, actuando, por tanto, como una institución jurídica preventiva y de tutela de la cosa juzgada”.*

<sup>562</sup> Defiende MARTINEZ GARCIA la conveniencia de pactar esta “audiencia preparatoria” en donde se fijen los mínimos que marcan, entre otras, el alcance de la actuación del árbitro y se determinen aspectos tales como: la dirección cierta a efectos de notificaciones, la posible delimitación de la relación jurídica controvertida, las audiencias imprescindibles, las preclusiones obligatorias para la parte y el árbitro, el idioma del arbitraje, etc. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit. p. 1037.

<sup>563</sup> “El procedimiento arbitral”, cit.

Siguiendo a esta misma autora, podemos delimitar las distintas actuaciones que en este trámite previo se pueden llegar a desplegar, a saber:

1) Puede convertirse en el momento procesal idóneo para que los árbitros exhorten a las partes a llegar a un acuerdo, pudiendo ser el momento adecuado tanto para evitar la continuidad del litigio arbitral, como para alcanzar una solución consensuada por ambas partes que se reflejaría en un laudo conciliatorio (art. 38 LA), o incluso limitarse a solventar mediante un laudo parcial algunas de las controversias existentes entre éstas (art. 37 LA).

2) Es este uno de los momentos procesales en los que puede discutirse la competencia de los árbitros. En este sentido, el artículo 22 LA contempla la facultad de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, (lo que se ha denominado la *Kompetenz-Kompetenz*)<sup>564</sup>. A pesar de que el citado precepto se refiera únicamente al control de la competencia de los árbitros, como señala la Exposición de Motivos de la ley, esta posibilidad se puede extender a otras cuestiones, concretamente a aquellas que podrían convertirse en excepciones cuya estimación impediría entrar a conocer del fondo de la controversia, como pueden ser el control de la validez del convenio arbitral, la posible existencia de litispendencia, efecto de cosa juzgada que la cuestión planteada tiene, defecto en el modo de proponer la demanda, materia indisponible, materia que, aun siendo disponible, no está cubierta por el convenio arbitral, defectos de representación y capacidad de las partes, etc<sup>565</sup>.

La alegación de estas excepciones se realizará por el demandado y, en virtud del artículo 22 LA, deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda con la finalidad principal de que el proceso arbitral no se lleve a cabo desde su inicio con vicios que puedan fracasar el arbitraje en cuestión, los árbitros únicamente podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad, si la demora resulta justificada.

Una vez propuesta dicha excepción por el demandado, los árbitros podrán decidirla con carácter previo o junto con las demás cuestiones

---

<sup>564</sup> Vid. GUZMÁN FLUJA, V., "Comentario al artículo 22, *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, (coord. BARONA VILAR), cit., pp. 806-831.

<sup>565</sup> BARONA VILAR, S., "El procedimiento arbitral", cit.

sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto<sup>566</sup>. La decisión que adopten los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo que, en su día, se adopte.

3º) En último lugar, también podrá servir esta audiencia previa en aras a concretar las alegaciones que hubieren realizado las partes con anterioridad, pues debemos ser conscientes que se trata de uno de los momentos en que será viable complementar las alegaciones e incluso proponer medios de prueba que deban practicar a lo largo del procedimiento arbitral.

### III. PRUEBAS

El árbitro deberá convencerse de todos aquellos datos que han sido alegados por las partes para proceder a su posterior decisión. La fase probatoria resultará necesaria siempre y cuando existan hechos controvertidos.

La ley de arbitraje de 2003 no se ha detenido a regular la fase probatoria mas que en dos artículos referentes a la prueba pericial (art. 32 LA) y a la intervención judicial en la práctica de la prueba (art. 33 LA). Además de estas dos disposiciones no encontramos ninguna otra norma probatoria en la ley, sino únicamente breves referencias en los artículos 25.2, 26.2, 29.1, 31 c) etc. LA, pero que no son suficientes para resolver el gran número de problemas que pueden surgir en el sistema probatorio del arbitraje, pues no regulan cuestiones tan importantes como la admisión, práctica, valoración de la prueba, etc., cuestiones que, por tanto, deberán ser decididas por el árbitro, siempre en defecto de acuerdo por las partes, tal y como reza el artículo 25.2 LA al señalar: *“A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y*

---

<sup>566</sup> La razón de tal afirmación no es otra que, tal y como ha manifestado BARONA VILAR, en ocasiones es muy compleja la solución en este momento inicial sin prejuzgar la cuestión de fondo, por lo que se permite que, aun planteada de forma previa, la resolución no se dicte de manera incidental y previa a través del denominado “laudo parcial” sino que sea resuelta con la cuestión principal. Cuando se resuelve con carácter previo, se está permitiendo una posible anulación específica independiente que no suspende el procedimiento principal; si por el contrario, resuelve con la cuestión principal, la anulación se planteará respecto del laudo que pone fin al proceso (art. 22.1 y 3 LA). “El procedimiento arbitral”, cit.

*utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración”.*

En definitiva, el alcance del poder del árbitro en materia probatoria se encuentra limitado al ejercicio que las partes hagan de su autonomía de la voluntad<sup>567</sup>; hay libertad tanto para las partes como para el árbitro a la hora de proponer los medios de prueba, acordar su práctica y valorarla libremente, además, las decisiones que adopte el árbitro, en caso de que las partes o el reglamento de la institución arbitral guarden silencio al respecto, no tendrán por qué ser concordantes con las disposiciones que se predicen en las leyes procesales de nuestro ordenamiento (arts. 281-384 LEC)<sup>568</sup>, sin embargo consideramos que el árbitro podrá, incluso resulta aconsejable, acudir a ellas para guiarse o instruirse<sup>569</sup>.

Llama la atención que la ley arbitral regule expresamente un único medio probatorio: la prueba pericial (art. 32 LA), con excepción de alguna mención mínima en otras disposiciones de su articulado a algunos aspectos generales de la prueba, como por ejemplo ocurre en el artículo 26.2 LA donde se regula el lugar de la práctica de la prueba, el artículo 28.2 LA referente al idioma en el que deben presentarse los documentos, la forma escrita u oral de practicar las pruebas (art. 30.1 LA), etc.

Al consistir en muchas ocasiones el arbitraje en una vía de solución del conflicto a la que acuden las partes en aras a conseguir un determinado nivel de especialización, y debido a la especial importancia que comporta la prueba pericial en el arbitraje, se regula este medio probatorio en un precepto específico de la ley mientras que ningún otro medio aparece regulado en ésta. En este sentido, la Exposición de Motivos de la ley justifica dicha opción del legislador al manifestar: *“La Ley establece únicamente normas sobre la prueba pericial, de singular importancia en el arbitraje contemporáneo, aplicables en*

---

<sup>567</sup> En este sentido, MUÑOZ SABATÉ considera que esta situación obedece a la necesidad de evitar que los árbitros puedan arriesgar el bolsillo de los litigantes acordando pruebas muy costosas y a veces inútiles o llamadas simplemente a satisfacer su comodidad. “El Reglamento de la Institución arbitral a la luz de la nueva Ley de Arbitraje”, *AJA, Especial Ley 60/2003*, nº 5, 2004, p. 59.

<sup>568</sup> Es por ello que LORCA NAVARRETE, A.M., afirma: “Las normas de la LEC sobre la práctica de la prueba no tienen en el arbitraje la condición de normas de *ius cogens* o de obligado cumplimiento”. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003...*, cit., p. 289.

<sup>569</sup> En este sentido GONZÁLEZ SORIA, J., propone que hagamos una aplicación analógica que no subsidiaria de los preceptos de la LEC al procedimiento arbitral. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, (coord. GONZÁLEZ SORIA, J), cit., p. 347.

*defecto de voluntad de las partes. Estas normas están encaminadas a permitir tanto los dictámenes emitidos por peritos designados directamente por las partes como los emitidos por peritos designados, de oficio o a instancia de parte, por los árbitros, y a garantizar la debida contradicción respecto de la pericia”.*

En nuestra opinión, si bien la prueba pericial es extremadamente importante en el arbitraje, no por ello dejan de serlo el resto de pruebas que se pueden practicar en este procedimiento, por lo que opinamos que o bien se debería haber realizado, al menos, una mención al resto de posibles medios probatorios, o bien simplemente, la ley debería haber eludido el referirse a la prueba pericial, tal y como hace con al resto de medios probatorios.

### **1) Carga de la prueba. La prueba de oficio.**

Uno de los aspectos más relevantes en esta materia en la ley de arbitraje de 1988 era la posibilidad que otorgaba dicha ley a que las pruebas pudieran practicarse por iniciativa de los árbitros, aspecto que parecía apartarse de lo propio de los principios de aportación de parte y dispositivo, como base del sistema oportuno que inspira todo el arbitraje.

La nueva ley de arbitraje, a diferencia de su predecesora, permite a los árbitros la potestad de practicar cualesquiera de los medios previstos para comprobar la veracidad de las alegaciones de las partes, pero sin embargo, esta potestad de los árbitros dependerá de la voluntad de las partes, tal y como dispone el artículo 25.2 LA, *“A falta de acuerdo, los árbitros podrán...”* sin pronunciarse con la misma identidad que disponía el artículo 26 de la anterior ley arbitral que señalaba: *“Los árbitros practicarán a instancia de parte, o por propia iniciativa, las pruebas que estimen pertinentes y admisibles en Derecho”*<sup>570</sup>. Por tanto, junto a la aportación de parte, como ya hemos dicho,

---

<sup>570</sup> Al respecto, CUCARELLA GALIANA, L., subraya que una vez identificada la posibilidad de los árbitros de acordar de oficio la práctica de medios probatorios, esta iniciativa no puede suplir la ausencia de proposición de medios probatorios por las partes, pues si bien éstos pueden completar los medios probatorios propuestos por ellas, no podrán suplir la inactividad de las partes en dicha proposición. *El procedimiento arbitral...*, cit., p. 168. Sin embargo, gran parte de la doctrina considera que dicha solución supone un entendimiento exacerbado del principio dispositivo; entre otros, YAÑEZ VELASCO, R., *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit., p. 794 y LORCA NAVARRETE quien considera que los árbitros van a poder practicar prueba sin necesidad de requerimiento previo de la parte y sin encontrarse sujetos a plazos fijos para acordar esa práctica. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., p. 308.



existe la posibilidad de que sea el árbitro el que determine los medios de prueba que estime pertinentes, siempre y cuando claro está, se haga sobre la base de los hechos y fuentes aportados por las partes.

Por el contrario, en el proceso judicial civil rige el principio de aportación de parte, pues los tribunales deciden los asuntos basándose en la pruebas que éstas aportan (art. 216 LEC), pruebas que deberán practicarse únicamente a instancia de cualquiera de ellas (art. 282 LEC)<sup>571</sup>. Sin embargo, a pesar de reinar este principio, se le atribuyen al juez facultades que pueden influenciar el contenido de la sentencia, facultades de las que igualmente gozará el árbitro en el proceso arbitral y que, siguiendo a MONTERO AROCA, son<sup>572</sup>:

a) El tribunal tiene la facultad de realizar dos sugerencias a la parte: la relativa a la insuficiencia de las pruebas propuestas y la relativa a la prueba cuya práctica considera conveniente (art. 429.1, II LEC).

b) Si bien la ley dispone el orden en el que deben practicarse los medios probatorios, el art. 300.1 LEC indica que la práctica de las pruebas seguirá dicho orden salvo que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde otro distinto.

c) En el interrogatorio de la parte resulta difícil determinar hasta dónde puede llegar el juez cuando interroge en virtud del art. 306.1, II LEC, pues no debería hacer preguntas relativas a hechos sobre los que las partes no han formulado preguntas.

d) En la prueba pericial el tribunal puede de oficio: 1) acordar la concurrencia de los peritos al acto del juicio o de la vista (art. 338. 2 LEC) y, 2)

---

<sup>571</sup> El principio de aportación de parte implica, además, que las partes ostentan la facultad de admitir los hechos afirmados por la parte contraria como existentes, quedando éstos fijados para el juez, quien deberá partir de su existencia cuando vaya a dictar sentencia sin que pueda desconocer tales hechos. Vid. MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 200, 1p.77.

<sup>572</sup> *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 384 - 385. Tal y como se desprende de la LEC, en materia de poderes del juez en la prueba, se ha llegado a una solución de compromiso entre una tendencia liberal, propia del Proyecto de Ley, y otra autoritaria, introducida por las enmiendas admitidas. Esta solución conlleva la indeterminación del modelo del proceso y serán los jueces quienes le den contenido. Además, nos habla este autor de la "publicización del proceso civil", fenómeno que considera que se basa en una grave confusión entre las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso del juez, pues una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso mismo (en su regularidad formal), donde no encuentra obstáculo alguno y, otra aumentarlos con relación al contenido del proceso de modo que pueda llegarse a influir en la decisión a adoptar en la sentencia, afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material. Ob. cit., p. 384.

hacer preguntas a los peritos sin la posibilidad de acordar la ampliación del dictamen pericial (art. 347.2 LEC).

e) En el reconocimiento judicial puede también de oficio: 1) decretar la amplitud del reconocimiento judicial partiendo de que exista proposición de prueba (art. 353. 2 LEC), 2) oír las observaciones y declaraciones de las personas técnicas siempre que hubieran acompañado a las partes (art. 354 .3 LEC) y finalmente, 3) acumular la práctica de las pruebas de reconocimiento judicial y pericial (art. 356 .1 LEC).

f) En el interrogatorio de testigos podrá formular preguntas para obtener aclaraciones y adiciones (art. 372 .2 LEC) y acordar careos (art. 373. 1 y 2 LEC).

Sin embargo, si bien el juez goza de ciertas facultades que le permiten influenciar claramente en la sentencia, no se le reconoce expresamente en la LEC la facultad de practicar, bien sea a instancia de parte o bien por propia iniciativa, las pruebas que estimen pertinentes, por lo que podemos concluir que el árbitro ostenta un poder mayor en el procedimiento arbitral al del juez en materia probatoria en el proceso civil, a quien le viene vetada dicha facultad.

La cuestión es delicada y se suscitan múltiples interrogantes, pues la prueba practicada de oficio por el árbitro conlleva para las partes una clara repercusión económica, pues si bien cada una de las partes paga los gastos que ocasiona su instancia, las pruebas acordadas de oficio por el árbitro serán cubiertas por la dos por mitad, al consistir en gastos comunes<sup>573</sup>. Tal vez sea ésta la razón por la que algunos reglamentos de determinadas instituciones arbitrales, como por ejemplo el Reglamento del TAB, exigen la previa

---

<sup>573</sup> A pesar de ello, son diversos los autores que consideran totalmente acertada dicha opción legislativa, entre ellos, PICÓ I JUNOY, J., quien además, entiende errónea la configuración normativa de la actual prueba pericial prevista para el proceso civil, apoyando su argumento en la SAP Burgos de 13 de mayo de 2002 (JUR 2002/188281) que establece que la prueba pericial acordada de oficio tiene su razón de ser en el principio objetivo o de necesidad. "La prueba pericial en el arbitraje", *AJA*, nº 6, 2005, p. 150. Mientras que autores como CUBILLO LÓPEZ, I., restringen al máximo esta iniciativa del árbitro al considerar que los árbitros deben esperar al resultado de la proposición de pruebas a cargo de las partes, siendo razonable que acuerden la pericial de oficio cuando ambas partes hayan aportado dictámenes de peritos nombrados por ellas y, tras su examen y contraposición. "La prueba de peritos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Tribunales de Justicia*, nº 4, 2002, pp. 31-41.

autorización expresa de la institución arbitral para que el árbitro pueda acordar la prueba de oficio en orden a reducir el coste que conlleva el arbitraje<sup>574</sup>.

En este orden de ideas, cabría preguntarnos si es posible solicitar responsabilidad a los árbitros por aquellas pruebas en las que ha resultado innecesaria su práctica. Se trata de una cuestión sin resolver por la ley y que deberá estudiarse caso por caso en vista de las circunstancias, así como atendiendo a lo que las partes hayan convenido al respecto, si bien es muy difícil admitirla<sup>575</sup>. De hecho, el empleo de esta facultad de los árbitros es un recurso muy poco habitual en la práctica.

Con independencia de esta facultad conferida a los árbitros, la carga de la prueba corresponderá a las partes, pues son ellas quienes deben proponer los medios probatorios. Al respecto, lo lógico será lo previsto en la LEC y en el Código Civil referente a que los hechos alegados por el actor le corresponden probarlos a él, mientras que los hechos que impidan o extingan la relación jurídica corresponderán a la parte demandada (art. 217 LEC). El artículo 29 LA permite a las partes al formular sus alegaciones, aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer, sin señalar la ley ninguna preclusión en cuanto a la aportación, proposición ni práctica de las pruebas, por lo que su aportación podrá realizarse con posterioridad a la presentación de la demanda y a su contestación. Ciertamente es que no se establece norma alguna en la ley arbitral y que podrá matizarse o modificarse en las normas reglamentarias de las instituciones arbitrales, aun cuando parece razonable asumir el principio procesal: "el que alega, prueba".

## 2) Procedimiento probatorio

En lo que al procedimiento probatorio se refiere, no existe en la LA, un desarrollo exhaustivo de éste, en sintonía con la tónica flexible y ágil del

---

<sup>574</sup> Artículo 17 .3 Reglamento del TAB: "Los árbitros no podrán acordar de oficio la prueba pericial, ni nombrar a los peritos en estos casos, sin autorización expresa del TAB".

<sup>575</sup> Las consecuencias sobre el coste final del arbitraje van a repercutir, sin embargo, respecto de futuros arbitrajes, pues en el caso de encontrarnos ante un arbitraje institucional, la institución arbitral lo tendrá en cuenta a la hora de confiar a los árbitros de nuevo el arbitraje de otro asunto, o en el caso de haber sido nombrados los árbitros *ad hoc*, las partes se cuestionarán el volver a acudir a ellos en un posterior conflicto, si el coste fue excesivamente alto.

proceso arbitral en su conjunto. De tal manera que será posible que las reglas probatorias se contemplen en el convenio arbitral pactado por las partes, o incluso sea el mismo árbitro el que, en cada caso concreto, vayan configurando estas reglas de actuación probatoria, siempre y cuando se respete el derecho de defensa y el principio de igualdad de las partes en el proceso.

El punto de partida en esta materia lo ubicamos en el artículo 25.2 LA, que establece: *“A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración”*.

Consideramos que debe ser en la comparecencia cuando se solicite al árbitro la apertura del procedimiento probatorio, debiendo proponer las partes cada una de las pruebas que pretenden practicar y, una vez éstas admitidas por considerarlas el árbitro pertinentes, lícitas y útiles, el árbitro fijará los términos en que deban ser practicadas con citación de las partes. Los árbitros podrán rechazar como impertinentes las pruebas que versen sobre hechos distintos a la controversia y aquellas que consideren innecesarias<sup>576</sup>. Aceptadas las pruebas, se pasará posteriormente a la práctica de las mismas. Nada dice la LA sobre la forma en que debe llevarse a cabo la práctica de la prueba, por lo que deberá atenderse a lo que las partes hayan acordado o esté previsto en el reglamento de la institución arbitral, o en su defecto, a lo dispuesto por los árbitros. En última instancia –consideramos-, deberán practicarse conforme a la LEC.

La práctica de la prueba deberá documentarse por medio de acta (art. 146 LEC), mientras que las actuaciones orales en vistas habrán de registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen bajo la fe del secretario (art. 147 LEC).

Al no estar sujeto el árbitro a plazos determinados en el desarrollo del procedimiento (art. 25 LA), éste podrá abrir el periodo de prueba sin sujeción a plazo, salvo pacto en contrario por las partes. Asimismo, a falta de disposición

---

<sup>576</sup> El árbitro no está obligado a aceptar todas las pruebas sino tan sólo las pertinentes, tal y como ha proclamado la SAP Barcelona de 3 de septiembre 2003 (JUR 2003/257051). Además, interesante resulta la SAP de Vizcaya de 21 de diciembre de 1993 (AC 1993/2375), donde se considera inútil la prueba pericial presentada en un arbitraje.

en contra por acuerdo de las partes, los árbitros determinarán el lugar en que la prueba haya de llevarse a cabo.

## A) Principios

Como refleja la Exposición de Motivos de la ley, la fase probatoria del arbitraje está presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros y por la máxima flexibilidad, pero deberá llevarse a cabo con sujeción a los siguientes principios<sup>577</sup>:

a) Inmediación: Es uno de los principios rectores de la práctica de la prueba e implica la realización de ésta ante el árbitro que posteriormente dictará la sentencia. Se encuentra regulado en el artículo 137.1 LEC, donde se ordena a los jueces y magistrados que estén conociendo de un asunto, presencien la realización de la prueba<sup>578</sup>. Deberá pues el árbitro que posteriormente va a dictar el laudo presenciar la práctica de las pruebas, salvo que las partes acuerden otra cosa.

En el arbitraje *on line*, como veremos cuando estudiemos la utilización de la videoconferencia en el arbitraje<sup>579</sup>, no se ve afectado este principio por el hecho de la utilización de nuevos medios de comunicación entre las partes. Y así lo ha manifestado recientemente el Tribunal Supremo en su ATS de 16 de junio de 2005 donde indica claramente: *"En cuanto a la posibilidad del empleo de la técnica audiovisual de la videoconferencia, la misma permite una comunicación en ambos sentidos, de tal manera que es posible afirmar la necesaria inmediación, así como la oralidad y contradicción, a pesar de encontrarse el testigo en otro lugar, luego a pesar de no haber un contacto visual directo"*<sup>580</sup>.

---

<sup>577</sup> Para que se cumplan correctamente estos principios deberá dejarse constancia documental de las pruebas, principalmente por la posibilidad de sustitución del árbitro que viene contemplada en el artículo 20 LA.

<sup>578</sup> No se trata tan solo de una presencia judicial en la práctica de la prueba sino de la presencia del juez que vaya a dictar sentencia.

<sup>579</sup> Cfr. pp. 307 y ss.

<sup>580</sup> JUR 2005/160903. En este mismo sentido se pronuncia la SAP Alicante de 2 de diciembre de 2003 (ARP 2003/587), cuando señala: *"El siguiente principio alegado es el de Inmediación, entendido como aquel que posibilita que el Tribunal haya presenciado todas las pruebas por sí, directamente, con todos los matices, actitudes y gestos de todos aquellos que han declarado en el juicio oral. No puede hablarse, con rigor, que este principio se haya vulnerado en el acto del juicio cuando todos los allí presentes han podido no sólo oír las declaraciones de los acusados y de los testigos, sino detalles de cómo unos acusados, concretamente los que estaban en la Sala de vistas saludaban, veían o incluso se contradecían*

b) Unidad de acto: La ley prevé la realización de la práctica de la prueba en unidad de acto; este principio de concentración proclamado en el artículo 290 LEC pretende que todas las pruebas se realicen en el juicio, lo que implicará que las partes, los testigos y los peritos concurren en la sede del órgano para el día del juicio. En el caso del arbitraje *on line*, implicará que mediante videoconferencia todas las partes se encuentren interconectadas a la hora de practicar las pruebas.

c) Contradicción: principio que implica que a las partes se les permita efectivamente aportar fuentes de prueba e intervenir activamente en la práctica de los distintos medios de prueba propuestos y admitidos por el árbitro (art. 289 LEC) <sup>581</sup>. La utilización de las nuevas tecnologías en el proceso arbitral tampoco conculca este principio.

d) Publicidad: Por último, en cualquier caso y como establece el artículo 138 LEC, las actuaciones de prueba se practicarán en audiencia pública, aunque también cabe la posibilidad de que puedan practicarse excepcionalmente a puerta cerrada.

## **B) Anticipación de la prueba**

La ley guarda silencio respecto a la posibilidad de anticipación de la prueba y a su aseguramiento, pero consideramos que no existe impedimento alguno a tales actuaciones, más aún si atendemos al carácter antiformalista que rige todo proceso arbitral y que permite la práctica de la prueba incluso fuera de plazo.

La anticipación de la prueba viene regulada en la LEC en sus artículos 293 a 296, señalando su artículo 293 LEC: "*previamente a la iniciación de cualquier proceso...podrá solicitar la práctica anticipada...*", pudiendo entonces extender dicha opción al proceso arbitral. Esta actuación consiste en que se

---

*con los que estaban en el centro e incluso, como los allí reclusos protestaban, fuera de su turno y orden, por lo que estaban declarando otros, en la medida que aquello les perjudicaba, o cómo varios acusados se metían contra las declaraciones de los testigos presenciales, o cómo interrumpían al Ministerio Fiscal o al Presidente del propio Tribunal que pedía respeto, silencio y orden para el normal desenvolvimiento del juicio; probablemente en pocos casos como en el presente se ha visto más intervención de los acusados, y todo ello, ha sido visto por todos los asistentes y ha colaborado también a que las distintas versiones de unos u otros, sean más o menos creíbles; es por ello que no procede la estimación de éste principio".*

<sup>581</sup> MORENO CATENA, V., *El Proceso Civil, Doctrina, jurisprudencia y formularios*, AAVV, (coord. SALINAS MOLINA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 2240.

practique la prueba en un momento anterior a la audiencia de las partes, causado por el temor de que por causa de las personas o por el estado de las cosas, la fuente propia del medio se pierda resultando imposible su aportación al proceso. Se trata no de asegurar la fuente, sino de practicar el medio, por lo que dicho medio deberá cumplir los requisitos necesarios de toda prueba (legalidad, pertinencia y utilidad, además de la licitud)<sup>582</sup>.

Siguiendo a MARTINEZ GARCIA, cabe distinguir dos supuestos: a) si la prueba que se pretende practicar anticipadamente se encuentra dentro del poder del árbitro y éste ya ha sido designado por las partes, será a él a quien corresponda su adopción, siempre y cuando las partes lo hayan solicitado y, b) si por el contrario excediera de lo permitido por la autonomía de las partes o no se hubiera procedido a la designación el árbitro, resultará competente el juez del lugar donde se desarrolle el arbitraje o de donde la medida deba practicarse o surgir efecto<sup>583</sup>.

En algunos reglamentos de instituciones internacionales, tales como el de la CCI, encontramos la figura del *pre-arbitral referee system*, que será nombrado árbitro de emergencia en aquellos supuestos tanto de adopción de medidas cautelares como de práctica de una prueba anticipada en los casos en que todavía no se ha constituido la relación jurídica procesal y, por tanto, aún no se ha nombrado el árbitro que se hará cargo del futuro proceso arbitral y se encuentran ante una situación de urgencia. Este tercero puede ser elegido tanto por las partes como, en su defecto, por el presidente de la Corte de arbitraje. Esta figura no viene prevista en nuestra ley arbitral.

### **C) Aseguramiento de la prueba**

El aseguramiento de la prueba, por su parte, trata de conseguir que se mantenga el estado presente de un objeto o una situación sin que se modifique una fuente de prueba<sup>584</sup>. Se trata en definitiva de mantener las fuentes de

---

<sup>582</sup> MONTERO AROCA, J., *La prueba en el Proceso Civi...*, cit., p. 155.

<sup>583</sup> MARTINEZ GARCÍA, E., *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000...*, cit., p. 197.

El artículo 293 LEC indica: "*La petición de actuaciones anticipadas de prueba, que se formule antes de la iniciación del proceso, se dirigirá al tribunal que se considere competente para el asunto principal. ...Iniciado el proceso, la petición de prueba anticipada se dirigirá al tribunal que esté conociendo del asunto*".

<sup>584</sup> Mientras que en la anticipación de la prueba se trata de practicar un medio ante el peligro que se pierda la fuente de prueba haciendo imposible su aportación al proceso, en el

prueba que se necesitarán en el proceso, pero únicamente aquellas fuentes que no tengan naturaleza personal, es decir, aquellas que se refieren a las cosas o a la situación en la que se encuentran dichas cosas. El aseguramiento de la prueba viene regulado en nuestra LEC en los artículos 297 a 298 LEC.

En ambos casos, podrá pedir la práctica anticipada o su aseguramiento únicamente el futuro demandante si el proceso todavía no ha comenzado, mientras que si ya lo ha hecho, la podrán solicitar cualquiera de las partes; en dicha solicitud se deberán exponer las razones de tal petición, y se realizará por escrito, utilizando los medios electrónicos propios del arbitraje *on line*. La parte solicitará una medida concreta que asegure la prueba, pero el árbitro podrá adoptar otra diferente, siempre y cuando cumpla la finalidad pretendida y cause perjuicios menores.

Los presupuestos necesarios para su adopción tanto en el aseguramiento como en la anticipación serán: que la prueba que se pretende anticipar o asegurar sea pertinente, posible y útil y que exista el temor fundado a que resulte imposible en el futuro su práctica o la necesidad de adopción de medidas genéricas tendentes a su aseguramiento.

Recordemos, de nuevo, el artículo 33 LA, en donde se permite al juez asistir a los árbitros en la práctica de la prueba o en la adopción de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada. Con base en ello, podemos considerar que este precepto también se refiere a los supuestos de aseguramiento y anticipación de la prueba.

Para concluir este apartado, recordamos que las pruebas ilícitamente obtenidas deberán ser impugnadas durante el proceso arbitral al igual que ocurre en los procesos judiciales (art. 287 LEC), con la desventaja frente al proceso judicial de que el rechazo de una prueba por el árbitro no conlleva derecho al recurso conforme al artículo 446 LEC, sino que deberá mediar el oportuno protesto para luego impugnarlas en anulación<sup>585</sup>. Sin embargo, en el caso en que se dictare un laudo con una prueba obtenida ilícitamente, éste podrá ser anulado por tratarse de un laudo contrario al orden público (art. 41.1 f) LA).

---

aseguramiento de la prueba se trata de asegurar una fuente de prueba, pero esta vez, sin llegar a practicar el medio. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el Proceso Civil...*, cit., p.157.

<sup>585</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E., *El arbitraje en el marco de la ley...*, cit., p. 190.



### 3) Medios de prueba

A pesar de referirse la nueva ley arbitral únicamente a la prueba pericial, los medios de prueba de los que dispone el árbitro para proceder a su convencimiento sobre los hechos objeto de la controversia son los mismos que los previstos en la LEC (art. 299 LEC). Se trata de un sistema de *numerus apertus*, pues el legislador tras señalar los diferentes medios de prueba existentes deja la puerta abierta a la introducción de nuevas fuentes de prueba en el proceso cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto se pueda obtener certeza sobre hechos relevantes.

#### A) Prueba documental

El documento, principal medio de fijar la contratación originada en el tráfico jurídico, adquiere una extraordinaria importancia a la hora de formar la convicción del juzgador en un proceso<sup>586</sup>. Éste podrá ser público (art. 1261 CC), o privado (art. 324 LEC), y en todo caso, podrá contenerse en soporte electrónico, como estudiaremos a continuación<sup>587</sup>.

Los documentos que contengan información no se deben presentar con la demanda obligatoriamente, salvo pacto en contrario o salvo que el árbitro así lo haya dispuesto ante el silencio de las partes. Si alguno de estos documentos requiere la ayuda de un Registro o simplemente la exhibición del documento por parte de alguien, el árbitro deberá hacer uso del auxilio judicial contemplado en el artículo 33 LA al carecer de la *potestas* necesaria para realizarlo por el mismo.

#### B) Reconocimiento judicial

Será posible que el árbitro se traslade a inspeccionar los hechos objeto de la prueba resultando, en gran parte de las ocasiones, necesaria la intervención judicial del artículo 33 LA para auxiliar al árbitro en aquellos supuestos en que se pretenda inspeccionar un domicilio, local, etc. en los que se requiera la

---

<sup>586</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho jurisdiccional II...*, CIT., P. 292.

<sup>587</sup> La prueba documental se regula en diferentes cuerpos legales y no únicamente en nuestra LEC, sino que asimismo se contempla en el Código Civil, Código de Comercio, ley del Notariado etc.

autorización de su propietario y el árbitro no pueda conseguirlo por sus propios medios. La solicitud de la prueba de la inspección *"in situ"* requiere una especificación por parte del árbitro de su pertinencia, utilidad, lugar, circunstancias así como la descripción de los eventuales medios mecánicos que puedan necesitarse para su práctica<sup>588</sup>.

En determinadas ocasiones, la inspección judicial en el arbitraje *on line*, se podrá realizar a través de la videoconferencia, siempre y cuando se trate de una tecnología altamente avanzada que no merme la capacidad objetiva del juzgador. De ahí que LANDONI SOSA se haya pronunciado de acuerdo, manifestando: *«Es admisible utilizar la videoconferencia para realizar la inspección judicial, pero al respecto formula dos salvedades: la primera, que cabe descartarla de plano cuando involucre los sentidos del tacto, del olfato o del gusto; la segunda, refiere a la calidad de la imagen, que debe ser óptima para asegurar la plena vigencia del principio de inmediación, a fin de que el juez pueda realmente percibir el objeto de la prueba como si lo tuviera delante suyo»*<sup>589</sup>.

### **C) Dictamen pericial**

El artículo 32 LA regula la prueba pericial en el arbitraje. Esta prueba, como expresamente señala la LA, podrá acordarse por los árbitros "de oficio o a instancia de parte" salvo acuerdo de las partes. Tal facultad de la que gozan los árbitros, ya prevista en el artículo 26 Ley Modelo UNCITRAL, se excluye para los jueces en la LEC, salvo que se refiera a procesos de materia indisponible (art. 339.5 LEC).

La prueba pericial en el arbitraje presenta una clara identidad con su correlativa en el orden jurisdiccional y es por ello que destacamos el artículo 335 LEC, el cual señala: *"Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal"*.

---

<sup>588</sup> MARTINEZ GARCIA, E., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 1089.

<sup>589</sup> LANDONI SOSA, A., "Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso...", cit., p. 699.

La ley arbitral guarda silencio respecto al nombramiento de peritos, por lo que dicha designación podrá efectuarse según el procedimiento que hayan acordado las partes o decidido los árbitros y a falta de ello, los árbitros podrán acudir al artículo 341 LEC, precepto que regula el procedimiento de designación judicial. En este sentido, los árbitros podrán solicitar a los colegios o asociaciones profesionales listados de aquellas personas que pueden ser peritos y en base a la lista proporcionada realizar un sorteo. Respecto al modo de designar el perito por las partes, éstas deberán ponerse de acuerdo en la persona del árbitro y en el caso de no alcanzar dicho acuerdo podrán, bien asistirse de un tercero al que acuden para que proceda a tal designación o bien solicitarlo del árbitro o incluso del juez correspondiente. Las partes podrán aportar dictamen de perito por ellas nombrado siempre y cuando no hayan acordado lo contrario.

Una vez nombrado el perito y antes de que comience su actividad, éste podrá solicitar una provisión de fondos para realizar su trabajo, provisión que, a falta de acuerdo de las partes, podrá realizarse conforme al artículo 342.3 LEC. El problema principal al respecto surge cuando ha sido el árbitro quien ha nombrado al perito, en este caso consideramos que deberá ser abonado por ambas partes a partes iguales, mientras éstas no hayan acordado otra cosa.

Para que el perito realice su informe, el artículo 32 LA señala que los árbitros podrán, *"requerir a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente, le presente para su inspección todos los documentos u objetos pertinentes o le proporcione acceso a ellos"*. El dictamen de peritos podrá enviarse al tribunal arbitral por medios telemáticos.

Cuando las partes lo soliciten o el árbitro lo considere necesario, el perito deberá participar en una audiencia para que cualquiera de las partes realice las preguntas que considere convenientes<sup>590</sup>. Entendemos que las partes podrán

---

<sup>590</sup> Si no se permite dicha audiencia se causará indefensión, tal y como señala la SAP de Alicante de 15 marzo de 2001 (JUR 2001/152730), que manifiesta claramente: *"el procedimiento arbitral habrá de ajustarse en todo caso a lo dispuesto en la norma específica de regulación del arbitraje, con sujeción a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes... tras reconocer la facultad a los árbitros de acordar la práctica de las pruebas que estimen pertinentes, siempre que sean de las admisibles en derecho, cuida el legislador de asegurar la intervención en su práctica de todas las partes, disponiendo imperativamente que a toda práctica de prueba serán citadas y podrán intervenir las partes y sus representantes. De todo lo expuesto, en su traslación al caso presente, no puede sino concluirse que en el expediente arbitral 479/1999 se produce la nulidad del laudo de fecha 8-5-*

pedir al árbitro cualquiera de las actuaciones previstas en el artículo 347.1 LEC para un proceso judicial, siempre y cuando los árbitros las consideren pertinentes y útiles, éstas son: 1.º Exposición completa del dictamen, cuando esa exposición requiera la realización de otras operaciones, complementarias del escrito aportado, mediante el empleo de los documentos, materiales y otros elementos a que se refiere el apartado 2 del artículo 336, 2.º Explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos, cuyo significado no se considerase suficientemente expresivo a los efectos de la prueba, 3.º Respuestas a preguntas y objeciones, sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen, 4.º Respuestas a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos, por si pudiera llevarse a cabo en el mismo acto y a efectos, en cualquier caso, de conocer la opinión del perito sobre la posibilidad y utilidad de la ampliación, así como del plazo necesario para llevarla a cabo, 5.º Crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria y por último, 6.º Formulación de las tachas que pudieren afectar al perito.

El dictamen del perito, tal y como señala MARTINEZ GARCÍA, adquiere un tinte diferente en el arbitraje al poder reunir la persona del árbitro la condición de especialista técnico sobre el objeto de la pericia, pudiendo prescindir de determinadas periciales<sup>591</sup>. La especialización del árbitro resultará sumamente ventajosa a la hora de valorar esta prueba, y en muchas ocasiones permitirá al árbitro rechazar dicha prueba por innecesaria, pues consideramos que si las partes han elegido al árbitro por sus conocimientos específicos, no presenta sentido alguno que presenten más tarde una prueba pericial sobre dicho conocimiento.

---

*2000 y precisamente por la conculcación de los principios dichos de intervención de las partes en la práctica de las pruebas y especialmente de la pericial”.*

<sup>591</sup> *El arbitraje en el marco de la ley...*, cit., p. 190. En esta línea, YAÑEZ VELASCO, R., afirma, «en el arbitraje es peculiar la posibilidad de que el propio árbitro sea un experto en determinado campo relacionado con el objeto de la controversia, acaso nombrado como tal precisamente por ello. El juez nunca podría actuar como perito salvo en su concepción de *peritum peritorum* y, lógicamente sobre materia jurídica sobre la que ha de resolver. A la vista de lo expuesto la proposición de los peritos por las partes puede resultar inoportuna, pues siendo el árbitro perito no es que el medio de prueba o la necesidad probatoria planteada sea inútil, sino que se muestra innecesario contar con un experto diferente del propio árbitro». *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, cit., p. 582.

No debemos por ello olvidar que en caso de que deba procederse a la sustitución del árbitro resultará, en todo caso, necesaria la repetición de la práctica de la prueba.

#### **D) Interrogatorio de testigos**

En el interrogatorio de testigos o en el de las partes al que se refiere el artículo 26.2 LA puede surgir el problema de que bien los testigos o alguna de las partes se niegue a colaborar resultando, una vez más, necesario el auxilio judicial para su práctica.

En el arbitraje telemático, tanto en el interrogatorio de las partes como en el de testigos, deberá ofrecerse la posibilidad de poder llevarse a cabo a través de videoconferencia, especialmente en aquellos casos en los que el declarante se encuentre en alguno de los supuestos del artículo 169.4 LEC, es decir, a una determinada distancia, dificultad de desplazamiento, etc.

Nada impide que se llame a testificar a una persona jurídica, que aparecerá representada por su representante legal. A pesar del silencio de la ley, consideramos que el árbitro deberá abrir un turno de preguntas entre las partes con un orden lógico, manifestándose en contra cuando considere improcedente alguna de ellas.

#### **E) Prueba por soportes informáticos**

En el arbitraje *on line* determinadas pruebas exigirán la presencia física de las partes, pero no todas ellas, pues asistimos en la actualidad a la aceptación de la prueba por medio de soportes informáticos en nuestro ordenamiento jurídico procesal. Con la promulgación de la LEC de 8 Enero de 2000, las tecnologías de la información han irrumpido de lleno en el proceso civil y su influjo se ha dejado sentir en materia probatoria<sup>592</sup> ya que la nueva LEC se refiere a dos nuevos medios de prueba: la prueba por medios audiovisuales y la prueba por instrumentos de archivo (arts. 299.2 y 382 a 384 LEC).

Concretamente, el artículo 299 LEC tras enumerar los medios de prueba añade en su apartado 2 la siguiente referencia: *"También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas*

---

<sup>592</sup> SANCHIS CRESPO, C., "Primeras jornadas sobre Comercio Electrónico", 5 y 6 de octubre 2000, Centro Cultural Bancaja, Valencia. Vid estudio detallado sobre el tema en: SANCHIS CRESPO, C., *La prueba por soportes informáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

*llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”.*

El legislador otorga a las pruebas en soporte informático, tales como cintas de vídeo, cintas magnetofónicas, DVD, CD Rom, etc., un régimen específico diferenciado al de los documentos tradicionales en el que son múltiples las lagunas con las que nos encontramos, y como apunta SANCHIS CRESPO, «*ante la parquedad de la regulación procesal y siendo el asunto de una relevancia considerable, se hace necesario que el intérprete de la ley lleve a cabo la tarea de “rellenar” las lagunas que una deficiente legislación ha propiciado. Para hacerlo será menester acudir a la analogía*»<sup>593</sup>. Por lo que su regulación, al no ser autosuficiente precisa ponerse en conexión con el régimen específico de los medios probatorios de los que se nutre (prueba documental, el reconocimiento judicial y la prueba pericial)<sup>594</sup>.

Observamos como el legislador ha dividido en dos estos nuevos medios de prueba, distinguiendo entre medios audiovisuales (artículos 382 y 383 LEC) e instrumentos de archivo (artículo 384 LEC), sin embargo consideramos esta división en ocasiones carece de sentido, pues los instrumentos de archivo pueden ser medios de reproducción de imagen y palabras, y viceversa, por tanto, a la hora de proceder a su estudio les otorgaremos un tratamiento conjunto.

La práctica de estos medios de prueba exige un régimen de garantías, por las especialidades que presenta su propia naturaleza, por las dificultades de su práctica y con la finalidad de evitar su manipulación facilitando su conservación, de tal manera que el legislador ha establecido una serie de mecanismos de control y documentación más complejos que en el resto de medios probatorios, y que contienen una serie de especialidades en los artículos que monográficamente le reserva la LEC, entre ellos destacamos:

Son diversas las especialidades que por razón de su naturaleza presentan estos medios de prueba a la hora de practicarse. Así, el artículo 382.1 LEC permite, respecto de los medios audiovisuales, la transcripción de las palabras contenidas en el soporte de que se trate, es decir, al proponer la

---

<sup>593</sup> SANCHIS CRESPO, C y CHAVELI DONET, E., *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

<sup>594</sup> *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo...*, cit., p. 100.

prueba la parte podrá acompañar, en su caso, transcripción de las palabras contenidas en el soporte y que resulten relevantes para el caso<sup>595</sup>.

El artículo 384.1 LEC, al regular los instrumentos de archivo, otorga la posibilidad a la partes de aportar los medios técnicos necesarios para que el tribunal pueda proceder a su examen. Lo ideal sería que el tribunal dispusiera de los medios técnicos adecuados para poder practicar estas pruebas, pero es conocido por todos que estos medios no suelen estar a disposición de los tribunales, por ello, nada impide que las partes faciliten dichos medios, se trata de una particularidad de estos medios ofrecida por la ley que consideramos de un gran acierto, pues en el supuesto de no permitirse tal posibilidad, no serían pocas las ocasiones en las que no se pudiera llegar a practicar un medio de prueba admitido por no poseer el juzgado del instrumental necesario<sup>596</sup>.

Todos sabemos que un documento multimedia necesita, instrumentos, aparatos para poder ser visionado, por ello resulta fundamental que las partes puedan aportar al proceso dichos instrumentos<sup>597</sup>. En el arbitraje *on line*, la institución arbitral que administre el procedimiento deberá estar dotada de los medios pertinentes para admitir todas aquellas pruebas que las partes deseen presentar, tratándose de evitar que sean las partes quienes tengan que proveerlos, aunque si se diera el caso, evidentemente, nada lo impediría.

Nuestro ordenamiento jurídico otorga la posibilidad de que, junto a la práctica de las pruebas por soportes informáticos, las partes puedan aportar otros medios de prueba con la finalidad de verificar o desvirtuar el contenido de

---

<sup>595</sup> Nos hallamos ante una facultad para la parte, no ante un deber, pues la norma dice “podrá”, aunque desde nuestro punto de vista, entendemos que es aconsejable para las partes acompañar siempre la transcripción, ya que «*si no se hace de esta manera se corre el riesgo de que aquel frente a quien se hace valer pudiera alegar indefensión por desconocimiento de su contenido, ya que no puede exigírsele, sin tan siquiera presumir su disponibilidad de los aparatos adecuados para ello*». MONTON REDONDO, “Medios de reproducción de la imagen y el sonido”, *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000, p. 184.

<sup>596</sup> Como ocurrió en la STS de 5 de julio de 1984 (RJ 1984/4121), en la que fue denegada la práctica de una prueba consistente en la proyección de un vídeo por carecer el tribunal de los medios técnicos adecuados para dicha proyección. Otro ejemplo de las fatales consecuencias que supondría el no disponer de los medios técnicos oportunos es el que hallamos en la STS de 11 de abril de 2000 (RJ 426/2000), en donde con la finalidad de verificar la autenticidad del contenido de unos disquetes, no pudo llevarse a cabo la práctica de la prueba pues faltaba el “programa” que pudiera servir de base para la transcripción del contenido de éstos.

<sup>597</sup> NIEVA FENOLL precisa que esto no debe revertir en una dejación de responsabilidad por parte de las diferentes Administraciones. Lo cual quiere decir que cada juzgado debe disponer de los medios más frecuentes. Por ejemplo, en el momento actual de la técnica debería poseer al menos un magnetófono, un reproductor de vídeo, un lector CD-ROM y un lector DVD. “La prueba en documento multimedia”; *Instituciones del nuevo proceso civil*, Economist & jurist, Barcelona, 2000, p. 472.

éstas. De esta forma, el artículo 382.2 de la LEC establece: *“la parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido”*. Cabe, por ello, la posibilidad de proponer como pruebas instrumentales, la documental pública (actas notariales), la testifical, reconocimiento judicial y por supuesto la que tendrá más relevancia, la prueba pericial<sup>598</sup>.

#### **4) Valoración de la prueba.**

La valoración de las pruebas en el arbitraje es libre, tanto cuando se trate de un arbitraje de derecho como de uno de equidad. Sin embargo, como ya hemos señalado, opinamos que el árbitro debe regirse, en la medida de lo posible y, siempre y cuando las partes no manifiesten lo contrario, por el sistema establecido en la LEC.

##### **A) Valoración de los diferentes medios de prueba**

En primer lugar, y en lo que a la prueba documental se refiere, en base al principio de libre valoración de la prueba que rige el proceso arbitral, salvo pacto en contrario, cualquier documento (público o privado) quedará sujeto a la libre apreciación del árbitro. Sin embargo, consideramos que el árbitro debe regirse, siempre que las partes no manifiesten lo contrario, por el sistema de nuestra LEC (arts. 320, 322 y 334 LEC), en donde debemos distinguir si nos encontramos ante documentos públicos o privados.

Los documentos públicos, que son los previstos en el artículo 317 LEC, deberán ser vinculantes para los árbitros, pues en principio, nos hallamos ante una prueba tasada cuyo valor viene determinado por la ley, haciendo, por tanto,

---

<sup>598</sup> Podremos, por ejemplo, aportar junto a la prueba por soportes informáticos, la prueba de interrogatorios y la testifical, con la finalidad de que un testigo declare que las imágenes grabadas o voces del CD fueron grabadas en su presencia, corroborando así la veracidad de las mismas. ORMAZABAL SANCHEZ. *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000, p. 188. Es la prueba pericial la más adecuada para presentarse junto a las pruebas por soportes informáticos. Esta prueba instrumental nos servirá como complemento a estas pruebas dando veracidad y solidez a los documentos informáticos, o incluso para impugnar el contenido de las mismas.



prueba plena del hecho o acto que documenten, así como de la fecha e identidad de quienes intervengan. Mientras que los documentos privados quedan a la libre interpretación de los árbitros cuando su autenticidad fuere impugnada por la parte a quien perjudique, en los términos del artículo 326 LEC.

La valoración de la práctica de la prueba pericial, del interrogatorio de las partes<sup>599</sup> y del interrogatorio de testigos será libre, por lo que se apreciarán dichas pruebas conforme a las reglas de la sana crítica del árbitro, no siendo controlable dicha valoración salvo que ésta sea inexistente, incoherente o notoriamente errónea contraria al raciocinio humano o contenga omisiones manifiestas<sup>600</sup>.

Lógica es la falta de previsión en la LEC respecto a la valoración del reconocimiento judicial, pues el mismo juez que practicó el reconocimiento será quien vaya a dictar sentencia. En el caso en que éste sea distinto, diferenciaremos entre datos objetivos y subjetivos (apreciaciones o percepciones) constatados en el acta, respecto de los cuales el juez no podrá negar los objetivos, mientras que los segundos no tendrá obligación de respetarlos<sup>601</sup>. La valoración de la prueba por parte del árbitro no puede revisarse en un momento posterior por la jurisdicción a través de la anulación, tal y como ha señalado la SAP Tarragona de 5 de marzo de 2003<sup>602</sup>.

## **B) Especial referencia a la prueba por soportes informáticos**

Especial atención requiere la valoración de la prueba por soportes informáticos, pues dependiendo de su consideración será valorada de una forma u otra. La valoración de estas pruebas viene establecida por la propia LEC en los artículos 382.3 y 384.3, en donde se establece que tanto los medios audiovisuales como los instrumentos de archivos se valorarán según las reglas de la sana crítica<sup>603</sup>. La valoración de los instrumentos de archivo ha

---

<sup>599</sup> Sin olvidar que si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, se consideraran ciertos los hechos que la parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es perjudicial (art. 316 LEC).

<sup>600</sup> PICÓ I JUNOY, J., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje...*, cit, p. 541.

<sup>601</sup> GOMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional II...*, cit, p. 322.

<sup>602</sup> JUR 2003/193514.

<sup>603</sup> Con la LEC de 1881, al no gozar estos medios de una regulación específica, por no ser considerados medios de prueba, y por tanto carecer de un cauce adecuado para introducirlos dentro del proceso, la doctrina consideró que lo más adecuado era valorarlos

despertado cierto desconcierto en la práctica, consecuencia de las similitudes que presentan los documentos con estos instrumentos de archivos, y es que al fin y al cabo, se trata en los dos casos de una transcripción de un acto o pensamiento<sup>604</sup>.

Podemos observar como a lo largo de la LEC, en diversas ocasiones, el legislador asimila estos dos tipos de prueba, así lo podemos comprobar en la propia Exposición de Motivos en donde se establece que la ley prevé *“la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes hoy no convencionales, de datos cifras y cuentas, a los que, en definitiva haya de otorgarles una consideración análoga a la de las pruebas documentales”*; pero no solo la Exposición de Motivos hace un símil con la prueba documental, sino que el artículo 812 LEC, en donde se regula el proceso monitorio, al hablar de los títulos que acreditan la deuda, establece en primer lugar los documentos, cualquier que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentre. Cabe entender que se incluyen en este supuesto los soportes informáticos.

Por el contrario, hay muchas ocasiones en donde el legislador es preciso a la hora de diferenciarlos, el ejemplo más claro lo encontramos en el artículo 265 de la LEC, donde se hace una enumeración de modo separado de los documentos y de los instrumentos de archivo a la hora de determinar los documentos que deben acompañar a la demanda; el artículo 299 LEC, también hace una mención separada de los medios informáticos a la hora de clasificar los medios de prueba<sup>605</sup>, y en el artículo 384 LEC, el legislador otorga a los soportes informáticos un valor probatorio conforme a las reglas de la sana crítica.

En definitiva, nos encontramos por un lado ocasiones en donde la LEC distingue claramente los documentos de los instrumentos de archivo, sin embargo en otros casos, se utiliza la palabra documento para referirse a los instrumentos de archivo.

---

como si de un documento privado se tratara. Concediéndoles una valoración tasada cuando fueran considerados como documentos privados, siempre y cuando su autenticidad no fuera impugnada por la otra parte a quien perjudique; ejemplo de ello lo observamos en la SAP Baleares de 28 de enero de 2002 (JUR 2002/98428). Vid. asimismo la STS de 12 de junio de 1999 (RJ 1999/4735) y STS de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8939).

<sup>604</sup> MONTERO AROCA, J., *La Prueba en el proceso civil...*, cit., p. 367.

<sup>605</sup> En este sentido también nos encontramos con los artículos 269, 270, 299.2 y 300 de la LEC.

Esta utilización del término documento en sentido amplio o restrictivo ocasionará diversos problemas a la hora de valorar este tipo de pruebas, ya que los documentos públicos constituirán prueba plena (art. 319 LEC), los documentos privados serán prueba plena, en los términos del artículo 319 cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudique (art. 326 LEC, que se remite al 329) y, por el contrario, los instrumentos de archivo serán valorados conforme a las reglas de la sana crítica (art. 384.3 LEC).

Junto con la LEC apareció el RD-Ley de 17 de septiembre de 1999 sobre firma electrónica, cuyo artículo 3 estableció los efectos jurídico-sustantivos y probatorios de la firma electrónica y disponía que la firma electrónica avanzada, tenía el mismo valor jurídico que la firma manuscrita y podía ser admitida como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en la normas procesales<sup>606</sup>.

Podemos calificar como ilógica la decisión adoptada por el legislador al comparar la firma electrónica avanzada con la firma manuscrita y luego atribuirle al documento electrónico una valoración libre. Más correcto hubiese sido haber incluido como una categoría de documento privado el documento electrónico. Y es que hoy en día, en el siglo XXI, no podemos caer en prejuicios tan absurdos como el de la falta de seguridad de los documentos electrónicos firmados digitalmente, porque tan seguros son los documentos con firma manuscrita como los documentos con firma electrónica reconocida<sup>607</sup>.

Con la entrada en vigor el 1 de Enero de 2002 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la situación parece cambiar. Esta ley añade, mediante su artículo 115, un nuevo

---

<sup>606</sup> Observamos como se hacía una distinción en función de que ésta fuera avanzada o no, concediéndole un valor probatorio diferente y otorgando al documento electrónico con firma avanzada el mismo valor que al documento con firma manuscrita, mientras que si el documento no contiene firma electrónica avanzada, si bien no se le negará efectos jurídicos ni será excluida como prueba en juicio se le otorgará una valoración libre.

Cabe preguntarse pues, cómo podía compaginarse con la LEC este RD-Ley y si tal precepto suponía algún cambio a la regulación de los artículos 382.2 y 384 LEC, pero no hay que olvidar que aunque la ley identifique la firma electrónica con la firma manuscrita, se trata de una comparación a efectos sustantivos, en cuanto a su valoración en el tráfico jurídico, mientras que para su valoración en juicio el propio RD-Ley se remitía a las normas procesales, en donde se considera su valoración como la de los instrumentos de archivo valorados según las reglas de la sana crítica. SANCHIS CRESPO, C., *La prueba por medios audiovisuales...*, cit., p. 181; en este mismo sentido, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *La prueba documental...*, cit., p. 222.

Carecía, por tanto, de relevancia la distinción que hacía el artículo 3 del RD-Ley 14/1999 entre documentos electrónicos con firma electrónica avanzada o no, ya que para nuestro ordenamiento, los dos son admitidos y valorados conforme al artículo 384.3 de la LEC.

<sup>607</sup> Que es la firma que la actual ley de firma electrónica equipara a la manuscrita.

precepto a la ley del Notariado de 1862, el artículo 17 bis. Este nuevo artículo establece que no perderán el carácter de público los documentos establecidos en el artículo 17 por el hecho de estar redactados en soporte electrónico con firma electrónica avanzada del Notario y, en su caso, de los otorgantes, intervinientes, obtenida la de aquel de conformidad con la ley reguladora del uso de firma electrónica por de notarios y demás normas complementarias. En esta ley se equiparan los documentos públicos autorizados por el notario en soporte electrónico a los documentos autorizados por el mismo en soporte papel; ambos gozarán de fe pública y su contenido se presumirá veraz, (art. 17 bis, 2b).

Con esta regulación nos preguntábamos entonces en qué medida era aplicable la libre valoración de los documentos electrónicos regulados en el artículo 384.3 LEC y llegábamos a la conclusión de que no hay duda que los documentos autorizados por notario tendrán el valor tasado del artículo 319.1 LEC, estando excluidos de los instrumentos de archivo regulados en el 384 LEC, por lo que no deberán ser valorados libremente. Por tanto, la única solución posible a esta situación, como señaló SANCHIS CRESPO, era otorgarle una interpretación amplia del término documento público, que incluya los documentos electrónicos<sup>608</sup>.

Poco a poco se va llegando a una equiparación de las pruebas por soportes electrónicos con los documentos privados o públicos, porque no hay que olvidar que éstos son documentos aunque se encuentren en soporte electrónico<sup>609</sup>. Prueba de ello se ha reflejado en la LSSI, cuyo artículo 24.2

---

<sup>608</sup> SANCHIS CRESPO, C., *La prueba por medio audiovisuales...*, cit; p. 185.

<sup>609</sup> La primera sentencia española dando validez probatoria a la firma electrónica, fue la STS de 3 noviembre 1997 (RJ 1997/8251), que expone claramente la proliferación de normas legales (y reglamentarias) que han venido patrocinando y recogiendo el uso, con los efectos jurídicos pertinentes, del documento en soporte electrónico, y al respecto menciona las siguientes normas:

- La Ley del Patrimonio Histórico de 1985 (RCL 1985\1547, 2916 y ApNDL 10714) que recoge, en su artículo 49, una definición amplia y completa de documento («toda expresión en lenguaje natural o convencional, y cualquiera otra expresión gráfica, sonora o de imagen, recogida en cualquier tipo de soporte material, incluido el informático»).

-La Ley del Mercado de Valores de 1988 regula las operaciones de Bolsa que se llevan a cabo mediante el Sistema de Interconexión Bursátil, integrado, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, mediante una red informática.

-La Ley 37/1992, de 28 diciembre, sobre el IVA, permite, en su artículo 88.2, que las facturas puedan emitirse por vía telemática; posibilidad que ha sido más detallada en la Orden Ministerial de 22 marzo 1996 (RCL 1996\1114). Y el Reglamento del IVA, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 19 diciembre (RCL 1992\2834 y RCL 1993\404), recoge, en su artículo 62.3, la posibilidad de llevar libros o registros de carácter informático, siempre que se ajusten a los requisitos señalados en el citado Reglamento.

proclama que *“el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”*. Con este artículo parece ser que el legislador intenta corregir el error cometido en la valoración de los instrumentos de archivo al no haber equiparado éstos con los documentos en lo relativo a su valoración.

Resulta imprescindible destacar el último logro que se ha alcanzado en esta materia, pues el 6 de junio de 2003 se aprobó La Ley de Firma Electrónica 59/2003, en cuyo texto, su artículo 3.8 declara que *“el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio”*, tal y como hemos visto, ya proclamó la LSSI. De tal manera que sustituye dicho precepto del proyecto la expresión que contenía el RD 14/1999, en su artículo 3, *la firma electrónica avanzada será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales* por la más acertada y precisa expresión *“...será admisible como prueba documental en juicio”*.

Ya el Informe de 24 de abril de 2003 del Consejo General del Poder Judicial del Anteproyecto de Ley de Firma electrónica señalaba que la previsión contenida en este artículo 3.5, respecto de la admisibilidad como prueba documental en juicio del soporte en que figuren los datos firmados electrónicamente, se ha de poner en relación con lo dispuesto en los artículos

---

-La Orden Ministerial de 24 julio 1996 (RCL 1996\2102), que desarrolla el Real Decreto de 22 diciembre 1995 (RCL 1995\3478 y RCL 1996\368) relativo, en el ámbito fiscal, a la declaración anual de operaciones con terceros, establece, en el apartado 2 del punto segundo, que *«será obligatoria la presentación en soporte directamente legible por ordenador de aquellas declaraciones anuales de operaciones con terceros que contengan más de cien personas o entidades relacionadas con la declaración»*.

-La Ley 30/1992 (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala que los documentos emitidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas gozan de la validez y eficacia del documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación (asimilándose, en cuanto a su validez y eficacia, las copias de originales almacenadas por los citados medios).

-La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 ( RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) permite, a tenor de su artículo 230, la utilización por los Juzgados y Tribunales de cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, siempre que ofrezcan las adecuadas garantías de autenticidad e integridad.

-La propia Comunidad Europea ha potenciado el desarrollo de la transmisión electrónica de datos (programas Electronic Data Interchange), facilitando la celebración de contratos tipo entre pequeñas y medianas empresas, dándose al mensaje electrónico normalizado el mismo valor que al documento escrito y firmado.

De todo ello, concluye la sentencia, se desprende que la admisión del documento electrónico es una realidad en nuestro ordenamiento, *«sub conditione»*, sin embargo, de acreditar su autenticidad.

382, 383 y 384 de la LEC, y se pronunciaba en siguiente sentido: *“La disposición expresa contenida en el artículo 3.5 del Anteproyecto viene a solventar la situación de incertidumbre que se derivaba de la redacción del artículo 3.1 RD 14/1999, que no definía el tipo o clase de prueba en que consistía la firma electrónica y omitía la referencia al soporte en que ésta figuraba, no siendo suficiente para solventar esta situación la cláusula residual del art 324 LEC, que considera documentos privados a aquellos que no estén comprendidos en la definición que de los documentos públicos hace el artículo 317 de la misma ley, ni la mención que el artículo 384 hace a los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras... relevantes para el proceso”.*

Tras el estudio de estas últimas leyes podemos concluir que paulatinamente se está vaciando de contenido lo que la ley denomina instrumentos de archivo en el artículo 384 LEC, pues ya no se integran dentro de este concepto ni los documentos públicos notariales electrónicos firmados digitalmente por el notario (Ley 24/2001), ni los contratos celebrados por vía electrónica del artículo 24.2 LSSI, ni tan siquiera los documentos privados firmados electrónicamente con firma electrónica reconocida (Ley de Firma Electrónica).

A pesar de los importantes logros en lo relativo a la valoración de los medios de prueba por soportes informáticos obtenidos tras la aprobación de las leyes anteriormente mencionadas, en las que se otorga valor de prueba documental a los documentos firmados con la firma electrónica reconocida, el trabajo del legislador no ha culminado. Esperamos en un futuro no lejano se llegue a una similitud clara y precisa de los documentos tradicionales con los documentos electrónicos, pues no debemos olvidar que el documento informático está ya omnipresente en nuestra vida jurídica.

##### **5) Auxilio judicial en la práctica de la prueba**

La ley de arbitraje posibilita al árbitro y a las partes, a diferencia de la ley arbitral anterior que nunca podía hacerse a instancia de parte, acudir al auxilio judicial para practicar aquellas pruebas que exceden de la autoridad del árbitro, ya que éste no posee potestad alguna para coaccionar a las partes o a terceros a colaborar en la práctica de determinadas pruebas.

Esta posibilidad venía regulada en la ley anterior de 1988 en los artículos 27, 43 y 44 y actualmente en el artículo 33 LA. Se inspira claramente esta disposición en el artículo 26 de la Ley Modelo UNCITRAL al cual añade un párrafo segundo relativo a cómo debe practicar las pruebas el Tribunal al que se le pide el auxilio. A primera vista, la principal diferencia que encontramos entre la ley actual y su precedente es la expresión que utiliza la ley de 1988 “auxilio judicial” y que ahora se ha substituido por el termino más adecuado “asistencia judicial”.

En definitiva, existen pruebas que el árbitro no puede realizar directamente o por sí mismo, se trata de aquellas pruebas para cuya práctica se requiere la potestad jurisdiccional de la que únicamente gozan los órganos jurisdiccionales del Estado haciendo uso de los medios ejecutivos de los que disponen o incluso por vía de la sanción penal, fuerza o *potestas* que los árbitros no poseen y podría conllevar a la ineffectividad de su actuación; para poder suplir esta carencia se establece la asistencia judicial.

Nos planteamos así el problema de determinar que prácticas el árbitro no puede realizar por sí mismo, y debemos llegar a la conclusión de que se trata, tal y como señala GARBERÍ LLOBREGAT, de una imposibilidad material y no jurídica, ya que el árbitro no encontrará impedimento jurídico alguno que le imposibilite practicar algún medio probatorio, pero si impedimentos materiales tales como, testigos que no quieren comparecer, organismos que no desean colaborar, etc<sup>610</sup>.

Como hemos dicho *supra*, dicha asistencia judicial para la práctica de las pruebas la podrán solicitar tanto los árbitros como las partes, cualquiera de ellas; si bien, deberá ser aprobada dicha petición por el árbitro a quien corresponde en exclusividad la decisión de acudir a este auxilio en última instancia<sup>611</sup>. Cuando la ley arbitral señala que los árbitros “podrán” solicitar del tribunal dicha asistencia, ello no significa que la actividad del árbitro sea facultativa, sino que concurre una verdadera obligación de solicitar el auxilio en

---

<sup>610</sup> *Comentarios a la Ley...*, cit, p. 683.

<sup>611</sup> En esta línea, MARTINEZ GARCIA señala que las posibilidades de las partes se encuentran limitadas, pues ante la declaración del árbitro sobre la impertinencia de una prueba para cuya práctica se requiera el auxilio judicial, la parte únicamente podrá esperar la anulación del laudo pero no podrá acudir al órgano jurisdiccional de forma directa. En definitiva, afirma la misma autora, que la parte deberá en todo momento tener la aquiescencia del árbitro si pretende acudir ante el juez y adherirse a la delimitación que haga éste en torno a su alcance, competencia, tramitación, etc. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit. p. 1105.

aquellos casos en los que la prueba ha sido admitida y no la puede practicar por el mismo, obligación que se fundamenta en orden a garantizar el derecho fundamental a la prueba que corresponde a las partes, y en caso de no hacerlo, incurrirá el árbitro en responsabilidad<sup>612</sup>.

La petición de auxilio deberá dirigirse al juez competente objetivamente que será, según el artículo 8.2 LA, el Juzgado de Primera Instancia Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Este precepto de la LA debe complementarse con el artículo 86 ter.2 g) LOPJ que concede competencia objetiva a los Juzgados de lo Mercantil para asistir en la práctica de la prueba a los árbitros en un proceso arbitral cuando dicho arbitraje verse sobre materias "mercantiles"<sup>613</sup>. Al encontrarnos con dos normas de competencia objetiva, debemos en primer lugar averiguar el objeto del arbitraje y si éste presenta un contenido mercantil o no para acudir a unos tribunales u otros, lo que conllevará en la práctica que se planteen algunas cuestiones de competencia entre estos dos tribunales.

A la hora de concretar el órgano judicial competente tendremos que aplicar asimismo el criterio territorial de determinación de la competencia, para lo que acudiremos al doble fuero establecido en el artículo 8.2 LA por el que el tribunal competente será, bien el del lugar del arbitraje o bien el del lugar donde haya de presentarse la asistencia, sin prevalecer un criterio sobre otro en el caso en que éstos coincidan<sup>614</sup>. Todo ello sin perjuicio de que en primer lugar atendamos, rigiendo una vez más la autonomía de la voluntad de las partes, a

---

<sup>612</sup> En esta línea ya se pronunció, aunque con respecto a la ley anterior, ORTELLS RAMOS, M., en *Comentarios breve a la ley de arbitraje*, (coord. MONTERO AROCA), cit, p. 149.

<sup>613</sup> La LO 8/2003, de 9 de julio, de Reforma Concursal, modificó la LOPJ y creó los Juzgados de lo Mercantil, ley que fue reformada por la Ley 20/2003, de 23 de diciembre, que determinó la redacción definitiva del artículo 86 ter, g), atribuyendo competencia a estos juzgados respecto de los asuntos que hubieran sido atribuidos a los juzgados de primera instancia en el artículo 8 LA. El artículo 86 ter 2. LOPJ se pronuncia en el siguiente sentido: "*Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de...: g) De los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengán referidos a materias contempladas en este apartado*". Al respecto, vid. MAGRO SERVET, V., "Los juzgados de los mercantil y su competencia en materia de arbitraje", *Diario La Ley*, año XXV, nº 6034, junio, 2004. Compartimos con este autor, que quizá hubiera sido más acertado incluir la adición "o de lo Mercantil" cuando el artículo 8 LA hace referencia a los juzgados de primera instancia competentes para conocer de materias en las que las partes han suscrito un convenio arbitral.

<sup>614</sup> En la ley arbitral de 1988 el juez competente podía ser tanto el juez de primera instancia del lugar donde se desarrollase el arbitraje (art. 23 LA), como el juez donde debía realizarse la citación judicial u ordenarse la diligencia probatoria (art. 27 LA). Este lugar en ocasiones podía no coincidir, planteándose no pocas dudas al respecto al regularse en dos preceptos distintos de la ley, por lo que la ley arbitral de 2003 ha venido a aclarar esta situación.



los fueros que las partes hayan convenido y, en su defecto, al fuero legal mencionado. El fuero elegido por las partes podrá ser tanto pactado por las partes expresamente como deducirse de una sumisión tácita de las partes cuando, por ejemplo, una de las partes acuda directamente a un juzgado a solicitar dicha asistencia en la práctica de la prueba y la otra parte no plantee la declinatoria.

Será el juzgado quien controle de oficio la competencia objetiva, con la posibilidad que dispondrán las partes de alegar su posible discordancia (art. 48 LEC), mientras que la competencia territorial podrán controlarla las partes mediante la correspondiente declinatoria (arts. 63, 64 y 65 LEC).

Para la práctica de las pruebas en sede judicial, la ley arbitral se remite expresamente a las normas procesales previstas en nuestro ordenamiento en la LEC, concretamente a las contenidas en los artículos 301 a 384 LEC<sup>615</sup>.

La asistencia judicial se amplía respecto a la ley arbitral de 1988; son dos las actuaciones que puede realizar el juez y que deberá concretar el árbitro cuando solicite dicho auxilio en su escrito de solicitud, éstas son:

1. Práctica de la prueba por el órgano jurisdiccional y,
2. Adopción de las medidas necesarias para que la prueba la pueda practicar el árbitro o incluso para asegurar su práctica en aquellos casos en los que el árbitro no pueda realizarlo solo y requiera la asistencia de los tribunales, como puede ser por ejemplo, la exhibición de algún documento por parte de quien se negare a ello.

El artículo 33 LA exige de forma imperativa al juez prestar dicho auxilio ante su solicitud por parte de un árbitro, sin poder enjuiciar la necesidad de la prueba propuesta. La intervención del juez debe ser mínima y en ningún momento podrá entrar a valorar la pertinencia ni utilidad de la prueba requerida por el árbitro, sin embargo, el juez si podrá prescindir del pronunciamiento del árbitro sobre la admisibilidad de la prueba y rechazar aquellas pruebas que sean contrarias a las leyes por medio de resolución firme, sin que contra ella quepa recurso alguno<sup>616</sup>.

---

<sup>615</sup> Ya el artículo 43 LA de la ley de 1988 se remitía a la LEC en lo referente a los aspectos procedimentales de la práctica probatoria así como a la tramitación de ésta.

<sup>616</sup> En caso de negativa injustificada de auxilio judicial, la LA no prevé que recurso o mecanismo legal podrá usar el árbitro. Frente a la imposibilidad de recurrir la decisión, PICÓ I

De la actuación de los jueces prestando dicha asistencia se deberá entregar testimonio al solicitante, pues el órgano jurisdiccional deberá remitir al árbitro el resultado obtenido tras la práctica de la prueba; dicha remisión que en el arbitraje *on line* se realizará en la medida de lo posible a través de medios electrónicos, recogerá las declaraciones realizadas.

#### **IV. AUDIENCIA DE LAS PARTES**

El artículo 30 de la ley de arbitraje intitulado “forma de las actuaciones arbitrales” y que regula la posibilidad de que se celebren audiencias en el arbitraje, es un precepto que reproduce de forma prácticamente idéntica, con alguna salvedad<sup>617</sup>, el tenor literal del artículo 24 de la Ley Modelo UNCITRAL.

##### **1) Introducción**

La ley arbitral manifiesta que salvo acuerdo de las partes, los árbitros decidirán si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, práctica de pruebas y la emisión de conclusiones o si las actuaciones se podrán sustanciar únicamente por escrito (art. 30 LA). Por tanto, se plasma ya en esta ley la flexibilidad del procedimiento arbitral, que podrá ser predominantemente escrito siempre y cuando las circunstancias del caso lo aconsejen.

Corresponderá a las partes diseñar la forma, características y circunstancias de las audiencias; por tanto, la primera regla a la que se debe acudir a la hora de proceder a la celebración de audiencias es, una vez más, al acuerdo de las partes. En este punto la nueva ley arbitral se separa claramente de lo previsto en la anterior ley arbitral en donde su artículo 29 disponía que, una vez practicada la prueba los árbitros “podrán” oír a las partes, quedando en manos de los árbitros la decisión de celebrar audiencias o no. Por el contrario,

---

JUNOY, considera que algunas vías de solución deberán ser posibles, como puede ser el presentar un escrito al Consejo General del Poder Judicial denunciando la indebida actuación concreta del juez que negó el auxilio para que se depure la eventual responsabilidad disciplinaria o quizás, resulte más práctico volver a presentar al Juzgado Decano el escrito solicitando el auxilio judicial para que, tras su reparto, sea otro juez quien proceda a realizar la actuación probatoria solicitada. *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje...*, cit, p. 549.

<sup>617</sup> Como es la intervención de las partes en el proceso a través de sus representantes que no se contempla en la Ley Modelo y si en este precepto de la ley arbitral.

en la nueva ley arbitral la celebración de audiencias consiste en una obligación de los árbitros impulsada por la decisión de las partes.

Si las partes no se pronuncian respecto a cómo debe desarrollarse la audiencia, nada impide que el árbitro acuda a la ley procesal civil (art. 433 LEC). En todo caso, en el supuesto de que éstas se lleven a cabo, las audiencias en el arbitraje *on line* se realizarán a través de la videoconferencia, que posibilitará que actos procesales del arbitraje que habrían de realizarse con comparecencia personal ante el tribunal arbitral se lleven a cabo por este nuevo medio.

Son tres aspectos fundamentales los que se desprenden de la lectura del artículo 30 LA y básicamente los clasificamos en: a) elección entre oralidad-escritura, b) citación y, c) traslado de documentos.

#### **A) Oralidad- escritura**

Como acabamos de mencionar *supra*, si las partes deciden llevar a cabo el procedimiento escrito sin la celebración de audiencias así deberán acordarlo los árbitros, sin embargo, en el supuesto en que las partes nada digan al respecto, serán los árbitros quienes, atendiendo a las circunstancias del caso, decidan si deben celebrarse o no.

Existen por tanto dos posibilidades: a) Se podrá desarrollar un proceso eminentemente escrito y en este sentido la Exposición de Motivos de la ley indica: "*Cabe que el procedimiento sea en ciertos casos predominantemente escrito, si las circunstancias del caso no exigen la celebración de audiencias*" y en segundo lugar, b) También podrá desarrollarse el proceso oralmente, en esta línea, la misma Exposición de Motivos señala a continuación: "*Sin embargo, la regla es la celebración de audiencias para la práctica de pruebas*".

Siempre que exista un predominio de lo oral frente a lo escrito, tanto en las alegaciones como en la actividad de las partes en el conjunto del proceso, se habrá optado por la oralidad<sup>618</sup>. Cuando se elija la oralidad, deberán en todo momento respetarse las exigencias del principio de contradicción (art. 24 LA) y con base en ello, el artículo 30. 2 LA exige que las partes sean citadas con

---

<sup>618</sup> MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos de la nueva ...*, cit., p. 175-176.

suficiente antelación y puedan intervenir en las audiencias directamente o por medio de sus representantes.

El elegir la oralidad o escritura en el proceso dependerá de las circunstancias del caso y de las partes, pues cada una de ellas tiene sus ventajas e inconvenientes. Se puede pensar que el principal inconveniente de la oralidad es la no documentación de las actuaciones, pero ello puede resolverse fácilmente si las partes acuerdan, o bien está previsto en el reglamento de la institución arbitral, que las actuaciones orales se graben a través de los medios técnicos pertinentes, como sucede en el arbitraje *on line*, donde resulta ya técnicamente posible que las celebraciones de audiencias que se llevan cabo a través de videoconferencia queden registradas.

Nos surge la duda de que puede ocurrir si las partes han decidido en un primer momento que el proceso se lleve a cabo por escrito y posteriormente solicitan al árbitro la celebración de alguna audiencia, pues puede resultar confuso el artículo 30 LA cuando señala, "*a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebren audiencias, los árbitros las señalarán*", ya que si bien en un principio podríamos entender que una vez pactadas por las partes la exclusión de audiencias ya no se podrán éstas llevar a cabo, desde nuestro punto de vista y siguiendo la tónica flexible de nuestra ley arbitral, si consideramos viable dicha posibilidad y el árbitro deberá aceptar la celebración de la audiencia requerida por las partes<sup>619</sup>.

## **B) Citación**

Si la audiencia se va a llevar a cabo, resultará imprescindible que se cite a las partes para que tengan la posibilidad de ejercer su derecho a contradecir las alegaciones de la contraparte.

En lo que a dicha citación respecta, la ley simplemente se limita a indicar que deberá realizarse con la suficiente antelación, pudiendo intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes, tal y como ya disponía la ley

---

<sup>619</sup> Además, ésta es la línea seguida por la Ley Modelo UNCITRAL, tal y como se puso de manifiesto en los trabajos preparatorios de la misma que permiten que inicialmente se pacte la escritura y posteriormente se solicite la celebración de las audiencias. Así se subraya en el comentario analítico sobre el proyecto de texto de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, en el comentario del artículo 24 del proyecto, citado por CUCARELLA GALIANA, L., en *El procedimiento arbitral...*, cit., p. 150.

de arbitraje de 1988. Ello resulta, junto a la necesidad de que las partes sean citadas a los actos de práctica de prueba, uno de los puntos de conexión con la ley anterior de 1988, pues el resto del artículo 30 LA supone una novedad respecto a su predecesora. En todo caso, nos remitimos a lo dicho en el apartado relativo a las “comunicaciones” sobre el modo, momento y lugar en que se deba proceder a dichas citaciones.

Será el árbitro quien fije el día, hora y lugar en el que se vaya a celebrar la audiencia y deberá comunicárselo a las partes con suficiente antelación. El término “suficiente antelación” puede resultar impreciso, por lo que dicha apreciación corresponderá al árbitro atendidas las circunstancias del caso y tratando de permitir que las partes gocen del tiempo necesario para preparar sus intervenciones. No debemos olvidar la importancia que presenta la correcta notificación de las actuaciones en el proceso arbitral y cuyo defecto o irregularidad puede provocar la anulación del laudo<sup>620</sup>.

### **C) Traslado de documentos**

Con base en el principio de contradicción y audiencia, el artículo 30 LA en su párrafo segundo señala que se deberá dar traslado a la otra parte de todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una parte aporte a los árbitros. Dicho precepto garantiza que, conocidas todas las actuaciones que constan en autos, regirá la doctrina de los actos propios ahora prevista en el artículo 6 LA que señala: *“Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto,*

---

<sup>620</sup> Vid. la SAP de Jaén de 7 de noviembre de 2001 (JUR 2002\19573), que indica que se debe velar por la posibilidad real (no meramente formal) de ser oído. Sin embargo, la SAP Santa Cruz de Tenerife de 17 de noviembre de 2003 (JUR 2004/31296), declara la inexistencia de indefensión pues la no asistencia a la audiencia se ha debido a un comportamiento voluntario y, en este mismo sentido la SAP Asturias de 17 de noviembre de 2003 (JUR 2003/277672) reza que el principio de tutela judicial efectiva no ampara la desidia, errores ni tampoco la inactividad procesal de las partes.

Al respecto, interesantes resultan las reflexiones realizadas por MARTINEZ GARCIA al estudiar la eficacia de una defectuosa citación, diferenciando según el tipo de audiencia, en aquellas audiencias destinadas a la presentación de alegaciones de aquellas audiencias destinadas a la práctica de la prueba y emisión de conclusiones. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit. pp. 1050-1052.

*tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley*<sup>621</sup>.

La ley no se pronuncia sobre quién debe realizar dicho traslado, por lo que consideramos que podrán hacerlo tanto las partes como los árbitros o la institución arbitral, según acuerden las partes o a falta de dicho acuerdo decida el árbitro. Tampoco dice nada la ley sobre el momento en que dicho traslado debe producirse, por lo que si bien consideramos que existe flexibilidad y podrán las partes decidirlo libremente, siempre e inevitablemente se deberá realizar en un lapso suficiente que permita a la contraparte oponerse a lo dicho por su contrario, con el fin de evitar indefensión de alguna de las partes y respetar los principios de igualdad y contradicción que imperan en el proceso arbitral.

Además, este párrafo tercero del artículo 30 LA dispone que también se pondrán a disposición de las partes los instrumentos probatorios del proceso, pudiendo provocar su incumplimiento la anulación del laudo (art. 41.1.b LA).

Antes de entrar en el estudio de la videoconferencia y sus aplicaciones en el proceso arbitral conviene hacer una breve referencia a la posibilidad de que una de las partes no comparezca en la celebración de una audiencia o no presente pruebas en el momento oportuno. En este sentido se pronuncia el artículo 31 LA al indicar: *“los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan”*.

Con base en este artículo, el proceso arbitral podrá continuar, a pesar de la inactividad de la parte, pues el objeto de este proceso puede estar enteramente delimitado y, por tanto, el árbitro tratará de llegar al fondo de la cuestión. Sin embargo, podemos deducir que en estas situaciones, la ley no obliga a los árbitros a continuar las actuaciones, pudiendo así, siempre y cuando lo consideren conveniente, acordar repetir la audiencia o conceder a las partes un plazo nuevo para la presentación de las pruebas.

A diferencia de la anterior ley de arbitraje (art. 20) en donde se regulaba la posibilidad de nombrar a un secretario y, únicamente en su defecto, le correspondía al árbitro (sin que en ningún caso fuere el presidente del colegio arbitral) ejercer sus funciones; nada dice la ley 60/2003 respecto de esta figura,

---

<sup>621</sup> MARTINEZ GARCIA, E., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., pp. 1054.

sin embargo, consideramos que su existencia, a pesar de carecer de fe pública como sucede en el orden jurisdiccional, si resulta sumamente ventajosa, práctica y garantizadora en las audiencias llevadas a cabo a través de videoconferencia, pues éste podrá acreditar la espontaneidad en la declaración de las partes o testigos, asegurar, además, la limitación de la actuación del personal técnico que interviene para ayudar en la comunicación, comprobar la nítida percepción del sujeto de las preguntas o cuestiones a las que se somete, señalar las posibles incidencias o eventuales interferencias que puedan provocarse durante la realización del acto garantizando finalmente la autenticidad de la integridad del soporte audiovisual que se integrará en los autos, etc<sup>622</sup>.

## **2) La Videoconferencia**

La originalidad del arbitraje electrónico reside, principalmente, en que gran parte del mismo, incluso su práctica totalidad, se llevará a cabo por medios electrónicos sin necesidad de una presencia física ni contacto entre las partes. Las dificultades o lagunas que surjan a la hora de llevarse a cabo podrán ser suplementadas por acuerdos entre las partes, creando sus propias reglas de procedimiento para acomodar así los procedimientos en línea y contribuir a la eficacia del arbitraje. Las nuevas tecnologías han eliminado la necesidad de los encuentros personales de las partes en conflicto y entre éstas y los árbitros, las audiencias y reuniones se llevarán a cabo a través de videoconferencia en un foro electrónico donde cada una de las partes actuará como si en presencia del resto de partes se encontrara<sup>623</sup>.

A pesar del contenido del artículo 30 LA referente a las audiencias que acabamos de estudiar, no hubiera estado de más que se hubiera contemplado expresamente en la nueva ley la posibilidad de utilización de la videoconferencia en el procedimiento arbitral, sin embargo, tal disposición puede obviarse al no prohibirse su uso y reinar en todo momento la voluntad de

---

<sup>622</sup> Aunque referente al proceso penal, vid. SENÉS MOTILLA, C., "Derechos de la persona en la audición a distancia de testigos en procesos penales", Revista General Derecho, nº 643, 1998, p. 4245. También podemos pensar que el artículo 35 LA parece ser que implícitamente está otorgando al presidente del colegio arbitral esta función cuando le atribuye funciones de "mera ordenación" del procedimiento.

<sup>623</sup> Interesante resulta el estudio relativo a la introducción de la videoconferencia en el sistema procesal norteamericano expuesto en ROTH, M., "Laissez-faire videoconference: remote witness testimony and adversarial truth", UCLA Law Review, Octubre, 2002, pp. 186-219.

las partes a la hora de fijar las reglas del proceso, pudiendo éstas practicar las audiencias a través de videoconferencia cuando las circunstancias del caso lo aconsejen y las partes así lo decidan de común acuerdo.

### **A) Introducción: concepto y aspectos técnicos**

El servicio de videoconferencia es un servicio multimedia de comunicación que permite los encuentros a distancia en tiempo real entre distintos grupos de personas que se hallan en diferentes lugares. El servicio consiste, básicamente, en interconectar mediante sesiones interactivas a un número variable de interlocutores, de forma que todos puedan verse y hablar entre sí, lo que implica comunicación visual, auditiva e intercambio de datos<sup>624</sup>.

La comunicación a través de la videoconferencia se caracteriza por tres notas fundamentales<sup>625</sup>: a) Es integral, ya que permite el envío de imagen (presentaciones PowerPoint, video, multimedia, etc.), sonido (voz de alta calidad, música, multimedia, etc.) y datos (ficheros automáticos, bases de datos, web, etc.), b) Es interactiva, pues permite una comunicación bidireccional en todo momento y por último, c) Es sincrónica, es decir, funciona en tiempo real, pues se transmite en vivo y en directo desde un punto a otro o incluso entre varios puntos a la vez.

En orden a su mayor comprensión y estudio conviene describir en unas breves pinceladas los distintos aspectos técnicos que se deberán tener en cuenta para la creación de la infraestructura necesaria que nos permita la realización de audiencias a través de videoconferencia.

---

<sup>624</sup> Debemos realizar una precisión semántica en torno a los términos videoconferencia y teleconferencia, matizando que la primera no es más que una nueva modalidad de la segunda. En el término teleconferencia englobamos los diversos encuentros a distancia que se pueden realizar, incluyendo desde la audioconferencia (únicamente a través de audio) hasta la videoconferencia (audio, vídeo y datos), pasando por las conferencias a través de ordenadores. MEDRANO I MOLINA J.M., *Diligencias de investigación y tecnologías de la información y de la comunicación*, Trabajo de investigación inédito, Valencia, 2004, p. 15. Referente a los orígenes de la videoconferencia, vid. "Historia de la Videoconferencia" en <http://www.sld.cu/libros/distancia/cap3.html>, (fecha de consulta: 14/2/2006).

<sup>625</sup> REUNA (Portal de la Red Universitaria Chilena), "Tecnologías y aplicaciones" en [http://www.reuna.cl/central\\_apunte/apuntes/video.html](http://www.reuna.cl/central_apunte/apuntes/video.html), (fecha de consulta: 14/2/2006).



En primer lugar y siguiendo el orden sistemático seguido por MEDRANO I MOLINA, debemos distinguir básicamente dos posibilidades de realización de la videoconferencia<sup>626</sup>:

a) Mediante *CODEC*: para ello debemos contar con un dispositivo electrónico que transmite y recibe las señales de vídeo (*CODEC*). Consiste, en pocas palabras, en un módem sumamente sofisticado que recibe las señales analógicas, las comprime y digitaliza, transmitiendo las señales a través de la red telefónica digital. Este sistema es el que se aplica en el ámbito de la Administración de Justicia.

b) Mediante *PC*: que consiste en llevar a cabo la audiencia a través de un ordenador personal al que se le añadirán dispositivos multimedia (cámaras, adaptadores...), además de la oportuna conexión a la red telefónica digital. Esta opción se encuentra limitada a una audiencia de dos a cuatro personas.

Los elementos que integran necesariamente un sistema de videoconferencia son, tal y como describe ALÁN RODRIGUEZ, los siguientes<sup>627</sup>:

- Dispositivo de control: que puede ser tanto el teclado, ratón, pantalla como el control remoto. Este dispositivo controla el *CODEC* y el equipo periférico del sistema.
- Cámara robótica: es la cámara incluida en cualquier equipo y que es dirigida a través del dispositivo de control.
- Micrófonos: quienes deben captar el audio que se envía al otro sitio.

---

<sup>626</sup> MEDRANO I MOLINA J. M., *Diligencias de investigación...*, cit, pp. 16 y ss.

<sup>627</sup> ALÁN RODRIGUEZ, M. A., "¿Qué es la Videoconferencia?" editado por DGSCA en Junio de 1997 en, <http://132.248.75.130/video/qvc.html>, (fecha de consulta: 14/2/2006). El mismo autor resume brevemente como funciona un sistema de videoconferencia, dividiendo en tres etapas el proceso fundamental que debe desarrollarse una vez las señales proporcionadas por las cámaras, el micrófono y equipos periféricos son enviados al *CODEC*, dentro del cual, se realiza un proceso complejo que, como hemos dicho, sintetizamos en tres etapas: a) En la primera de ellas, el *CODEC* convierte las señales de audio y vídeo a un código de ordenador; a éste se le conoce como digitalizar. La información es reducida en pequeños paquetes de datos binarios, de esta forma se transmiten datos requiriendo menos espacio en el canal de comunicación. b) En la segunda etapa, los datos son enviados a otro dispositivo de comunicación, el cual los transmite al sitio remoto por un canal de transmisión (cable coaxial, fibra óptica, microondas o satélite) por el que viajará y, finalmente c) A través del canal el otro sitio recibe los datos por medio del dispositivo de comunicación, el cual lo entrega al *CODEC* que se encarga de descifrar y decodificar las señales de audio y vídeo y las envía a los monitores para que sean vistas y escuchadas por las personas que asisten al evento.

- **Software de comunicación:** es el programa que permite la acción conjunta de los elementos que integran al sistema de Videoconferencia.
- **Dispositivo de comunicación:** es el dispositivo al que llega la señal digital desde el *CODEC* y la envía por el canal de transmisión (microondas, fibra óptica, etc.), lo que permite enviar y recibir la señal a los sitios remotos.
- **Canal de transmisión:** todo sistema de videoconferencia requiere de un canal para transmitir la señal de audio y video a otro sitio, éste puede ser cable coaxial, microondas, fibra óptica, satélite, etc.
- **Espacio:** es el área especialmente acondicionada tanto en acústica como en iluminación para alojar el equipo y realizar las sesiones. El nivel de confort de la sala mejora la calidad del encuentro.
- **Personal calificado:** es indispensable que cada sitio cuente al menos con una persona que posea los conocimientos necesarios de telecomunicaciones y operación técnica del equipo.

También se requerirá, pero ya opcionalmente aunque si aconsejable: una cámara de documentos que permita mostrar diapositivas, gráficos, impresos u objetos, una videocasetera para la proyección de video durante la sesión, cámaras auxiliares, dispositivos de grabación que permitan su posterior reproducción, etc.

Son muchos los factores que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de diseñar una sala donde se va a realizar la videoconferencia<sup>628</sup>, pues en una transmisión mediante videoconferencia se suman dos tipos de información que juntas definen y diferencian esta forma de comunicación del resto. Estas dos informaciones son: la imagen y el sonido; cada una de ellas requiere de unas

---

<sup>628</sup> La sala de videoconferencia es el área especialmente acondicionada en la cual se alojarán los participantes de la videoconferencia así como el equipo de control, audio y vídeo. El nivel de confort de la sala determina la calidad de la instalación, la sala de videoconferencia perfecta es la sala que más se asemeja a una sala normal para conferencias.

condiciones adecuadas<sup>629</sup>. Por lo que a la imagen respecta, el elemento que usamos para la captación de información es una cámara de vídeo que necesita unas condiciones mínimas de luminosidad para su correcto funcionamiento además de una correcta disposición física que permita la captación del plano del orador/oyente.

En lo que al sonido se refiere, el entorno resulta todavía más determinante para una correcta comunicación, por lo que debemos tener en cuenta la propia sala así como sus condiciones acústicas, resultando necesario el aislamiento acústico de las superficies y poseer el equipamiento electroacústico adecuado, como es el micrófono de captación o el sistema de amplificación. Se deberá respetar en todo momento cuidadosamente el tipo de micrófono utilizado, la posición del micrófono frente al orador y finalmente, la posición del micrófono respecto a los puntos de sonorización<sup>630</sup>.

## **B) Aplicaciones y ventajas**

Las tecnologías de transmisión del sonido y la imagen posibilitan que actos procesales del arbitraje que habrían de realizarse con comparecencia personal ante el tribunal arbitral se lleven a cabo por medio de videoconferencia. Esta posibilidad comprende las intervenciones de las partes y sobre todo, la práctica de medios de prueba consistentes en la declaración de la parte, de un testigo y la del perito e incluso la práctica del reconocimiento judicial, como pudimos ver en su momento.

---

<sup>629</sup> CORRAL, C. y CRUZ, F., "Videoconferencia y tele-educación en la Universidad Carlos III de Madrid: Infraestructuras", en <http://www.rediris.es/rediris/boletin/50-51/ponencia15.html>, (fecha de consulta: 5/5/2005).

<sup>630</sup> Vid. SCHÄFER, E., "La Vidéoconférence dans l'arbitrage", Bulletin de la CCI, vol 14, n° 1, 1<sup>er</sup> semestre 2003. El autor manifiesta que la videoconferencia es una herramienta muy útil en el arbitraje comercial internacional, pero debe presentar un nivel de calidad elevado sin producir ningún problema técnico ni al tribunal arbitral ni a las partes. Para ello, el mismo autor dispone una serie de recomendaciones, y considera que la videoconferencia debe planificarse antes de la fecha en la que se utilizará, dividiendo los preparativos en tres etapas diferentes: 1) Una primera etapa, cuatro semanas antes de la realización de la videoconferencia, en la que se determinará la fecha y duración de la videoconferencia, el número de terminales y sus emplazamientos, el número de participantes, se preverá la existencia de infraestructuras suplementarias para su uso común como, por ejemplo, expositores para la presentación de documentos, etc., 2) Una segunda etapa operativa como mínimo tres semanas antes de la realización de la videoconferencia en la que se evaluará la infraestructura disponible en términos de calidad y fiabilidad, 3) La tercera y última etapa, se deberá llevar a cabo diez días como mínimo antes de la videoconferencia y tratará de probar las infraestructuras con el objetivo de prever los eventuales problemas técnicos. Los participantes deberán familiarizarse con su uso. En esta etapa deberán comunicarse todas las instrucciones útiles para su utilización.

La utilización de la videoconferencia aporta un sinnúmero de aplicaciones prácticas al proceso arbitral como pueden ser: la práctica de diligencias personales tales como las declaraciones e interrogatorio de las partes y testigos, especialmente cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: a) se encuentren en lugares muy alejados de la sede del tribunal arbitral o b) cuando por razón de sus circunstancias personales su presencia en el tribunal no resulte aconsejable.

Asimismo, facilitará la intervención de las partes personadas en el proceso que se encuentren en lugares diferentes a la sede arbitral, la no suspensión de diligencias urgentes en personas enfermas, muy ocupadas, etc., la práctica inmediata de pruebas urgentes, el seguimiento del juicio, la intervención de peritos quienes ya no tendrán la necesidad de desplazarse a la sede del tribunal para ratificar sus informes, la protección de la libre y espontánea declaración de personas, etc.<sup>631</sup>. Como señala VELASCO NUÑEZ, «*la videoconferencia, por tanto, sin variar hábitos procesales ni principios generales de las leyes de ritos, potenciará la agilización de trámites, y por lo tanto la más rápida realización de actos procesales que antes duraban meses*»<sup>632</sup>.

Una vez vistas las diferentes aplicaciones posibles de la videoconferencia en el arbitraje ya podemos afirmar que son innumerables las ventajas que conlleva su utilización en los procedimientos arbitrales, y entre ellas, siguiendo el listado llevado a cabo por el Ministerio de Justicia, cabe destacar las siguientes<sup>633</sup>:

a) Agilización de la actividad de los árbitros: la videoconferencia permite que se lleven a cabo diversas actuaciones distantes en tiempo y espacio de la sede arbitral que de hacerse presencialmente tardarían días o meses.

---

<sup>631</sup> Tal y como señala la Instrucción 3/2002 de la Fiscalía General del Estado.

<sup>632</sup> VELASCO NUÑEZ, E., "La videoconferencia llega a los juzgados", La LEY, II, 2002, p. 1787. Además, son otras muchas las aplicaciones de la videoconferencia en lo que al proceso jurisdiccional penal respecta pero que no afectan al proceso arbitral, destacamos como ejemplo, la realización de ruedas de reconocimiento de los presos a través de la videoconferencia, evitando los riesgos que el desplazamiento de éstos podrá conllevar o la utilización de la videoconferencia para la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de enjuiciamiento rápido de delitos, etc. Las herramientas de discusión interactivas como los chats también pueden ser útiles (además de la videoconferencia) para examinar a testigos, sin embargo, el recaer únicamente en lenguaje escrito hace la credibilidad del testigo más difícil.

<sup>633</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA, "Sistema de Videoconferencia en la Administración de Justicia", en <http://www.mju.es>, (fecha consulta: 02/10/2003).

b) Reducción de desplazamientos, pueden intervenir en el proceso arbitral, peritos, testigos y partes con domicilio fuera del lugar donde se realice el arbitraje.

c) Mejor organización del trabajo en los órganos arbitrales, al evitar demoras en los señalamientos de las diferentes actuaciones arbitrales por motivos de distancia física.

d) Reducción de costes: se evita el pago de dietas de peritos y testigos y otros muchos gastos.

e) También es posible observar que se dan determinadas circunstancias en las que la proximidad física puede "distanciar" al sujeto parte de la controversia, afectando a la intermediación, en este caso la videoconferencia presenta claras ventajas, al evitar un contacto físico que podría resultar perjudicial e incluso dañino en el conflicto, es decir, se evitaría en gran medida la estigmatización de la víctima al no tener que comparecer físicamente ante su agresor, pudiéndose en estos casos utilizar incluso un sistema de circuito cerrado de televisión (comunicación mediata de un solo sentido: de la sala virtual al declarante situado en otra sala).

Si bien en el arbitraje no podemos hablar de víctima/agresor, si podemos trasladar esta ventaja al proceso arbitral en determinados supuestos en los que resulte difícil a una de las partes encontrarse con la otra por diferentes razones.

También podemos encontrar algunos inconvenientes en la utilización de la videoconferencia en un proceso arbitral, pero en nuestra opinión éstos son escasos, su uso tiene muchas más ventajas que desventajas y sus inconvenientes simplemente nos limitamos a resumirlos en dos: 1) en primer lugar y como principal inconveniente de la videoconferencia encontramos el coste de los requerimientos informáticos necesarios, pues desgraciadamente el poder gozar de una conexión de banda ancha y un equipo que permita su utilización en nuestro contexto todavía no está al alcance de todos y en segundo lugar, 2) hay quienes son reacios a enfrentarse a las cámaras o que simplemente "no son los mismos" con una cámara frente a ellos, igualmente

podemos hallar personas que por timidez o desconocimiento tampoco se atreven a interactuar con la otra parte a través de estos nuevos medios<sup>634</sup>.

Sin embargo, debemos tener presente que el coste de este sistema, una vez amortizado el gasto de adquisición, sería muy inferior al que pudiera corresponder a los traslados de las partes, testigos, etc., si se encontrasen en lugares muy distantes. Por todo ello, concluimos que la videoconferencia se presenta como un instrumento procesal con un inmenso potencial que posibilita acortar las distancias que conspiran contra un modelo procesal eficiente.

### **C) Disposiciones jurídicas**

Resulta necesario estudiar las disposiciones jurídicas de nuestro ordenamiento así como del ordenamiento comunitario para confirmar y aceptar la viabilidad de la aplicación de la videoconferencia no tanto en el proceso arbitral únicamente, sino también en el proceso jurisdiccional.

#### **a) Ámbito normativo europeo**

En el ámbito normativo europeo existen numerosas referencias a la utilización de la videoconferencia, pero destacamos en particular, entre otros, el Convenio de 29 de mayo de 2000 relativo a asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea que habilita el interrogatorio de testigos o peritos por videoconferencia sobre la base del acuerdo de las partes (art.9)<sup>635</sup>; la Propuesta de Decisión Marco del Consejo sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre Estados miembros que posibilita participar en el procedimiento penal por medio de videoconferencia y la Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001,

---

<sup>634</sup> Se ha llegado a afirmar que las cámaras, además, pueden afectar a la percepción de la conducta de un testigo y deformar la credibilidad de éste, pudiendo manipular la opinión del juez acerca del testigo que se encuentra distante, mediante juegos de cámaras, luces, etc. ROTH, M., "Laissez-faire...", cit, p. 197. Vid. en este mismo sentido, SURETTE, R y CLINTON TERRY, W., "Media technology ant the Courts: the case of closed circuit video arraignments", *The Media and Criminal Justice Policy: Recent Research and Social Effects*, Ray Surette ed., Miami, 1990, pp. 299 y ss.

<sup>635</sup> DOCE, C 197, 12 de Julio 2000. El mismo convenio en su artículo décimo establece los requisitos necesarios para proceder a la aplicación de la videoconferencia y estos son: 1) que su utilización no sea contraria a los principios fundamentales del Derecho Nacional y en segundo lugar, 2) que ostenten los medios técnicos necesarios para llevar a cabo la videoconferencia, a pesar de tratarse de un requisito que podrá subsanarse con la aportación de tales medios por parte del Estado requiriente y de mutuo acuerdo con el Estado requerido.

relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal que habilita expresamente la utilización de la videoconferencia en su artículo 11<sup>636</sup>, etc.

### **b) Ámbito normativo interno**

En nuestro ordenamiento, como punto de partida nos encontramos con el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que permite la utilización de cualesquiera medios técnicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de la actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que la utilización de tales medios establece la L.O. 5/1992 de 29 de octubre y demás leyes que resulten de aplicación<sup>637</sup>.

La Instrucción 1/2002 de la Fiscalía General del Estado supuso un freno en tanto en cuanto se opuso a la celebración de juicios orales utilizando el sistema de videoconferencia, llegando a afirmar: *“el derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución, se ve afectado por la utilización de nuevas tecnologías para la celebración del juicio oral. No quiere ello decir que en el futuro vayan a resultar de todo punto imposibles la celebración de juicios orales por medios cibernéticos; pero ello supondrá en todo caso la existencia de una norma legal que otorgue la necesaria cobertura al sistema y que prevea las garantías mínimas exigibles”*, pero más tarde la Instrucción 3/2002 de 1 de marzo de 2002 reconoció la posibilidad de realizar ciertos actos procesales a través del sistema de videoconferencia, describiendo sistemáticamente, pero de una manera abierta, los supuestos en los que cabe la utilización de este sistema.

Nos encontramos con otras disposiciones legales que abogan por la utilización de la videoconferencia o de otros nuevos medios de comunicación, tales como: la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales cuyo artículo 2º reconoce la posibilidad de comparecencia para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal, la Ley Orgánica 13/2003 de 24 de octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en

---

<sup>636</sup> DOCE, L 82, 22 de marzo 2001.

<sup>637</sup> En el ámbito de la Administración Pública conviene destacar la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Común (BOE 27 noviembre de 1992), modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE 14 enero de 1999), quien comenzó, aunque tímidamente, a introducir las nuevas tecnologías de la información en los procedimientos administrativos (art. 45).

materia de prisión provisional cuyo artículo 4º introduce la utilización de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido o bien los artículos 448, 707 y 455 Lecrim que presentan la posibilidad de evitar la confrontación visual con el inculpado, o los artículos 147 LEC (documentación en soporte audiovisual de las actuaciones) y 162 LEC (actos de comunicación a través de medios telemáticos), artículos 5 y 9 de la ley arbitral, etc.

#### **D) Afectación de principios procesales**

La videoconferencia permite a dos o más personas situadas en lugares lejanos su recíproca y simultánea visibilidad y audibilidad, posibilitando así una comunicación plena entre los sujetos sin limitaciones sensoriales relevantes (a excepción del sentido del tacto). El árbitro que interroga al testigo o perito conectado por videoconferencia con la sala de audiencias, recibe instantáneamente las contestaciones como si estuvieran hablando en su presencia, lo que permite una comunicación completa, sin mermarse el derecho de defensa y el derecho a ser oído, porque, en definitiva, el testigo o perito se encuentra en presencia del árbitro, aún cuando dicha presencia pueda catalogarse de virtual<sup>638</sup>.

Podemos plantearnos si la utilización del sistema de videoconferencia conlleva una afección de los principios procesales de contradicción, inmediación, oralidad y publicidad. Sin embargo, esta afectación no debe inducirnos a proclamar apriorísticamente la conculcación de los mismos, sino que estudiando cada uno de estos principios para verificar su grado de afectación llegaremos a la conclusión que en muchos casos ésta será prácticamente inexistente<sup>639</sup>.

El principio que plantea, sin lugar a dudas, más debate es el de inmediación pues los nuevos instrumentos tecnológicos y, en especial, la videoconferencia conllevan una necesaria reformulación de los conceptos que

---

<sup>638</sup> En este sentido, vid CARDENES, S., "El principio de inmediación y las nuevas tecnologías...", cit, p. 749.

<sup>639</sup> MEDRANO I MOLINA, JM., *Diligencias de investigación...*, cit., p. 22. Sumamente importante y clarificadora resulta la SAP Alicante de 2 diciembre de 2002 (ARP 2003/587), quien analiza los principios de tutela judicial efectiva, legalidad, audiencia pública, contradicción, defensa e inmediación cuando se lleva a cabo un juicio utilizando la videoconferencia y demuestra como ésta no vulnera ninguno de estos principios.



definen dicho principio, entendido éste como contacto personal y directo, comunicación sin intermediarios, proximidad, presencia. Resulta necesario revisar el marco conceptual de este principio con el objetivo de estudiar si el contacto audiovisual entre el tribunal arbitral y las partes o testigos, que pueden verse y oírse recíprocamente como si se encontraran en la misma sala a pesar de hallarse a miles de kilómetros de distancia se inscribe o no dentro del concepto legal de inmediación procesal.

En nuestra opinión, la comunicación a través de la videoconferencia no perjudica el marco normativo exigido por el principio de inmediación procesal ya que, como hemos dicho, ésta posibilita la comunicación recíproca entre las partes conectadas a kilómetros de distancia; asimismo tampoco nos encontramos con intermediarios en esta comunicación, consiguiendo así un diálogo entre los sujetos conectados indudablemente directo, pues con la videoconferencia se puede llegar a percibir todo lo necesario sin restricciones sensoriales relevantes<sup>640</sup>.

La jurisprudencia ha defendido dicho principio en diversas sentencias, destacando entre ellas, la STS 5 octubre de 2001<sup>641</sup>, que declara que la utilización de la videoconferencia satisface el principio de inmediación y la SAP Navarra de 6 de febrero de 2003, que señala: *“la no presencia física de los mismos peritos en la Sala del Tribunal, ninguna merma generó en la práctica de la misma ni en su apreciación, permitiéndose mantener los principios de una inmediación, si no física, si real por existir una observación y apreciación directa y con contradicción de la prueba, sin merma por tanto de los principios de inmediación, entendido en su sentido funcional, y de contradicción”*<sup>642</sup>.

Debemos tener en cuenta que la fluidez de la comunicación dependerá de la calidad técnica de la conexión y el principio de inmediación puede depender

---

<sup>640</sup> En este mismo sentido se pronuncian LANDONI SOSA, A., en “Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso...”, cit., pp. 677-787 y CARNELUTTI cuando señala que la idea del potencial de la videoconferencia de “acortar las distancias” se encuentra en la base del concepto de inmediación procesal, (refiriéndose a la “distancia espiritual y no meramente física”), apreciación que viene señalada en CARDENES, S., “El principio de inmediación y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso, con especial referencia a la videoconferencia”, XVIII *Jornadas iberoamericanas...*, cit., p. 743.

<sup>641</sup> RJ 2001/9045.

<sup>642</sup> JUR 2003/84464. Vid. asimismo las sentencias, SAP Alicante de 2 de diciembre de 2002 (ARP 2003/587) y la SAP Madrid de 30 de diciembre de 2002 (JUR 2002/179886). Sin embargo nos encontramos con la SAP La Rioja de 16 de junio de 2003 (JUR 2003/211788) que a diferencia de las anteriores, si manifiesta las dificultades que se provocan en cuanto a la percepción concreta en las expresiones corporales de la declarante, calificándolas de inferiores a las que se pudieran percibir de encontrarse físicamente ante el tribunal.

en que dicha fluidez se lleve a cabo con las garantías adecuadas y se respeten los principios de contradicción y audiencia primordiales del procedimiento arbitral.

En lo que al principio de contradicción se refiere, destacamos en primer lugar la SAP Sevilla 5 febrero de 2002, en donde se reconoce expresamente este principio de contradicción en un supuesto en que se practicó la prueba testifical de una menor por videoconferencia<sup>643</sup>.

El principio de contradicción conlleva el que las partes dispongan de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el tribunal<sup>644</sup>; en este sentido, la introducción de la videoconferencia en el proceso arbitral no modifica en modo alguno dicho principio de contradicción, pues como ya dijimos con anterioridad, *“la imagen se reproduce con una perfección prácticamente igual a la de la visión directa, además el mecanismo permite que en la pantalla que tiene el testigo se proyecte su imagen instantánea y simultáneamente la de quien interroga (...) no se producen otras limitaciones que las del sentido del tacto o del olfato”*, (SAP Madrid de 30 de diciembre 2002<sup>645</sup>).

---

<sup>643</sup> JUR 2002/88888. Además, y a pesar de referirse a los procesos jurisdiccionales, no podemos ignorar, tal y como señala MEDRANO I MOLINA J.M., la mayor efectividad de este principio a través del sistema de videoconferencia frente al tradicional exhorto judicial, resultando ilustrativa al respecto, la SAP Madrid de 8 de febrero de 2002 (JUR 2002/124743) que realiza una contraposición de la videoconferencia frente al exhorto y afirma el mayor cumplimiento del principio de contradicción en mayor medida que la ordinaria práctica de actuaciones por exhorto. *Diligencias de investigación...*, cit., p. 22.

<sup>644</sup> MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional I...*, cit, p. 321. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo considera que *“El derecho a la defensa y a la bilateralidad que, como fundamental consagra el artículo 24.1 de la Constitución, contiene un mandato dirigido al legislador y al intérprete, en el sentido de promover la contradicción, resultando conculcado cuando los titulares de derechos legítimos se ven imposibilitados de hacer uso de los medios legales necesarios para su defensa, correspondiendo en estos casos al órgano judicial suplir, mediante una interpretación posible y favorable al ejercicio de la acción impugnativa, el imperfecto, y muchas veces erróneo, cumplimiento de los requisitos formales impuestos por la LECiv, asegurando así la primacía del mencionado derecho fundamental”*, STS de 30 septiembre de 2004, (RJ 1994\7141).

<sup>645</sup> JUR 2003/179886. En este sentido, la STS de 2 marzo de 2005 (2005/2724) expone claramente que la LO 13/03 ( RCL 2003, 2547), de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, añade un nuevo artículo 731 bis a la misma que proclama: *“por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, se podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3º del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”*, artículo que se incorpora por la Disposición Adicional única de la LO 13/03, que regula las condiciones de dichas declaraciones, *«asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la*

El principio de publicidad del artículo 680 LEC se entenderá igualmente cumplido, siempre y cuando se otorgue la posibilidad de acceder a la Sala desde donde se vea a través de la videoconferencia a las otras partes, pero en nada afecta a este principio la realización del proceso a través de la videoconferencia. Tampoco encontramos razones algunas para concluir que el principio de igualdad de las partes en el proceso se haya visto inculcado por el simple hecho de llevarse a cabo el proceso a través de la videoconferencia.

Gracias a la flexibilidad y agilidad con la que se desarrolla el arbitraje, presidido por la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de configurar el proceso, podemos afirmar la idoneidad de la utilización de la videoconferencia en esta institución. En síntesis concluimos, en palabras de CARDERES, *«el proceso arbitral constituye, indudablemente, el campo más fértil para la utilización de la videoconferencia con fines procesales (no exclusivamente probatorios) en virtud de la libertad de procedimiento que lo caracteriza, y que, en nuestro concepto, disipa cualquier duda acerca de la admisibilidad de esta técnica para interrogar a las partes, testigos o peritos, realizar una inspección judicial o incluso un peritaje, así como recibir las alegaciones de las partes. Ningún ámbito plantea mejores ventajas comparativas para acoger esas innovaciones que el proceso arbitral, en virtud de la libertad del procedimiento que lo caracteriza»*<sup>646</sup>.

## V. MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares son medios jurídico – procesales que tienen como objeto fundamental en el arbitraje asegurar la plena efectividad del laudo que en su momento se vaya a dictar, tratando de evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectiva satisfacción de la pretensión principal. Hasta la aprobación de la nueva ley arbitral, las medidas cautelares en el arbitraje ha resultado uno de los temas más discutidos en la materia, pues ninguna de las

---

*salvaguarda del derecho de defensa...». Por tanto, como indica la sentencia, “No se constata infracción del procedimiento seguido en el presente caso, así como tampoco desde la perspectiva constitucional de la prueba así realizada, no bastando la mera alegación de indefensión sino que es preciso que ésta haya incidido positivamente en la posición procesal de la defensa, bien porque sus preguntas no hayan obtenido respuesta o porque la misma no haya sido percibida en todas sus dimensiones”.*

<sup>646</sup> CARDENES, S., “El principio de inmediación y las nuevas tecnologías...”, cit., p. 758.

leyes arbitrales predecesoras contemplaron la posibilidad de su adopción por los árbitros.

En el arbitraje *on line* las medidas cautelares adquieren una singular importancia, ya que a él se someten principalmente actividades que se desarrollan en el ciberespacio, actividades que en algunas ocasiones pueden resultar gravemente lesivas dada la celeridad y fuerza expansiva con la que pueden llegar a propagarse, de tal manera que se requieren instrumentos rápidos y eficaces que logren frenar estas conductas dañinas<sup>647</sup>, pues Internet es un mundo sin fronteras en el que la información recorre el mundo sin límites y en poco tiempo, minutos e incluso segundos, los daños se pueden expandir por soberanías diferentes. En tal sentido, ORTELLS RAMOS apunta, *«en fin, la magnitud del daño puede ser de tal entidad que, aún presuponiendo que pueda ser evaluado y que el perjudicado esté dispuesto a asumir las dificultades en la petición de tutela, el patrimonio del eventual responsable será frecuentemente insuficiente incluso para hacer posible una tutela meramente indemnizatoria»*<sup>648</sup>.

### 1) Evolución legislativa

Hasta la aprobación de la nueva ley arbitral únicamente se permitía la adopción de medidas cautelares en el arbitraje en el supuesto del artículo 50 de la ley de arbitraje de 1988 que señalaba que, recurrido el laudo, la parte a quien interesase podría solicitar por escrito, del juez de primera instancia competente para la ejecución, las medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquél; el juez debía resolver en un plazo de tres días. Por tanto, bajo la vigencia de dicha ley arbitral sólo se permitía su adopción una vez dictado el laudo y no durante la pendencia del proceso ni antes de su inicio y por supuesto, nunca por los árbitros, pues los únicos capaces de adoptar tales medidas eran los jueces y tribunales jurisdiccionales<sup>649</sup>.

---

<sup>647</sup> En sentido coincidente, LANDONI SOSA, A., en "Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional...", cit., p. 703 y ORTELLS RAMOS, M., en "Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional...", cit., p. 672.

<sup>648</sup> ORTELLS RAMOS, M., "Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional...", cit., p. 672.

<sup>649</sup> MUÑOZ SABATÉ, L., recuerda que de muy poco sirvió el artículo 50 LA de 1988 que absurdamente se mantuvo pese a que la reforma introducida en el sistema cautelar arbitral por la LEC lo hizo del todo innecesario, el mismo autor afirma que el único servicio que en realidad prestó dicha norma lo fue en beneficio de las corrientes antiarbitraristas que surgieron después

Ante dicha laguna, jurisprudencia y doctrina se mostraron contradictorias en diferentes situaciones; en algunos supuestos los tribunales interpretaron el silencio de la ley como una prohibición de adoptar medidas cautelares fuera de lo dispuesto en el artículo 50 LA de 1988, tal y como se reflejó en los AAP Barcelona de 26 de mayo de 1994<sup>650</sup> y AAP Cádiz de 12 de junio de 1992<sup>651</sup> y, autores como CORDON MORENO<sup>652</sup>, BARONA VILAR<sup>653</sup>, ORTELLS RAMOS y CALDERON CUADRADO<sup>654</sup>, así lo manifestaron; mientras que en otros casos, en sentido contrario, dicho silencio se interpretó como falta de prohibición expresa legal y por tanto, se declinaban por su admisibilidad como plasmaron los AAP Barcelona de 25 de noviembre de 1994<sup>655</sup> y AAP Barcelona de 19 de octubre de 1989<sup>656</sup>; esta línea la defendieron autores como, MUNOZ SABATE<sup>657</sup> y LORCA NAVARRETE<sup>658</sup>, etc<sup>659</sup>.

Con la tutela cautelar asistimos a la principal novedad de la LEC 1/2000 en materia arbitral, ya que provoca el tránsito de una tutela preventiva únicamente posible en fase de anulación a una tutela cautelar del arbitraje, posible tanto antes (cualquier momento anterior a la aceptación del cargo de los árbitros), pendiente (una vez iniciado el arbitraje) como finalizado el proceso arbitral (una vez dictado el laudo), tal y como señala el artículo 730 LEC. Los

---

de la promulgación de la ley arbitral. "Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española", *AJA*, nº 2, TAB, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 14 y ss.

<sup>650</sup> POCH SERRATS, J., "Las medidas cautelares en el arbitraje", *TAB*, *Bulletí* nº 7, p. 54.

<sup>651</sup> RVDPA, septiembre 1992, pp. 432 y ss.

<sup>652</sup> *El Arbitraje en el Derecho español...*, cit., pp. 134 y 135.

<sup>653</sup> "Comentario al AAPP de 25 de noviembre de 1994", *RCEA*, Vol. XI, 1995, p. 291.

<sup>654</sup> *La tutela judicial cautelar en el Derecho español...*, cit., p. 182.

<sup>655</sup> *RCEA*, 1995, p. 290.

<sup>656</sup> *RGD*, nº 547, 1990, pp. 2697 – 2698.

<sup>657</sup> "Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral", *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 3, 1991, pp. 117 y 118.

<sup>658</sup> *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 87 y 88.

<sup>659</sup> Interesante resulta el análisis realizado por CUCARELLA GALIANA, L., en "Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la jurisprudencia reciente", *Tribunales de Justicia*, nº 3, marzo 1997, pp. 307 – 319, donde se reflejan los argumentos en contra y a favor de la Audiencias en lo que a la adopción de medidas cautelares en el arbitraje se refiere antes de la aprobación de las nuevas leyes de enjuiciamiento civil y arbitral. Vid. asimismo, los argumentos y razonamientos que permitieron concluir a LOPEZ DE ARGUMEDO PINEIRO, A., que sí era posible adoptar medidas cautelares en un arbitraje durante la vigencia de la ley de 1988 en "Medidas cautelares en el arbitraje internacional y nacional", *La Ley*, nº 3, mayo 2000, pp. 310 – 331; entre ellos y a modo de síntesis, destacamos los siguientes: a) El derecho a la tutela incluye, entre otros derechos, el derecho a la tutela cautelar, b) Diversos convenios internacionales ratificados en España que forman parte del derecho interno español admiten expresamente la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un procedimiento arbitral cuando éste tiene carácter internacional, c) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia de 17 de noviembre de 1998 (asunto C – 391/950) ha confirmado, al interpretar el artículo 24 del Convenio de Bruselas, que es posible adoptar medidas cautelares para garantizar la efectividad de un laudo arbitral, d) Las legislaciones de diversos países de nuestro entorno (Suiza, Alemania, Italia, etc.) reconocen esta posibilidad, etc.

artículos 721 – 747 de la nueva LEC incluyen una regulación general de la tutela cautelar en el sistema procesal civil y entre ellos, los artículos 722, 724 y 730.3 LEC otorgan cobertura cautelar en el arbitraje, contribuyendo a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales españoles adopten medidas cautelares en apoyo de un proceso arbitral<sup>660</sup>.

Concretamente ha sido el artículo 722 LEC quien ha resuelto la falta de unificación de un criterio que permitiera la adopción de medidas cautelares en el arbitraje y como expresamente ha manifestado BARONA VILAR, el artículo 722 LEC aborda una cuestión que tradicionalmente ha suscitado grandes debates en la doctrina española, como es la referente a la solicitud a los órganos jurisdiccionales españoles de adopción de medidas cautelares en apoyo de procesos que no son judiciales, o que siéndolo tengan lugar fuera de nuestras fronteras, otorgando una respuesta a este problema<sup>661</sup>.

Este artículo señala: *“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”*.

Siguiendo a la misma autora, el precepto cubre las siguientes cinco situaciones: a) Los procesos arbitrales pendientes en España, en los que se pueden adoptar medidas cautelares por tribunales españoles, b) La adopción de medidas cautelares durante la tramitación de un procedimiento de intervención judicial en el arbitraje, c) La tutela cautelar solicitada en los supuestos de arbitraje institucional, cuando se ha formalizado ya la debida solicitud o encargo a la institución que corresponda, d) La adopción de medidas cautelares por tribunales españoles en apoyo de procesos arbitrales

---

<sup>660</sup> La LEC proclama en su Exposición de Motivos, aunque aludiendo al artículo 11 de la ley arbitral de 1988, que la reforma debe *“contribuir a reforzar la eficacia de la institución arbitral”* y así lo hace con la inclusión en la ley de dicha regulación. La LEC de 1881 no regulaba la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el arbitraje por lo que la LEC 1/ 2000 supone un paso adelante en la solución del problema interpretativo respecto a dicha posibilidad. Vid. CUCARELLA GALIANA, L., *“Arbitraje y tutela cautelar en la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil”*, Tribunales de Justicia, nº 12, diciembre 2000, pp. 1267 -1288.

<sup>661</sup> *“Algunas consideraciones en torno a las medidas cautelares en los procesos arbitrales tras la Ley 1/2000, de 7 de enero”*, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, tomo II, 2002, pp. 88 y 89. Vid. la interpretación del artículo 722 LEC realizada por MAGRO SERVET, V., en *“¿Pueden adoptarse medidas cautelares en el procedimiento arbitral?”*, Actualidad Jurídica Aranzadi, 29 de noviembre 2001, nº 510, pp. 1 - 6.

extranjeros y, e) La adopción de cautelas en supuestos en que el litigio principal se desarrolla ante órganos jurisdiccionales extranjeros<sup>662</sup>.

Hoy en día la nueva ley arbitral 60/2003 permite expresamente la adopción de medidas cautelares no solo pendiente o finalizado el proceso arbitral sino también antes de su inicio; en este sentido, si bien la ley de arbitraje no modifica la LEC, si cumplimenta y aporta nuevos aspectos de relevancia. Sin embargo, la principal novedad que incorpora la nueva ley de arbitraje y culmina la labor legislativa que comenzó la LEC, versa sobre esta materia, cuyo antecedente inmediato hallamos en los artículos 6, 9 y 17 de la Ley Modelo UNCITRAL<sup>663</sup>, al otorgar su artículo 23 LA potestad a los árbitros para adoptar cuantas medidas cautelares sean necesarias, potestad cuya condición única previa procede de la naturaleza misma del arbitraje, es decir,

---

<sup>662</sup> En virtud de la naturaleza transnacional de las actividades que se desarrollan en Internet, debemos atender a la posibilidad de la adopción de medidas cautelares en apoyo de un proceso arbitral extranjero y es el artículo 722. II LEC quien ha tratado de superar la laguna que existía en torno a dicha posibilidad, aceptando que éstas se soliciten ante los tribunales españoles. Sin embargo, como señala BARONA VILAR, la vinculación de esta posibilidad al mandato de los distintos textos internacionales que vinculan a España en la materia y el silencio mantenido por los mismos en este punto, puede convertir dicha posibilidad en inviable; en definitiva, la práctica del artículo 722. II LEC vendrá marcada por los compromisos convencionales que vinculan a España. "Algunas consideraciones en torno a las medidas...", cit, p. 92. Vid. asimismo, ESPLUGUES MOTA, C., "El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional", *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 37 y ss; MARTINEZ GARCIA, E., "Las medidas cautelares durante la pendencia de un arbitraje interno o internacional (a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1988)", RVDPA, mayo 1999, pp. 302 y, ss y ROCA AYMAR, J. L., "Las medidas cautelares en materia de arbitraje internacional: su eficacia según la ley española", RCEA, 1994, pp. 99 – 110.

<sup>663</sup> Ha sido muy importante el papel desempeñado por la Ley Modelo UNCITRAL en esta materia. Es necesario destacar que la UNCITRAL en su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), consideró que había llegado el momento de evaluar, en el foro universal que ella constituía, si eran aceptables las ideas y propuestas formuladas para perfeccionar el régimen legal y los reglamentos y prácticas del arbitraje. Encomendó dicha labor al Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) y consideró que una de las cuestiones prioritarias que éste habría de estudiar fuera la que nos ocupa en este momento, es decir, las medidas cautelares. En los párrafos 5 a 24 del documento A/CN.9/WG.II/WP.135 figura el resumen más actual de las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo sobre el tema. La Secretaría ha elaborado versiones revisadas del proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, de un nuevo artículo para la Ley Modelo sobre Arbitraje concerniente a la ejecución de las medidas cautelares (numerado provisionalmente artículo 17 bis), de un nuevo artículo de la Ley Modelo relativo a las medidas cautelares dictadas por un tribunal judicial (numerado provisionalmente artículo 17 ter). Información obtenida en el documento A/CN.9/589 que podemos encontrar en: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org), donde también hallaremos las versiones anteriormente mencionadas.

En lo que a la regulación procesal cautelar en la Ley Modelo CNUDMI se refiere, véase, CUCARELLA GALIANA, L., "La potestad de los árbitros para decretar medidas cautelares", *AJA*, nº. 5, 2004, pp. 88 – 92 y MONTES REIG, L., "Sobre la posibilidad de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral UNCITRAL y en el arbitraje en general", *Revista jurídica de Cataluña*, nº 3, 1999, pp. 109 – 139.

de la voluntad y acuerdo de las partes, pues los árbitros poseerán dicha facultad siempre y cuando las partes no hayan acordado previamente que los árbitros no gocen de ella, pudiendo por tanto ser excluida por las partes<sup>664</sup>.

En esta línea la Exposición de Motivos de la ley reza: *“El artículo 23 incorpora una de las principales novedades de la Ley: la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La Ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar”*.

El artículo 23 LA, que reconoce la potestad cautelar de los árbitros, debe estudiarse conjuntamente con los artículos 8. 3 LA, que regula el órgano competente para la adopción judicial de medidas cautelares y con el artículo 11.3 LA, que indica que el convenio arbitral no impedirá a las partes con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares. Ante la parquedad del régimen jurídico aplicable a las medidas cautelares en el arbitraje contemplado en la ley arbitral y, a pesar de que la ley arbitral nada diga al respecto, su alcance y regulación deberán completarse con la remisión a la LEC.

Por tanto, cuando las partes en un proceso arbitral pretendan solicitar una medida cautelar podrán acudir a dos vías: 1) Solicitar la medida al árbitro en virtud del artículo 23 LA o bien, 2) Acudir a la vía judicial y solicitar las medidas ante el juez competente, según prevén los artículos 11.3 y 8.3 LA.

Esta novedad refuerza la institución arbitral como medio alternativo y eficaz a la Justicia, además de garantizar el principio de inmediatez, pues la medida cautelar podrá ser pedida y otorgada ante el mismo órgano arbitral. En definitiva, se trata de garantizar la tramitación del proceso arbitral con el fin de que las partes puedan obtener por esta vía alternativa a la Justicia una tutela realmente efectiva. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido en su STC de 10 de febrero de 1992 perfectamente trasladable al proceso arbitral aunque referida al proceso jurisdiccional, *“la tutela judicial no es efectiva sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución*

---

<sup>664</sup> De esta manera se sintoniza nuestra ley con gran parte de leyes de países extranjeros tales como Alemania (§ 1041 ZPO alemán), Bélgica (arts. 1096 y 1679 código judicial belga), etc.



*definitiva que recaiga en el proceso*"<sup>665</sup>. Por ello, concluimos que esta previsión en la ley se convierte en una auténtica necesidad en el arbitraje para considerar este medio de solución de conflictos como un verdadero equivalente jurisdiccional<sup>666</sup>.

## **2) Potestades de los árbitros y de los jueces**

A la hora de proceder a la adopción de medidas cautelares en un arbitraje tendrán competencia en esta materia tanto los jueces como los árbitros. Hemos ya mencionado que las potestades arbitral y judicial en la adopción de medidas cautelares son potestades concurrentes, pero debemos tener claro que ello no significa, en absoluto, que ambas vías puedan ejercitarse al mismo tiempo, es decir, no podrá simultanearse dos peticiones ante dos órganos distintos con el objetivo de buscar la respuesta más conveniente a las partes. Las partes deberán decidirse por una u otra vía. La respuesta a esta afirmación la encontramos en el efecto de cosa juzgada que se va a predicar del proceso cautelar, sea éste arbitral o judicial. De ahí que el legislador haya utilizado términos poco felices en la Exposición de Motivos de la ley, al referirse a las dos vías como "alternativas y concurrentes", siendo ambos antagónicos.

### **A) Potestad de los árbitros**

La potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares constituye una facultad que les es atribuida salvo acuerdo en contrario de las partes, pues la regla general que contiene el artículo 23 LA es la de adopción de dichas medidas por el árbitro a instancia de parte, siempre y cuando éstas no hubieren excluido de dicha potestad a los árbitros. Por tanto, las medidas cautelares únicamente podrán acordarse a instancia de parte, de cualquiera de las partes del arbitraje con independencia de la posición que ocupen, activa o pasiva (art.

---

<sup>665</sup> RTC1992/14. En este mismo sentido se pronuncia la STC de 17 de diciembre de 1992 (RTC 1992/ 238). La noción de efectividad de la tutela judicial como fin fundamental de todo ordenamiento jurídico y la afirmación de que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a la tutela cautelar, viene reflejado igualmente en el ATS de 20 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10412) e imprescindible resulta citar la sentencia FACTORTAME del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1990 quien proclama: *"la medida cautelar debe realizar el fin fundamental de todo ordenamiento jurídico, que es la efectividad de la tutela judicial"*.

<sup>666</sup> ORTEGO PEREZ, F., "La tutela cautelar en el arbitraje", *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de la práctica arbitral según la nueva ley de arbitraje 60/2003*, (AAVV), IVDPA, San Sebastián, 2005, pp. 82 y 83.

31.2 LA), nunca de oficio<sup>667</sup>. En este punto se distancia del proceso judicial en el que únicamente será la parte demandante la que pueda solicitar la medida cautelar (art. 721. 1 LEC).

De este modo, la facultad de los árbitros no es plena, sino que se condiciona a que no haya sido excluida por las partes. Las partes podrán suprimir dicha potestad tanto explícitamente donde, por razones de seguridad jurídica, es conveniente que las partes así lo acuerden inicialmente en el convenio arbitral para evitar situaciones que den lugar a confusión<sup>668</sup>, como indirectamente, modalidad que si bien no aparece expresamente recogida en el artículo 23 LA, a ella se refiere tanto el artículo 4 LA como la Exposición de Motivos de la LEC y tendrá lugar cuando las partes acudan a un arbitraje institucional y el reglamento de dicha institución prohíba expresamente que los árbitros adopten medidas cautelares<sup>669</sup>. Mientras las partes no se pronuncien al respecto excluyendo dicha potestad de los árbitros, deberá entenderse que los árbitros si gozan de ella.

Esta potestad de los árbitros consiste en la función declarativa de dictar la medida, pero no ejecutiva, pues esta última corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales. Además, en los supuestos en los que los árbitros no puedan adoptar una medida concreta deberán acudir al auxilio judicial instando al tribunal competente la adopción de la medida cautelar correspondiente.

A título de ejemplo, consideramos que se deberá acudir al auxilio de los órganos judiciales para adoptar medidas tales como el embargo preventivo, las anotaciones registrales de demandas (art. 727 LEC), etc. mientras que no resultará necesario en aquellos supuestos de depósito de cosas muebles (art. 727.3 LEC), la formación de inventarios de bienes (art. 727.4 LEC), etc., en definitiva, en aquellas medidas que no exigen la prestación de un auxilio judicial

---

<sup>667</sup> En este mismo sentido se pronuncia el artículo 722 LEC cuando señala que 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..."*.

<sup>668</sup> A pesar de nada disponer al respecto el artículo 9 LA, al basarse el arbitraje en la autonomía de la voluntad de las partes, razones de seguridad jurídica, tal y como reza CUCARELLA GALIANA, L., hacen aconsejable que esa limitación en materia cautelar quede previamente pactada por escrito. "La potestad de los árbitros para...", cit, p.100.

<sup>669</sup> La gran mayoría de los reglamentos de las instituciones arbitrales internacionales más importantes prevén expresamente la competencia de los árbitros para acordar medidas cautelares, entre ellos destacamos, el artículo 25 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), artículo 23 del Reglamento de la CCI, etc.

para su ejecución pues el árbitro puede hacerlo por sí mismo y, en principio, se supone que las partes van a colaborar al sustentarse el arbitraje en un acuerdo de voluntades. Evidentemente, la falta de cumplimiento voluntario si que justificará la intervención judicial para imponer su cumplimiento forzoso<sup>670</sup>.

## **B) Potestad de los jueces**

No debemos olvidar que la norma arbitral no restringe la opción otorgada a las partes de acudir directamente a las autoridades judiciales a la hora de solicitar medidas cautelares. En este sentido, la Exposición de Motivos de la ley proclama expresamente que la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares que la nueva ley arbitral les concede, *"no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta Ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal"*. Queda claro pues, que la potestad arbitral no es excluyente de la potestad jurisdiccional, al permitir la ley arbitral que tanto los árbitros como los jueces puedan tomar decisiones en materia cautelar<sup>671</sup>.

Una vez más, encontramos en la ley arbitral la posibilidad de intervención de los jueces y tribunales judiciales en el proceso arbitral, en donde, o bien voluntariamente o bien en aquellos supuestos en que resulte necesario, se reclamará su participación en el arbitraje para la adopción de medidas cautelares<sup>672</sup>. Como ya hemos comentado, la tutela cautelar judicial no es una novedad de la ley de 2003, sino que ya venía recogida en la ley de 1988 aunque únicamente en la fase de anulación del laudo.

En este sentido, el artículo 11.3 LA, inspirado en el artículo 9 de la Ley Modelo UNCITRAL, esclarece todas las dudas que se plantearon bajo la vigencia de la ley arbitral de 1988 al respecto y proclama que el convenio

---

<sup>670</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 462.

<sup>671</sup> Vid. SAP Madrid de 20 de septiembre de 2003, (JUR 2003/49045).

<sup>672</sup> HERNÁNDEZ BURRIEL, J., afirma que la denominación genérica "medidas cautelares" permite comprender en ellas tanto las medidas cautelares (arts. 721 y ss LEC), como las diligencias preliminares (arts. 256 y ss LEC) y las medidas de aseguramiento y anticipación de la prueba (arts. 293 y ss LEC). *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. HINOJOSA SEGOVIA), cit., p. 76.

arbitral no priva a ninguna de las partes de la posibilidad de solicitar a los tribunales judiciales la adopción de medidas cautelares<sup>673</sup>.

En la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y como este lugar puede resultar complicado de identificar previamente, en su defecto la ley otorga un fuero subsidiario, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, competencia que viene igualmente señalada en el artículo 8.3 LA<sup>674</sup>; si bien la ley de arbitraje no especifica el órgano competente objetivamente, no se suscita duda alguna respecto a su atribución a los juzgados de primera instancia. Debe tenerse aquí presente la modificación realizada en la LOPJ a través de la LO 20/2003 que modifica el artículo 86 ter, 2.g LOPJ y atribuye a los juzgados mercantiles el conocimiento de los asuntos atribuidos por el artículo 8 LA a los juzgados de primera instancia cuando se trate de materias que ahora son competencia de dichos juzgados<sup>675</sup>.

### 3) Requisitos y presupuestos

La ley arbitral se limita a instaurar un reconocimiento genérico de la facultad de los árbitros para adoptar medidas cautelares, pero no establece ni delimita las medidas que se pueden solicitar ni como deben éstas adoptarse, en este sentido su Exposición de Motivos dice expresamente: *“La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad”*; no existe en esta ley ningún artículo similar al artículo 727 LEC donde se ejemplifican las distintas medidas cautelares que pueden adoptar los órganos jurisdiccionales, por lo que analógicamente consideramos aplicable lo

---

<sup>673</sup> Así lo consideraron ya en su día autores como LORCA NAVARRETE, A.M., *Tratado de Derecho de Arbitraje*, cit., p. 435. En esta línea se pronuncia, a nivel internacional, el artículo VI. 4 del Convenio de Ginebra que predica: *“si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral ni como un sometimiento del asunto al Tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo...”*.

<sup>674</sup> Con este fuero se facilita la adopción de la tutela cautelar, *«máxime si se tiene en cuenta que en ocasiones son, o potencialmente pueden serlo, plurales los lugares en que las medidas deban producir su eficacia»*. BARONA VILAR, S., *“Algunas consideraciones en torno a las medidas cautelares ...”*, cit., p. 96. Sin embargo, autores como FERNÁNDEZ – BALLESTEROS, M.A., consideran que se trata de una decisión de discutible acierto, pues favorece la poco conveniente “dispersión de fueros legales” en relación con el arbitraje. *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, AAVV, (coords. FERNÁNDEZ – BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER J. M y VALLS GOMBAU, J. F.), Iurgium, Barcelona, 2001, p. 3252.

<sup>675</sup> Respecto a la intervención de estos Tribunales me remito a lo dicho en la nota 602.

dispuesto en la LEC, concretamente en sus artículos 726 y 727 LEC, matizando que, en determinadas ocasiones, algunas de estas medidas requerirán el auxilio judicial para su práctica.

Las medidas cautelares en el arbitraje pueden ser de muy diversa índole y, como acabamos de mencionar, atenderemos a la LEC analógicamente<sup>676</sup>. Pero además, si atendemos al arbitraje como medio de solución de los conflictos que surgen en el entorno *on line*, podemos acudir asimismo a la LSSI quien señala en su artículo 41 las siguientes medidas de carácter provisional:

- Suspensión temporal de la actividad del prestador de servicios, y en su caso, cierre provisional de sus establecimientos<sup>677</sup>.
- Precinto, depósito o incautación de registros, soportes y archivos informáticos y de documentos en general, así como de aparatos y equipos informáticos de todo tipo.
- Advertir al público de la existencia de posibles conductas infractoras y de la incoación del expediente sancionador de que se trate, así como de las medidas adoptadas para el cese de dichas conductas.

---

<sup>676</sup> La medidas cautelares en el arbitraje pueden ser de diversas clases, pudiendo distinguir entre: a) Aquellas medidas cautelares específicas contenidas en el artículo 727 LEC, b) Otras innominadas, como por ejemplo, las que consistan en órdenes y prohibiciones y por último, c) Medidas cautelares especiales que aparecen previstas a lo largo de la LEC, como puede ser la suspensión de obra nueva (art. 441.2 LEC) y en este grupo incluimos aquellas medidas reguladas en leyes especiales tales como la Ley sobre Propiedad horizontal. Vid. AAP Madrid de 28 de febrero de 2005, (AC 2005/341).

Sumamente interesante resulta el Auto del JPI de Asturias de 2 de junio de 1999 (AC 1999/1071), donde expresamente señala en su fundamento jurídico séptimo: *“Dado el carácter de «numerus apertus» del sistema de medidas cautelares regulado tanto por el artículo 1428 de la LECiv («las medidas que... sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recaiga»), como por el artículo 134 de Ley de Patentes («las que aseguren debidamente la completa efectividad del eventual fallo que en su día recaiga»), o como por el artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal («las que resulten pertinentes»), deben considerarse pertinentes y necesarias para asegurar el fallo que en su día recaiga, las solicitadas por la entidad «Bestfoods España, SA» en la demanda, consistentes en la prohibición a la demandada del uso en cualquier forma de la denominación Nocilla y del uso del nombre de dominio «nocilla.com», así como el apercibimiento y multa coercitiva diaria, ya que de no adoptarse tales medidas, lo que permitiría a la demandada seguir usando la denominación Nocilla, la sentencia firme que en su día recayera sería muy poco eficaz y el daño a la empresa demandante difícilmente reparable. Asimismo también son adecuadas las medidas... consistentes en el embargo y depósito del nombre del dominio litigioso y la prohibición de efectuar cualquier otro cambio en el mencionado dominio...”*

<sup>677</sup> No ha lugar a la adopción de la medida cautelar solicitada consistente en el cese del servicio de intermediación respecto de los contenidos de la página Web, [www.weblisten.com](http://www.weblisten.com), en el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, de 3 de noviembre de 2004 (AC 2005/45).

En esta línea, el artículo 8 LSSI enuncia: *“En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran”*.

Además, debemos tener presente el artículo 37 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal que indica: *“la Agencia de Protección de datos podrá requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta ley, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos, y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones”*.

En todo caso, independientemente del tipo de medida cautelar que se pretenda adoptar, deberán concurrir los presupuestos exigidos por la ley que son: *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y posible caución, teniéndose que cumplir, además, los requisitos de instrumentalidad, provisionalidad, proporcionalidad, variabilidad y temporalidad, requisitos y presupuestos a los que nos vamos a dedicar a continuación<sup>678</sup>.

### **A) Requisitos**

Las características predicables de las medidas cautelares en el proceso arbitral son exactamente las mismas que en un procedimiento judicial; éstas son:

1) Instrumentalidad: La instrumentalidad es una característica fundamental de las medidas cautelares y consiste en que las medidas deberán ser exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en un eventual laudo estimatorio, de modo que

---

<sup>678</sup> Vid. el AAP Barcelona de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005/111271), donde se describe claramente la función de las medidas cautelares, sus características y los presupuestos necesarios para su adopción.

no pueda verse impedido o dificultado por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente (art. 726.1 LEC)<sup>679</sup>.

Es manifestación o consecuencia de la instrumentalidad de las medidas cautelares el que sólo podrá adoptarse una medida cautelar estando pendiente un proceso arbitral principal y, en el supuesto en el que se puedan obtener previamente a dicho proceso arbitral principal, estarán sometidas a una condición: que la parte beneficiada por la medida lleve a cabo las actuaciones necesarias encaminadas a poner en marcha el procedimiento arbitral.

También es consecuencia de la instrumentalidad el que las medidas cautelares deban extinguirse cuando el proceso principal finalice. La medida cautelar presenta, por tanto, una duración supeditada a la del proceso principal, nace con una duración limitada que impide que sus efectos se prolonguen más allá del laudo final que pone fin al proceso principal y además, debe existir una correlación entre la medida solicitada y el posible contenido del laudo en atención al objeto del proceso, pues la medida adoptada deberá posibilitar la efectividad de la tutela principal<sup>680</sup>.

2) Provisionalidad: Las medidas cautelares deben ser provisionales y condicionadas, se mantendrán en tanto en cuanto cumplan su función de aseguramiento, desapareciendo cuando se extinga el proceso de declaración principal; una vez finalizado éste, la medida cautelar o se convierte en ejecutiva o se alza de modo definitivo (art. 721 LEC).

3) Temporalidad: Las medidas cautelares presentan una duración limitada, son temporales y aunque no puede determinarse su duración con antelación, ésta viene condicionada por la duración del proceso principal del que penden.

4) Variabilidad: las medidas cautelares son variables y susceptibles de modificación y alzamiento (art. 726.2 LEC). Una vez dictada la resolución

---

<sup>679</sup> La instrumentalidad en la medida cautelar significa que la tutela cautelar no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal en función de asegurar su efectividad práctica. Vid. SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2004, (JUR 2004/ 307057) y AAP Cáceres de 2 de noviembre de 2004, (JUR 2004/291123). Vid. respecto de la instrumentalidad de las medidas cautelares, CALAMANDREI, P., *Estudio sobre el proceso civil*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pp. 72 y ss.

<sup>680</sup> En este sentido, vid. ARANGUENA FANEGO, C., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje...*, cit, pp. 426 y 427. Además, si la pretensión que se ha interpuesto ante el árbitro (o juez) no es estimada, la medida deberá extinguirse pues ya no existen bienes jurídicos que deban ser protegidos.

cautelar es posible modificar la medida cautelar siempre y cuando varíen los hechos y circunstancias que motivaron su adopción. Tradicionalmente se ha distinguido entre variabilidad negativa que se produce cuando éstas son alzadas y variabilidad positiva que se dará cuando se modifican.

5) Proporcionalidad: La medida cautelar que se solicite deberá ser proporcionalmente adecuada a los fines que se pretende y, por tanto, no deberá poder ser sustituida por una menos gravosa para el patrimonio del demandado; en este sentido, el artículo 726. 1, 2 LEC indica que la medida no será susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para el demandado. La proporcionalidad se deberá delimitar mediante un juicio de razonabilidad sobre la finalidad que se trata de conseguir y las circunstancias que concurren, potenciándose con ello una menor onerosidad para el demandado<sup>681</sup>.

## **B) Presupuestos**

Cuando son los árbitros los que adoptan medidas cautelares nada se dice en la ley arbitral, pero parece razonable extrapolar el régimen jurídico de la LEC en relación con éstas, al menos, en lo que se refiere a los fundamentos o componentes justificadores de éstas se trata. Es lo que la LEC denomina como presupuestos y vienen recogidos en el artículo 728 LEC, son loo que vamos a exponer a continuación. Cuestión diversa sería que nos halláramos ante una opción por el arbitraje de equidad, dado que si bien la razonabilidad o el leal saber y entender del árbitro pasaría por la concurrencia de una apariencia de posible vencimiento en el proceso y unos riesgos, no se entendería aplicable el régimen jurídico en su conjunto. A título de ejemplo, en aquellos supuestos en que se hubiere producido una situación consentida por el demandante podría adoptarse la medida aún cuando no se aplicase este artículo 728 LEC.

### **a) Fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.**

Para que se pueda adoptar una medida cautelar será necesario que exista una situación jurídica que permita dicha cautela. Por tanto, el peticionario no podrá solicitar cualquier medida cautelar, sino únicamente aquella que sea

---

<sup>681</sup> BARONA VILAR, S., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 856.



idónea para garantizar el buen fin del arbitraje. La apariencia jurídica conlleva que la existencia del derecho o interés afirmado por el solicitante ha de parecer verosímil y suficiente para que según un cálculo de probabilidades se pueda prever que la resolución principal declarará el derecho en el sentido favorable al solicitante de la medida<sup>682</sup>.

Para ello, quien solicita la medida cautelar tendrá que acreditar la apariencia de buen derecho, presentando junto a su petición los datos, argumentos y justificaciones documentales u otros medios que conduzcan a fundar, por parte del árbitro, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, según dispone el artículo 782.2 LEC, por lo que no será suficiente su mera afirmación<sup>683</sup>.

Este presupuesto implica que el arbitro/s, en base a los hechos alegados y su justificación, deberá entrar a valorar este dato antes de adoptar la medida cautelar solicitada, debiendo *«efectuar tan sólo un juicio provisional e indiciario sobre la existencia del derecho que se reclama en el proceso principal. Exigir una certeza para la adopción de la medida cautelar supondría frustrar la finalidad para la que fueron establecidas..., así las cosas, es evidente que lo que en ningún caso podría hacer el tribunal es prejuzgar el fondo del asunto»*<sup>684</sup>.

---

<sup>682</sup> AAP Asturias de 28 de junio de 2002, (JUR 2002/251873).

<sup>683</sup> La justificación documental, como señala ORTELLS RAMOS, M., pierde la exclusividad para acreditar la situación jurídica cautelable, pero conserva cierta prioridad en el sentido de que si atendida la pretensión y su fundamento es normal disponer de justificación documental, la concesión de la medida dependerá de que se aporte esa clase de justificación; en otro caso podrá concederse con base en otros medios de acreditamiento. Además, debe destacarse que, en virtud de normas especiales, para ciertas medidas cautelares sólo se admite el acreditamiento documental y, además, mediante documentos de las características que precisa la ley, por ejemplo, para el embargo preventivo y el depósito judicial especial a los que se refiere el artículo 441.1 LEC, se requerirán los correspondientes contratos en modelo oficial e inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles. *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 178 – 181.

<sup>684</sup> CALDERÓN CUADRADO, M. P., “El nuevo régimen legal de medidas cautelares o la difícil búsqueda de un justo equilibrio entre intereses contrapuestos”, *Revista jurídica de Catalunya*, nº 4, 2001, p. 312. En este sentido, ORTELLS RAMOS, M., manifiesta que para que la medida cautelar pueda cumplir su función, la demostración de la situación jurídica cautelable ha de quedar en el grado de la mera probabilidad, de la prueba semiplena, del acreditamiento, sin necesidad de alcanzar la plena convicción del juez. Por lo que para llegar a esa conclusión o resultado no será necesario poner en marcha todos los medios de prueba, ni siquiera el procedimiento normal de su práctica, sino que la ley considera suficiente un principio de prueba, por regla general resultante de documentos. *La tutela judicial cautelar en el...*, cit., p. 14.

Su falta de reflejo en el laudo podrá implicar su anulación en base al artículo 45.1.f) LA, es decir, por el motivo de ser un laudo contrario al orden publico.

### **b) Periculum in mora**

Consiste en la eventual posibilidad o riesgo de que la duración del proceso origine situaciones perjudiciales para aquél que reclama su derecho, existiendo peligro de inejecución o ineffectividad de la sentencia estimatoria. Formulado este presupuesto como un concepto jurídico indeterminado, impone al demandante la carga de individualizar la situación concreta que impide o dificulta la efectividad de la tutela<sup>685</sup>. Aunque la ley arbitral nada menciona al respecto, parece obvio que quien solicite la medida cautelar a los árbitros deberá presentar todos aquellos datos que evidencien su necesidad<sup>686</sup>.

Ante la ausencia de reflejo en la ley arbitral de este presupuesto, acudimos a la LEC, concretamente a su artículo 728.1 LEC, el cual señala: *“Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”*. Estas situaciones, tal y como señala CALDERÓN CUADRADO, podrán venir provocadas tanto por lo que se conoce como peligro de infructuosidad o imposibilidad de ejecución como por el llamado peligro de retardo cuando el simple retraso en conseguir la tutela pretendida puede suponer una ineffectividad, incluso total del laudo<sup>687</sup>.

En esta misma línea, ORTELLS RAMOS, clasifica los riesgos que se pueden presentar en<sup>688</sup>:

- Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto como, por ejemplo, puede ocurrir ante el riesgo de insolvencia del demandado que pueda frustrar la ejecución genérica.

---

<sup>685</sup> CALDERÓN CUADRADO, M. P., *“El nuevo régimen legal de medidas cautelares...”*, cit., p. 312.

<sup>686</sup> Vid. AAP Madrid de 24 de septiembre de 2001, (JUR 2002/9293).

<sup>687</sup> CALDERÓN CUADRADO, M. P., *“El nuevo régimen legal de medidas cautelares...”*, cit., p. 312. Además, ya hemos dicho que las actividades que se desarrollan en el ciberespacio pueden provocar daños irreparables en un lapso de tiempo mínimo.

<sup>688</sup> *La tutela judicial cautelar en el...*, cit., p.14.

- Riesgos que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica o a la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad.

- Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos del laudo.

- Riesgos de ineffectividad que derivan del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos del laudo en cuanto dicho retraso supone por sí una lesión irreversible de tal situación.

Será, por tanto, obligación de quien solicita la medida cautelar, afirmar y probar la existencia de dicho *periculum in mora*, es decir, la eventual situación que impida o dificulte la efectividad de la tutela que pretende. Dicho acreditamiento podrá realizarse a través de cualquiera de los medios probatorios legalmente previstos y no únicamente mediante la prueba documental.

### **c) Necesidad de prestación de caución**

A este presupuesto hace expresamente referencia la ley de arbitraje en su artículo 23.1 *in fine* LA al indicar: "*los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante*". El solicitante de la medida cautelar debe garantizar los costes que pueda originar la medida cautelar pertinente así como los daños y perjuicios que pueda ocasionar su improcedencia al sujeto pasivo. Por tanto, la finalidad de dicha caución reside en la obtención de cantidad suficiente para responder de los eventuales daños y perjuicios que puedan provocar las medidas cautelares al demandado en el caso de revocación de éstas<sup>689</sup>. Este presupuesto no exime del cumplimiento de los dos presupuestos anteriores.

Ante la parquedad en su regulación acudimos, una vez más, a la LEC donde en esta misma línea el artículo 728.3 LEC proclama: "*Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar*

---

<sup>689</sup> El AAP Castellón de 11 de septiembre de 2003 (JUR 2003/226107), define la caución como un medio de asegurar la exigencia de la responsabilidad oportuna derivada de pretensiones irreales o inconsistentes y también un instrumento para disuadir al solicitante de formular peticiones infundadas ó gratuitas.

*al patrimonio del demandado*". Atenderemos, además, a los artículos 732.2, 734, 735 y 737 LEC.

Esta caución podrá prestarse en cualquiera de las formas admitidas en nuestro Derecho y, en concreto, por las indicadas en el artículo 529.3 LEC que son: dinero efectivo, aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate. Corresponderá a los árbitros libremente decidir la idoneidad y cuantía de la fianza (art. 737. II LEC), resultando aconsejable que determinen dicha caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realicen sobre el fundamento de la solicitud de la medida cautelar.

En todo caso, si nos centramos en el tenor literal del artículo 23 LA, en el arbitraje se deja en manos del árbitro la decisión sobre dicha caución. Nos preguntamos, entonces, que ocurrirá en el supuesto de hallarnos ante alguno de los arbitrajes sectoriales gratuitos que existen en nuestro ordenamiento jurídico, tales como el arbitraje de consumo y consideramos que el árbitro podrá suprimir dicha exigencia, a pesar de apartarse de lo que ocurre en el orden judicial, en el que su importancia y necesidad ha provocado que no se exima su prestación al solicitante beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita, pues este beneficio no figura en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. La respuesta se encuentra en delimitar si es presupuesto de adopción o no de las medidas cautelares y, al respecto – consideramos- que es un presupuesto de ejecución de tales medidas, pero no de adopción.

Podríamos plantearnos una hipotética posibilidad de pacto excluyente de caución entre las partes. Sería factible, aun cuando quedarían sin garantías los daños y perjuicios a los que se pudiese condenar al demandante en el caso de que la medida careciera de fundamento.

#### 4) Momento para adoptar una medida cautelar

El artículo 23 LA parte del hecho de que los árbitros únicamente podrán adoptar medidas cautelares pendiente el proceso arbitral. Ello no significa que las partes en un proceso arbitral no puedan solicitar medidas cautelares *ante causam*, pues éstas podrán hacerlo aunque únicamente ante un órgano jurisdiccional, tal y como ya en su día permitió la LEC y ahora corrobora y clarifica la nueva ley arbitral.

Las medidas cautelares solo podrán ser adoptadas por el árbitro una vez haya aceptado su nombramiento en virtud del artículo 16 LA, pues la lógica demuestra que un árbitro únicamente podrá comenzar sus funciones una vez haya aceptado su encargo, por lo que consideramos que la nueva regulación que contempla la ley respecto al comienzo del arbitraje prevista en el artículo 27 LA no condicionará en modo alguno la adopción de las medidas cautelares en un arbitraje. Tras dicha aceptación, las medidas cautelares se podrán solicitar ante el árbitro en cualquier momento del arbitraje, realizándose tal petición normalmente con la demanda a la que se refiere el artículo 29.2 LA, aunque igualmente se podrá solicitar en cualquier momento posterior, siempre y cuando las partes no hubieran pactado otra cosa<sup>690</sup>.

No debemos olvidar que las potestades jurisdiccional y arbitral son concurrentes, por lo que las partes podrán acudir a cualquiera de estos órganos para solicitar la medida cautelar que estimen necesaria y en el supuesto de que se solicite al juez, sí podrá hacerse antes de que el procedimiento haya comenzado.

En cuanto al *dies ad quem* para solicitar dichas medidas al árbitro, aunque la ley arbitral nada diga al respecto, consideramos que será el momento en que terminen las actuaciones arbitrales, que según el artículo 38 LA será aquel en el que los árbitros dicten el laudo final. A partir de entonces, si la parte que ha obtenido el laudo a su favor pretendiera solicitar una medida cautelar deberá dirigirse a los órganos jurisdiccionales. Lo más usual en estos casos es solicitar medidas ejecutivas, pero no existe óbice alguno a que fueren

---

<sup>690</sup> En el proceso judicial civil, el artículo 730 LEC alude a los momentos en los que las medidas cautelares podrán ser solicitadas y distingue entre: cuando se instan con la demanda principal, con anterioridad o con posterioridad a la misma. Como regla general, la petición de medidas cautelares se realizará con la demanda principal.

medidas cautelares cuando las mismas sirviesen a los fines pretendidos (art. 700 LEC).

Nuestra ley arbitral, siguiendo la novedad fundamental introducida en la ley de enjuiciamiento civil, permite que se puedan solicitar medidas cautelares en el arbitraje incluso con anterioridad al comienzo del proceso principal, siempre y cuando claro está, concurren los presupuestos y requisitos necesarios para ello. En definitiva, faculta la existencia de las denominadas medidas cautelares *ante causam*.

Con base en ello, existiendo un convenio arbitral entre dos partes y antes de que comience el arbitraje, la posible solicitud de medidas cautelares tendrá que dirigirse a los jueces y tribunales competentes. Por tanto, las medidas cautelares *ante causam* únicamente están previstas para los supuestos en los que se soliciten de un tribunal jurisdiccional y no del árbitro. A la LEC nos remitimos a la hora de determinar el juez competente, las medidas que se deberán adoptar, etc.

Del artículo 722 LEC, titulado "medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigios extranjeros", se desprende el permiso a los jueces de adoptar medidas cautelares durante la pendencia de un proceso arbitral pero no antes de su inicio, excepto en el supuesto de encontrarnos ante un arbitraje institucional en el que se ha presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente, por lo que debemos relacionar este precepto con el artículo 730 LEC que soluciona dicha cuestión.

Al respecto, el artículo 730 LEC si bien expresa que las medidas cautelares se solicitarán de ordinario junto con la demanda principal, su apartado segundo otorga la posibilidad de que éstas se soliciten con carácter previo a la demanda; el precepto exige que si se pretenden instar dichas medidas cautelares *antes de la demanda*, se deberá acreditar por quien las solicita razones de urgencia o necesidad<sup>691</sup>. En este supuesto, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda arbitral no se

---

<sup>691</sup> El término "urgencia o necesidad" es abstracto y jurídicamente indeterminado. Al respecto, GASCÓN INCHAUSTI, F., considera que se debe tratar: a) De una situación en la que la respuesta judicial rápida deviene incompatible con el tiempo necesario para la preparación y presentación de la demanda y, b) De una situación de necesidad que se pueda paliar únicamente a través de la adopción de la medida cautelar, so pena de incurrir en fraude procesal. *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Cedecs, Barcelona, 1999, pp. 43 - 44.

presentase ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción, y se acordará el alzamiento o revocación de los actos de cumplimiento que se hubieren llevado a cabo. En definitiva, reconoce indudablemente de este modo la ley expresamente la posibilidad de adoptar medidas cautelares *ante causam* en el proceso judicial civil.

Tras la lectura de ambos preceptos, nos preguntamos si, al igual que ocurre en el proceso judicial, también se pueden adoptar medidas cautelares antes del procedimiento arbitral y, para ello acudimos al párrafo tercero de este mismo artículo quien señala claramente: *"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"*, por lo que si se podrán solicitar dichas medidas cautelares *ante causam* pero ya no regirá el plazo de veinte días para la presentación de la demanda ante el tribunal competente que se exige en la adopción de medidas cautelares *ante causam* en un proceso jurisdiccional, sino que bastará con que la parte beneficiada por la medida lleve a cabo las actuaciones necesarias encaminadas a poner en marcha el procedimiento arbitral.

Ciñéndonos ahora a la ley arbitral, el artículo 11 LA incluye en su último apartado la posibilidad ya recogida en la LEC, que siguiendo la línea del artículo 9 de la Ley Modelo UNCITRAL indica: *"El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas"*; en este mismo sentido, la Exposición de Motivos de la LA revela que dicha solicitud de medidas cautelares no supone, en modo alguno, renuncia tácita al arbitraje, tratando de evitar así la confusión de que la solicitud de medidas cautelares a la jurisdicción se entienda como una renuncia o una sumisión tácita al arbitraje pactado<sup>692</sup>. El artículo 11.3 LA trata simplemente de

---

<sup>692</sup> La Exposición de Motivos reza así: *"Y se aclara que la solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone en modo alguno renuncia tácita al arbitraje; aunque tampoco hace actuar sin más el efecto negativo del convenio arbitral. Con ello se despeja cualquier duda que pudiese subsistir acerca de la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje, aún antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado. Esta posibilidad es indudable a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero es importante que se recoja también en la legislación de arbitraje. Además, da cobertura a una*

evitar que, por el mero hecho de que exista un convenio arbitral, se impida la posibilidad de una actividad jurisdiccional cautelar tanto antes como después del arbitraje.

Nos cuestionamos, entonces, si en el caso en el que se soliciten medidas cautelares *ante causam* ante un órgano jurisdiccional, es este mismo órgano el que deberá adoptar las posteriores medidas cautelares que soliciten las partes durante la tramitación del proceso arbitral. Consideramos que no existe ningún inconveniente en que las partes durante la tramitación del procedimiento arbitral soliciten medidas cautelares de los árbitros, a pesar de haberse solicitado con anterioridad medidas cautelares a un órgano jurisdiccional, pues, como hemos dicho, las potestades arbitral y jurisdiccional en esta materia son concurrentes y no tienen por qué los órganos jurisdiccionales adoptar en exclusiva las medidas cautelares. Lo mismo ocurre cuando nos encontramos ante la situación en la que un órgano judicial deniega una medida cautelar *ante causam* y la parte decidiera, una vez comenzado el proceso arbitral, replantearla ante el árbitro; en este caso pensamos que siempre y cuando se den las circunstancias del artículo 743 LEC, que predica el carácter provisional de las medidas cautelares y las circunstancias que en su momento se alegaron varían, nada obsta a que se pueda de nuevo replantear la adopción de una medida inicialmente denegada (tanto ante el árbitro como ante el órgano jurisdiccional).

Antes de finalizar debemos reflexionar acerca de la posibilidad de que sean los árbitros quienes adopten dichas medidas cautelares *ante causam*. En nuestra opinión, el silencio de la ley debemos interpretarlo negativamente, pues una situación como ésta –consideramos– requiere de dicho pronunciamiento legal para que pueda afirmarse, por lo que la ausencia de precepto en la ley que regule la posibilidad de los árbitros de adoptar dichas medidas cautelares, como situación excepcional que es, no permite su reconocimiento; además, el artículo 11.3 LA se refiere únicamente a los órganos jurisdiccionales. A ello debemos añadir el argumento fundamental de que en la adopción de medidas cautelares *ante causam*, los árbitros todavía no han sido nombrados ni consecuentemente han aceptado su cargo, por lo que difícilmente las partes

---

*eventual solicitud de medidas cautelares ante un tribunal extranjero respecto de un arbitraje regido por la Ley española”.*



podrán acudir a ellos en aras de la solicitud de dicha medida cautelar *ante causam*<sup>693</sup>.

## 5) Procedimiento cautelar

Podrán solicitar medidas cautelares quienes estén interesados, es decir, aquellos que son o han sido parte en el procedimiento arbitral, o en el caso de las medidas cautelares *ante causam*, exista un convenio arbitral entre ellas y concurren los presupuestos y requisitos necesarios para ello. La intervención de abogado y procurador será preceptiva en el supuesto en que se acuda ante el orden jurisdiccional para solicitar la medidas cautelares, mientras que si es el árbitro quien debe adoptar las medidas cautelares, su intervención no será necesaria.

Cuando sea el juez el que adopta las medidas cautelares habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 721 a 747 LEC, a los que nos remitimos. Sin embargo, vamos a centrarnos en la actividad cautelar de los árbitros, donde debemos tener en cuenta, en primer lugar, que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes reinará el proceso cautelar, así lo demuestra el artículo 23 LA que comienza de la siguiente manera: "*Salvo acuerdo en contrario de las partes...*"; en este sentido, las partes podrán acordar si el procedimiento se va a desarrollar oralmente, cómo deberá presentarse la solicitud cautelar, los plazos correspondientes, etc.

La ley arbitral guarda silencio respecto al procedimiento de adopción de las medidas cautelares en el arbitraje, por lo que, en defecto de lo que acuerden las partes, los árbitros podrán indicar la pauta procedimental que consideren oportuna en orden a la adopción de medidas cautelares al amparo de lo previsto en el artículo 25 LA, pudiendo ésta coincidir o no con la prevista en la LEC, sin más limitación que el respeto de los principios que se predicen en el artículo 24 LA de contradicción, igualdad, defensa y audiencia. Por tanto, en la adopción de medidas cautelares los árbitros no están sometidos a la LEC; si así lo hacen, será porque previamente en este sentido lo han decidido las

---

<sup>693</sup> En este mismo sentido, BARONA VILAR. S, en, *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, p. 870. La autora afirma: «*las dificultades de operatividad, amén de la imposibilidad real de que el órgano esté conformado con tiempo suficiente para la tramitación de una medida cautelar ante causam, juegan un papel decisivo a los efectos de negarle atribución a los árbitros en este ámbito, quedando por ello, reservado a la competencia de los órganos jurisdiccionales*».

partes o los árbitros, o bien porque existe remisión a la LEC en el reglamento institucional aplicable.

En lo que a la solicitud de la medida cautelar correspondiente se refiere, la ley arbitral guarda silencio respecto a su forma y contenido, por lo que, acorde con la LEC, entendemos que se deberá formular con claridad y precisión, justificando cumplidamente acompañados de los documentos oportunos, la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción (art. 732.1 LEC). Además, deberá referirse a todo un elenco de elementos subjetivos, tales como la calidad del solicitante, la identificación del sujeto pasivo de la medida, etc. y a otros elementos objetivos como son las concretas medidas cautelares que se solicitan. Lo normal será que se presente por escrito y admitiendo la ley arbitral la utilización de los nuevos medios de comunicación, en el arbitraje *on line* se presentará la solicitud por medios electrónicos<sup>694</sup>.

En cualquier modo, en cumplimiento de los artículos 24 y 30 LA, en la adopción de medidas cautelares deberá garantizarse la contradicción de las partes, es decir, se adoptará la medida correspondiente previa audiencia del sujeto frente al que se pide la adopción de la medida, tal y como ocurre en el proceso civil (art. 733.1 LEC). Nos planteamos por tanto si, a pesar del silencio de la ley, es posible una medida adoptada *inaudita parte* y consideramos que para que ello sea posible, deberán acreditarse razones de urgencia tales que justifiquen su adopción antes de la audiencia contradictoria o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar (art. 733. 2 LEC). El árbitro será quien aprecie si, en atención a las circunstancias concurrentes, la medida cautelar deberá acordarse previa audiencia del demandado o si por el contrario, previa petición del solicitante, dicha audiencia no resulta necesaria en este momento concreto. En todo caso, posteriormente se le deberá ofrecer al demandado la posibilidad de oposición a la medida cautelar adoptada de

---

<sup>694</sup> En este sentido, CALDERÓN CUADRADO, P., señala: «La petición, pese al silencio legal, deberá formularse por escrito y contener las referencias subjetivas y objetivas precisas, entre ellas las relativas a las partes, los presupuestos de adopción, el ofrecimiento de caución y la concreta cautela o cautelas que, de forma alternativa (proporcionalidad) o acumulada, se pretenda. Irá, en su caso, acompañada de la correspondiente justificación documental y de la proposición de prueba». “El nuevo régimen legal de medidas cautelares...”, cit., p. 320.

modo similar a lo previsto para el procedimiento judicial en los artículos 739 – 742 LEC<sup>695</sup>.

En el seno de la UNCITRAL se está tratando de incluir en la reforma del artículo 17, la posibilidad de adoptar la medida cautelar sin oír previamente a la parte que debe soportarla, siempre y cuando concurra la urgencia de dicha medida y el temor a que se vea frustrado su objetivo, incluso se hace referencia a la distinción entre medidas cautelares y órdenes preliminares; las primeras con contradicción, la segundas sin ellas, (se trata del paso previo a la adopción de medidas cautelares).

Es el artículo 734 LEC quien determina que, una vez se recibe la solicitud de la medida cautelar, el tribunal convocará a las partes a una comparecencia o vista donde se decidirá sobre la tutela pedida. En el arbitraje *on line* dicha audiencia se hará por medio de videoconferencia en la que las partes expondrán cuanto convenga a su derecho, el actor tratará de aclarar lo expresado en la solicitud de la medida cautelar mientras que el demandado podrá formular una contestación a la demanda cautelar, pronunciándose oralmente. En esta misma audiencia, las partes podrán practicar los medios de acreditamiento necesarios para la prueba de las alegaciones que han formulado respecto a las medidas cautelares<sup>696</sup>.

No debemos olvidar que además, aquel frente a quien se han acordado medidas cautelares, si la medida le resulta especialmente gravosa, puede solicitar que se le autorice a prestar caución sustitutoria para evitar que las medidas cautelares se cumplan o ejecuten (arts. 746.1 y 747 LEC)<sup>697</sup>.

En todo momento debemos ser conscientes de que las medidas cautelares dependen de un proceso principal, de ahí la nota de

---

<sup>695</sup> Los reglamentos de algunas instituciones arbitrales prevén dicha situación, entre ellas destacamos el artículo 22 del Reglamento del TAB que señala que las medidas cautelares, “*podrán adoptarse sin audiencia previa de la parte agravada por la medida, excepcionalmente y por razones de suma urgencia o riesgo de frustración*”. La ley arbitral de 1988 no permitía sostener dicha posibilidad de adoptar medidas cautelares sin audiencia del sujeto pasivo.

<sup>696</sup> Debemos tener en cuenta que la nueva ley arbitral predica que, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la práctica de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones se sustanciarán solamente por escrito (art. 30 LA). Por tanto, en el arbitraje esta audiencia podrá ser suprimida por los árbitros si así lo consideran oportuno y gozan del apoyo de las partes.

<sup>697</sup> Respecto a dicha prestación sustitutoria véase, FERNANDEZ – BALLESTEROS, M.A., “Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares” en *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), cit., pp. 276 - 278.

instrumentalidad que se predica de las mismas. Con base en ello, la validez de la medida cautelar deberá limitarse a la duración del proceso arbitral ubicando, como ya hemos dicho, el pronunciamiento del laudo como el momento final de dichas medidas. Por tanto, adoptadas las medidas, se mantendrán en vigor durante toda la pendencia del proceso arbitral siempre y cuando no se alteren ni desaparezcan los presupuestos que justificaron su adopción, en cuyo caso, el árbitro, previa solicitud de parte, deberá acordar su modificación o revocación<sup>698</sup>.

## 6) Laudo cautelar

Se manifiesta de nuevo el antiformalismo que impera en la ley arbitral, donde no simplemente se silencia la forma que deben presentar las decisiones de los árbitros que adoptan medidas cautelares, sino que además expresamente señala la ley, *“cualquiera que sea la forma que revistan”*. Sin embargo, indudablemente la forma que debe revestir la decisión del árbitro adoptando una medida cautelar será la de laudo, concretamente la de laudo parcial y provisional (art. 37.1 LA); la Exposición de Motivos de la ley así lo refleja. En todo caso, deberá ajustarse a las exigencias contenidas en el artículo 37 LA, plasmándose por escrito en el que conste la fecha y lugar del arbitraje. En el arbitraje *on line* dicho laudo se emitirá por medios electrónicos como reconoce la nueva ley arbitral.

Sin embargo, revestirá la forma de auto la decisión que adopte el juez al acordar una medida cautelar (art. 206.2, 2º LEC en relación con el art. 245 LOPJ) cuando ante los jueces se hayan solicitado dichas medidas. Acudiremos a la LEC para estudiar sus requisitos, forma y contenido, integrando evidentemente con el sistema cautelar general pergeñado en la ley arbitral.

---

<sup>698</sup> Sin embargo, conviene resaltar las precisiones ya realizadas por ORTELLS RAMOS, M., al respecto, pues la noción consistente en que la instrumentalidad conlleva que la terminación del proceso principal provoca la del proceso cautelar, si bien es cierta conviene resaltar: a) Si al finalizar el proceso principal se encuentra pendiente de resolución la oposición a la medida cautelar, estas actividades no deberán extinguirse, b) La terminación del proceso principal sin sentencia estimatoria de la demanda, provoca que se alcen las medidas cautelares adoptadas y se iniciará un incidente por el cual se deberá indemnizar por los daños y perjuicios causados por dicha medida; para asegurar la ejecución de la resolución del incidente se mantendrá la fianza que fue presupuesto para conceder la medida y finalmente, 3) Si el proceso principal finaliza con sentencia estimatoria, los efectos de la medida cautelar se aprovecharán en el proceso de ejecución generalmente haciendo innecesarios algunos actos de éste, por ejemplo el embargo preventivo, posibilita pasar directamente a la realización forzosa. *La tutela judicial cautelar en el...*, cit., pp. 33-34

En ambos supuestos, la decisión que adopte el órgano correspondiente podrá: a) Estimar la medida cautelar, debiendo contemplar imprescindiblemente tanto la medida cautelar que acuerda como el régimen jurídico al que está sometida y, en segundo lugar deberá señalar la forma, cuantía y momento en que debe presentarse la fianza correspondiente (art. 735. 2 LEC) o, b) Desestimarla, con una motivación suficiente de las razones que le han llevado al árbitro a rechazar la medida cautelar.

Encontramos una ventaja a la hora de tomar la decisión sobre si se acude al juez en vez de al árbitro para solicitar la tutela cautelar, ésta consiste en la posibilidad de impugnar la decisión del juez sobre la medida cautelar, mientras que en el proceso arbitral no podrá hacerse, sino que únicamente se podrá interponer una acción de anulación (art. 41 LA). En el orden judicial existen dos vías para atacar el auto del juez que adopta medidas cautelares, éstas son: a) La interposición de medios de impugnación, concretamente del recurso de apelación, en el caso en que se hubiere dictado la resolución cautelar con contradicción previa (art. 735. 2, II y 736 LEC) y, b) La interposición de la demanda de oposición en el caso de que se hubiere dictado sin contradicción previa (arts. 739 y ss LEC).

### **A) Anulación**

El laudo que adopta medidas cautelares es irrecurrible. Como manifiesta BARONA VILAR, los argumentos que se pueden esgrimir son los propios que justifican la irrecurribilidad de la decisión arbitral en todo proceso arbitral, de tal modo que si no es posible una segunda instancia frente a la decisión final que se adopta al finalizar el proceso arbitral, tampoco será posible el recurso cuando de decisiones parciales específicas se trate, como es el caso del laudo que adopta medidas cautelares. Ello no es óbice a la posibilidad de que se cuestione la tutela cautelar, principalmente en cuanto al desarrollo del proceso cautelar se trata o la posible validez de la decisión arbitral, por incurrir en algunas de los motivos de anulación previstos en la ley arbitral<sup>699</sup>.

En definitiva, no se trata de un recurso, como acabamos de mencionar, sino de una acción de anulación, consecuentemente, no se pretende alzar una

---

<sup>699</sup> "El procedimiento arbitral", cit.

medida cautelar determinada por no estar de acuerdo con la misma, sino que de lo que se trata es de anular dicha decisión del árbitro por determinados motivos que vienen plasmados en el artículo 41 LA, por ejemplo, porque no se ha notificado la decisión a una de las partes, porque se ha contrariado el orden público procesal, etc., en definitiva, porque se ha podido provocar una situación de desigualdad, favoreciendo a una de las partes del proceso arbitral y perjudicando a la otra, y provocando indefensión a la parte que debe soportar la medida cautelar. Un supuesto ejemplificativo sería la decisión cautelar inaudita parte debitoris sin posibilidad de procedimiento de oposición posterior a la medida.

A la hora de proceder a la anulación de la medida cautelar, el artículo 23.2 LA se limita a indicar: *“a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”*. Por lo que respecto a la anulación del laudo que adopta medidas cautelares, la misma ley de arbitraje se remite a las normas sobre anulación del laudo previstas en la ley arbitral, concretamente a los artículos 40 - 42 LA; con base en éstos preceptos, contra el laudo que adopta medidas cautelares cabe ejercitar la acción de anulación del laudo ante la Audiencia Provincial del lugar donde éste se hubiere dictado (art. 8.5 LA) y deberá interponerse dentro de los dos meses siguientes a su notificación.

Para su anulación debemos acomodar la regulación general de los preceptos de la ley arbitral relativos a la anulación del laudo (arts. 40 – 42 LA) al supuesto concreto de anulación del laudo provisional de medidas cautelares donde, siguiendo a CUCARELLA GALIANA y a título de ejemplo, el motivo que prevé la letra a) del artículo 41 LA permitirá impugnar la decisión arbitral sobre medidas cautelares cuando las partes hubieran excluido previamente a los árbitros de dicha potestad para adoptar medidas cautelares y éstos hubieran adoptado una decisión al respecto; por el motivo previsto en la letra b) consideramos se podrá impugnar el laudo que adopte medidas cautelares cuando no se haya permitido al sujeto pasivo de la medida una contradicción suficientemente adecuada para hacer valer sus derechos; el motivo c) podría invocarse cuando los árbitros hubieran adoptado una medida cautelar en relación a una situación jurídica sobre la que no versa el procedimiento arbitral;

la letra e) se podrá alegar cuando el árbitro adopte una medida cautelar con base en una situación jurídica para la que el ordenamiento jurídico no permite el arbitraje y, finalmente en lo que a la letra f) se refiere, se podrá impugnar el laudo de adopción de una medida cautelar cuyos efectos fueran contrarios al orden publico<sup>700</sup>.

Nos preguntamos si dicha acción de anulación presenta efectos suspensivos o no respecto de la ejecución de la resolución por la que los árbitros resuelven sobre las medidas cautelares. Consideramos que en el supuesto en que los árbitros denieguen la medida cautelar no se producirá efecto suspensivo alguno, aunque si los árbitros si adoptaran dicha medida cautelar tampoco se producirá tal efecto, pues si así fuera, la tramitación de dicha anulación podría provocar la realización de actuaciones por la parte que debe soportar dicha medida que podría llevar a que ésta, una vez resuelta la impugnación ya no tuviera sentido y hubiera perdido toda su eficacia<sup>701</sup>.

## **B) Ejecución**

Una vez la medida cautelar ha sido acordada deberá procederse a su ejecución. En lo que a la ejecución del laudo cautelar atañe, la misma Exposición de Motivos de la ley señala: *“Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta Ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes”*. Por tanto, queda claro que los árbitros carecen de dicha potestad ejecutiva y que su competencia se limita a la potestad declarativa de la tutela cautelar. Es por ello que los árbitros deben acudir para hacer efectiva la medida cautelar al auxilio de los jueces y tribunales aunque, claro está, únicamente en aquellos supuestos en los que la parte gravada no decida cumplir la medida cautelar voluntariamente.

No se establece en la LA el órgano jurisdiccional competente para la ejecución de las medidas cautelares, la ley únicamente se refiere al órgano

---

<sup>700</sup> “La potestad de los árbitros...” cit., p. 105.

<sup>701</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 474.

judicial competente para adoptar la medida pero no para llevar a cabo su ejecución, por tanto, consideramos que deberá tenerse en cuenta el título VIII LA, concretamente su artículo 44 LA quien en materia de ejecución forzosa del laudo se remite expresamente a lo dispuesto en la LEC. De conformidad con ello, el órgano competente para su ejecución será, en virtud del artículo 8. 4 LA, el juzgado de primera instancia o, en su caso, mercantil del lugar en que se haya dictado el laudo provisional, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>702</sup>. Asimismo, nos planteamos si puede negarse el juez a despachar la ejecución de una medida cautelar; los argumentos al respecto, son los mismos que en la ejecución del laudo firme, por lo que al estudio de dicha ejecución nos remitimos<sup>703</sup>. Cabe, en todo caso, el control formal, pero no un control sobre el fondo, dado que si así fuere, estaríamos confiando al juez de ejecución, la segunda instancia.

### C) Eficacia

A la hora de estudiar la eficacia del laudo que adopta medidas cautelares debemos distinguir tres situaciones que, siguiendo a GARBERÍ LLOBREGAT, son<sup>704</sup>:

a) Cuando ante medidas cautelares *ante causam* nos encontremos, su eficacia y mantenimiento dependerá de que las partes en el proceso insten el arbitraje y lo pongan en marcha concurriendo los presupuestos y requisitos necesarios para ello.

b) Si se adoptan las medidas cautelares durante la pendencia del proceso arbitral, éstas mantendrán su eficacia mientras no varíen las circunstancias que provocaron su adopción.

c) La decisión de fondo adoptada por los árbitros afectará a la eficacia de las medidas cautelares. Si el laudo final no es favorable a las pretensiones de la parte que obtuvo en su beneficio la medida cautelar, el tribunal, de oficio, deberá ordenar el inmediato alzamiento de las medidas cautelares adoptadas.

---

<sup>702</sup> Recordemos, una vez más, la reforma legislativa que el artículo 86 ter g) LOPJ introdujo que atribuye a los juzgados mercantiles el conocimiento de los asuntos atribuidos por el artículo 8 LA a los juzgados de primera instancia cuando se trate de materias que ahora son competencia de dicho juzgados.

<sup>703</sup> Cfr. pp. 438 y ss.

<sup>704</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, p. 476.



Por el contrario, si el laudo es favorable a éste, el mantenimiento de la medida cautelar debe continuar hasta que se inste la ejecución del laudo pues, según el artículo 731 LEC, deberán mantenerse, al menos, hasta que transcurra el plazo de veinte días desde la notificación de la resolución para instar ejecución de la resolución condenatoria que impone el artículo 548 LEC. Una vez haya transcurrido dicho plazo sin haberse instado, éstas perderán su eficacia y deberán alzarse. Sin embargo, no perderán su eficacia durante los diez días siguientes a la notificación del laudo, en donde las partes podrán solicitar su aclaración, complementación o corrección (art. 39 LA)<sup>705</sup>.

En definitiva, tal y como ha señalado ORTELLS RAMOS, las medidas cautelares provocan diferentes clases de efectos que, al mismo tiempo, originan distintas clases de medidas cautelares atendiendo a su contenido, éstos son<sup>706</sup>:

a) Efectos de aseguramiento, que tratan de mantener o provocar una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos del laudo principal, puedan efectivamente hacerlo sin ningún tipo de obstáculo. Ejemplo de dicho efecto se manifiesta en el embargo preventivo.

b) Efectos de conservación pero no de simple aseguramiento en donde se trata de dar un paso adelante respecto del anterior efecto. Trasciende de los efectos de aseguramiento, y trata de mantener el estadio previo al conflicto en atención al resultado del laudo. Ejemplo de dicho efecto lo hallamos en la suspensión de acuerdos impugnados de sociedades, impidiendo que puedan ser ejecutados.

c) En tercer lugar, las medidas cautelares pueden llegar a alcanzar unos efectos innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión deducida en el proceso arbitral principal. Si bien se trata de supuestos excepcionales, ahora tratamos de introducir una innovación y no simplemente de conservar la situación con la que nos encontrábamos. Ejemplo de ello lo podemos encontrar en la pensión provisional a determinado sujetos.

---

<sup>705</sup> En los supuestos de aclaración, corrección o complementación del laudo contemplados en el artículo 39 LA, la solicitud de dichas medidas también podrá dirigirse a los árbitros.

El alzamiento de las medidas cautelares también será posible cuando concurra renuncia, transacción que presente acuerdo de satisfacción extraprocésal o caducidad. Vid. YANEZ VELASCO, R., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 460.

<sup>706</sup> *La tutela judicial cautelar en el...*, cit., pp. 18 – 20.

La Exposición de Motivos de la ley señala: *“El laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable”*; dicha afirmación nos lleva a plantearnos si el laudo parcial que se pronuncia respecto a las medidas cautelares produce eficacia de cosa juzgada al igual que el laudo definitivo<sup>707</sup>.

Como ya hemos comentado, las medidas cautelares presentan un naturaleza variable pues se adoptan y mantienen siempre y cuando concurren unas circunstancias, circunstancias que pueden variar. En este sentido el artículo 736.2 LEC señala: *“Aun denegada la petición de medidas cautelares, el actor podrá reproducir su solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición”*. Por tanto, si los hechos y circunstancias se mantienen, la resolución dictada permanecerá inalterable y podrá alegarse su eficacia de cosa juzgada cuando se pretenda su alzamiento, modificación o supresión de la medida, mientras que si los hechos varían, no existirá ningún obstáculo para que se vuelva a solicitar la medida denegada, ya sea a los árbitros o a la jurisdicción y no podremos hablar de cosa juzgada puesto que la *causa petendi* resulta diferente.

Además, el artículo 743 LEC señala: *“Las medidas cautelares podrán ser modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas”*. Acudiremos, entonces, a los artículos 744 y 745 LEC que regulan concretamente el alzamiento de las medidas cautelares.

Dos problemas pueden surgir a la hora de dotar de efectividad la tutela cautelar cuando ante actividades o servicios de la sociedad de la información nos encontremos, especialmente cuando de problemas surgidos en el comercio electrónico se trate<sup>708</sup>:

---

<sup>707</sup> Se trata de una cuestión que ha sido fuertemente discutida por la doctrina, existiendo dos posturas al respecto, aquella que se muestran en contra de la aceptación de la eficacia de la cosa juzgada material de las resoluciones cautelares en general, destacando entre otros a GUASP DELGADO, J., en *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, p. 708; mientras que otros autores se han manifestado a favor de la misma, entre ellos, CALDERÓN CUADRADO, P., en *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., pp. 262 y ss.

<sup>708</sup> En estos términos se ha pronunciado ORTELLS RAMOS, M., en, “Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional...”, cit., p. 674. Interesante resulta el caso “Donkeymania.com”, en donde el 1 de agosto de 2003, se impuso por el Juzgado de Instrucción número 3 de Madrid, la medida cautelar del cierre de esta página Web. Donkeymania era una página web que contenía información sobre intercambio P2P, incluyendo enlaces a archivos que se podían descargar mediante algunos programas de intercambio de

a) La eventual necesidad de ejecutar la resolución cautelar en un Estado extranjero. Se trata en la gran mayoría de ocasiones de resoluciones cautelares que exigen las actuaciones de otros Estados para lograr una efectividad en la toma de sus decisiones cautelares, necesitadas del *exequátur* de resoluciones cautelares correspondiente que es más difícil de obtener que el de las sentencias.

b) La posición de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. En el inmenso mundo de Internet convergen múltiples sujetos (operadores de redes de telecomunicaciones, proveedores de servicios, buscadores, suministradores de contenidos, prestadores de servicio de alojamiento de datos, etc.). Ardua resulta la tarea de definir el régimen de responsabilidades y obligaciones de cada uno de ellos, así como a quién deberá dirigirse la petición de prestar la tutela cautelar deseada.

En todo caso, la LSSI impone un bloque de obligaciones a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que se centran, en gran parte, en determinados deberes de colaboración con los poderes públicos, esencialmente en lo que atañe al suministro de información y acceso a documentación, así como el control y remoción de los contenidos ilícitos a requerimiento de la autoridad competente; entre ellas, destacan las obligaciones de retención de los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas, de suspender las transmisiones, el alojamiento de datos o el acceso a las redes de telecomunicaciones cuando la autoridad competente lo solicite, etc., (arts. 33- 36 LSSI).

La LSSI (arts. 13 - 17), además, diseña un régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Esta entidades, si bien están sujetas a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, también, por lo que se refiere a la responsabilidad derivada de las obligaciones establecidas en la LSSI, se estará a lo dispuesto en esta ley (art. 13.3 LSSI), en donde se establecen cuatro categorías de responsabilidad: a) Operadores de redes y proveedores de acceso, b) Prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, c) Prestadores de servicios

de alojamiento o almacenamiento de datos y, d) Prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. La LSSI tipifica una serie de infracciones y sus correspondientes sanciones de carácter administrativo, que se clasifican en leves, graves y muy graves<sup>709</sup>.

---

<sup>709</sup> El artículo 39. 3 LSSI indica: “Cuando las infracciones sancionables con arreglo a lo previsto en esta Ley hubieran sido cometidas por prestadores de servicios establecidos en Estados que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, el órgano que hubiera impuesto la correspondiente sanción podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación que tomen las medidas necesarias para impedir el acceso desde España a los servicios ofrecidos por aquéllos por un período máximo de dos años en el caso de infracciones muy graves, un año en el de infracciones graves y seis meses en el de infracciones leves”.

## **Capítulo cuarto**

# **El Laudo: Impugnación, Efectos y Ejecución**



## CAPÍTULO CUARTO

### EL LAUDO: IMPUGNACIÓN, EFECTOS Y EJECUCIÓN

El título VI de la ley de arbitraje titulado "*Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones*" regula el laudo y otras posibles formas de terminación del proceso, a ellas vamos a dedicarnos en lo que a continuación se expone.

#### I. TERMINACIÓN DEL PROCESO

Las actuaciones arbitrales finalizan normalmente con el laudo final, tal y como prevé el artículo 38 LA en su párrafo primero que se refiere a la terminación normal del proceso, por el que se afirma que una vez dictado el laudo definitivo concluirán las actuaciones arbitrales y los árbitros cesarán en sus funciones. Sin embargo existen dos excepciones a tal afirmación, y éstas son<sup>710</sup>:

a) La regulada en el artículo 37.7 LA, por la que los árbitros deben notificar a las partes el laudo dictado en el plazo que éstas hayan convenido o en su defecto acudir a lo previsto en el artículo 5 LA. Al respecto, recordemos que el plazo para ejercitar la acción de nulidad del laudo cuenta a partir de la notificación del laudo y no desde su emisión por el árbitro.

b) La prevista en el artículo 39 LA relativa a la corrección, aclaración y complemento del laudo que estudiaremos a continuación; en estas situaciones la acción de nulidad contará a partir de la notificación de dicha ampliación, corrección o aclaración<sup>711</sup>.

Además, no debemos olvidar que el párrafo tercero del artículo 38 LA proclama la obligación de los árbitros de conservar la documentación del procedimiento que cesará cuando haya transcurrido el plazo señalado por la partes a este fin o en su defecto, el de dos meses desde la terminación de las

---

<sup>710</sup> Eventualmente también puede existir una tercera excepción, que es la referente a la protocolización del laudo, que como veremos a continuación, en la ley arbitraje de 2003 ya no es preceptiva, de ahí su eventualidad.

<sup>711</sup> Vid. SAP Guipúzcoa de 28 enero de 2005 (AC 2005/254).

actuaciones<sup>712</sup>. Para el cómputo de dicho plazo nos remitimos al comentario del artículo 5 de la ley<sup>713</sup>.

Por tanto, deberán los árbitros conservar la documentación del procedimiento, es decir, los documentos que las partes han ido aportando a lo largo del proceso, los dictámenes de los peritos y demás documentos o escritos relevantes. En el arbitraje *on line*, la documentación se llevará a cabo en soportes electrónicos, ópticos o de otra índole.

Durante dicho periodo las partes podrán solicitar del árbitro la remisión de todos aquellos escritos o documentos por ellas aportados siempre y cuando no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y el solicitante asuma los gastos correspondientes al envío.

Si los árbitros se negaran a proporcionar a las partes dicha documentación sin basarse en ninguno de los dos anteriores fundamentos, podrán incurrir en responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

No obstante lo dicho, es decir, que el procedimiento arbitral finalizará con la emisión del laudo por los árbitros, en el párrafo segundo del artículo 38 LA se contemplan otros modos de terminación "anormal" del proceso arbitral, al igual que ocurre con el proceso judicial, que también ponen fin al proceso pero de una manera distinta al laudo arbitral, pues el árbitro no emite ningún laudo contradictorio a pesar de que finalicen las actuaciones<sup>714</sup>.

### **1) Modos de terminación anormal del proceso**

A pesar de titularse el artículo 38 LA "*Terminación de las actuaciones*", no se prevén en esta disposición de la ley arbitral todas las formas de finalizar el proceso arbitral, pues existen otros preceptos en la ley que regulan situaciones

---

<sup>712</sup> Esta obligación de conservación en sede judicial la suele realizar el secretario judicial. En lo que al arbitraje respecta, cuando nos encontremos ante un arbitraje con un solo árbitro, éste indudablemente será quien ostente dicha obligación, mientras que cuando ante un arbitraje colegiado nos hallemos, aunque no se encuentre expresamente previsto en la ley, se podrá nombrar a uno de los integrantes del colegio arbitral secretario o incluso podrá adoptar dichas funciones de secretario el mismo presidente del tribunal.

<sup>713</sup> Cfr. pp. 233 y ss.

<sup>714</sup> Este precepto de la ley es un claro reflejo del artículo 32.2 de la Ley Modelo UNCITRAL, el cual señala: "*El tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales cuando: a) el demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio; b) las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones; c) el tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible*".



que también provocan la terminación del proceso, como por ejemplo, el artículo 21.1 LA que señala que a falta de provisión de fondos por las partes los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales, el artículo 26 LA referente al laudo conciliatorio, el artículo 37.2 LA que indica que la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales, etc.

## **A) Diferentes supuestos**

A los diferentes supuestos de terminación anormal del proceso que vienen expresamente previstos en el artículo 38 LA relativo a la terminación de las actuaciones vamos a referirnos a continuación, estos supuestos son: el desistimiento, el acuerdo de las partes y la imposibilidad de prosecución de las actuaciones.

### **a) Desistimiento**

Consiste este supuesto en el desistimiento del demandante de su demanda arbitral, por lo tanto, se trata de un acto unilateral del demandante por medio del cual manifiesta su voluntad de abandonar el proceso arbitral<sup>715</sup>. Ocurre cuando el demandante tras presentar su demanda decide apartarse del proceso de una manera expresa<sup>716</sup>, para lo que resultará necesario que se oiga previamente al demandado quien deberá pronunciarse sobre si se conforma o se opone a dicho desistimiento. No basta con que el demandante manifieste dicho deseo, sino que requiere la ley dos exigencias:

a) Que el demandado no se oponga al desistimiento. El demandado puede no oponerse al desistimiento bien mostrándose conforme con él o bien adoptando una postura pasiva consistiendo dicho desistimiento. Sin embargo, podrá oponerse tanto de forma escrita como

---

<sup>715</sup> La ley arbitral de 1988 se refería al desistimiento en su artículo 31a), pero hablaba de un desistimiento bilateral pues requería del acuerdo de ambas partes.

<sup>716</sup> También podríamos entender que es viable un desistimiento tácito cuando de la conducta del demandante se desprenda su voluntad de abandonar el proceso arbitral, pero esta posibilidad no se regula expresamente en la ley arbitral aunque podríamos encuadrarla dentro del artículo 31.a) LA el cual señala: *"El demandante no presente su demanda en plazo, los árbitros darán por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión"*.

oral, en cuyo caso acudiremos al segundo requisito exigido para que prospere dicho desistimiento.

b) Que los árbitros reconozcan que no existe ningún interés legítimo del demandado en obtener una solución definitiva del litigio.

De todo ello deducimos que en el caso en el que el demandado presente su oposición y muestre su deseo de continuar el procedimiento, se deja en manos de los árbitros la decisión de finalizar el proceso o por el contrario que éste continúe. Los árbitros deberán resolver atendiendo a las circunstancias y alegaciones del demandado por lo que *«todo esto implica que se trata de un desistimiento unilateral pero sometido a contradicción»*<sup>717</sup>. La razón de escuchar al demandado reside principalmente en el hecho de que así el demandado podrá manifestar su interés en la prosecución el proceso y en la obtención de un laudo definitivo, pues si dicho laudo definitivo no existiere, la otra parte podrá posteriormente iniciar de nuevo otro proceso arbitral por haber quedado imprejuzgada la causa.

#### **b) Acuerdo de las partes**

Las partes pueden acordar dar por terminadas las actuaciones. Se trata de un acuerdo bilateral de ambas partes de la controversia por el que deciden poner fin a las actuaciones arbitrales. No debemos confundir este supuesto con el del laudo conciliatorio contemplado en el artículo 36 LA en el que las partes llegan a un acuerdo de resolución de la controversia que conlleva la terminación de las actuaciones, pues mientras en el artículo 38. 2 b) LA, las partes acuerdan simplemente poner fin al proceso pero sin llegar a un acuerdo sobre el fondo el litigio, en el caso del artículo 36 LA si se llega a un acuerdo sobre la controversia. En el supuesto que comentamos, las partes de común acuerdo deciden dejar imprejuzgada la cuestión.

Hemos repetido en numerosas ocasiones que la autonomía de la voluntad de las partes reina el proceso arbitral y ésta es una clara manifestación de dicha autonomía por la que las mismas partes que decidieron acudir al árbitro para solucionar heterocompositivamente su conflicto, ahora deciden ponerle fin.

---

<sup>717</sup> HIERRO HERNÁNDEZ-MORA e HINOJOSA SEGOVIA, R., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., p. 899.

### **c) Prosecución de actuaciones innecesaria o imposible**

Puede suceder que los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible. Nos encontramos ante una novedad en la ley arbitral no contemplada ni en la ley de 1988 ni en su predecesora de 1953. En este supuesto, la terminación del proceso no se produce exclusivamente por la voluntad de las partes, a diferencia de lo que ocurre en los dos supuestos anteriores, sino que se produce por causas ajenas a su voluntad o incluso de fuerza mayor que provocan la imposibilidad o innecesidad de continuar con las actuaciones arbitrales.

La ley no indica de que casos se trata, pero podemos englobar dentro de esta posibilidad aquellos supuestos en los que el proceso finaliza porque la controversia objeto de arbitraje entre las partes ha desaparecido o se ha satisfecho la pretensión del demandante fuera del proceso y ya no resulta necesaria su continuación como, por ejemplo, puede ocurrir en los casos en que se pierda el interés en la continuación del proceso por carecer el proceso de objeto<sup>718</sup>.

La ley tampoco hace ninguna referencia al momento en el que estas tres formas de terminación anormal del proceso se deben llevar a cabo ni hasta que momento éstas se pueden realizar, sin embargo, podemos deducir fácilmente que el *dies ad quo* será el momento inicial de las actuaciones arbitrales, mientras que el *dies ad quem* deberá situarse en un momento anterior a que los árbitros emitan el laudo definitivo.

Los efectos principales que se derivan de estas actuaciones podemos clasificarlos en cuatro:

1. Finalizan las actuaciones arbitrales por lo que termina el proceso arbitral.
2. Finaliza la actividad de los árbitros.
3. Se evita un pronunciamiento de fondo sobre la controversia que queda imprejuizada, por lo que se mantiene la posibilidad de que

---

<sup>718</sup> En estos supuestos, como no existe una norma similar en el arbitraje, consideramos se deberá actuar en el mismo sentido que señala el artículo 22 LEC para los supuestos de terminación del proceso jurisdiccional por satisfacción extraprocésal o por carencia sobrevenida de objeto.

las partes puedan acudir a la vía judicial o incluso, incoar otro proceso arbitral y plantear el mismo conflicto entre las mismas personas, al no haberse producido efectos de cosa juzgada.

4. No implica que se ponga fin al convenio arbitral acordado por las partes, pues éste podrá seguir vigente si las partes así lo desean.

Los efectos que acabamos de exponer se producirán cuando el desistimiento, acuerdo de las partes o imposibilidad de seguir el procedimiento sea total, pero nada impide que se efectúen dichas actuaciones parcialmente, en cuyo caso deberá continuar el proceso respecto aquellas partes del litigio que las partes no desistieron o no acordaron.

Además de los tres supuestos que acabamos de estudiar y que aparecen expresamente previstos en el artículo 38 LA, también pueden terminarse las actuaciones por: la renuncia del demandante de la pretensión interpuesta, la falta de presentación de la demanda en plazo, el allanamiento del demandado<sup>719</sup>, expiración del plazo del arbitraje<sup>720</sup>, al estimarse la declinatoria por un órgano jurisdiccional, desaparición de la dualidad de posiciones o fallecimiento de alguna de las partes, etc<sup>721</sup>.

## **B) Sobreseimiento y paralización del proceso**

Nos preguntamos si se permite en la ley arbitral que se produzca un sobreseimiento de las actuaciones, pues se guarda silencio al respecto<sup>722</sup>. Consideramos que si bien no expresamente previsto en la ley, si existen determinadas situaciones de las que se desprende que si podrían provocar dicho sobreseimiento y, siguiendo la clasificación de BARONA VILAR, éstas son<sup>723</sup>:

---

<sup>719</sup> A esta figura nos hemos referido con anterioridad en este mismo capítulo, por lo que a lo dicho nos remitimos (cfr. p. 261).

<sup>720</sup> El transcurso del plazo para dictar el laudo que tienen los árbitros implica la terminación de las actuaciones así como el cese de la labor de los árbitros, pero debemos tener claro que ello no afecta al convenio arbitral y las partes no tendrán objeción alguna si pretenden iniciar un nuevo proceso arbitral posteriormente.

<sup>721</sup> No nos vamos a detener en todas estas actuaciones y simplemente las exponemos por exceder del objeto de nuestro trabajo.

<sup>722</sup> El sobreseimiento es una resolución por la que se da por terminado el proceso, normalmente sin pronunciamiento sobre el fondo, consecuencia de la concurrencia de óbices que impiden su continuación, dejando imprejuzgada la pretensión. BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional II...*, cit., p. 370.

<sup>723</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., pp. 1276 y ss.

a) Sobreseimiento por motivos procesales: este sobreseimiento puede provocarse tanto por causas imputables a las partes, como ocurre en el supuesto del artículo 31.1) LA que permite la terminación de las actuaciones cuando el demandante no presente su demanda en plazo y salvo que el demandado manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión, o incluso también cuando según el artículo 21. 2 LA, una de las partes no efectúa la correspondiente provisión de fondos, permitiendo a los árbitros poner fin al proceso; pero también puede provocarse por causas ajenas a la voluntad de las partes como ocurre, por ejemplo, con la alegación de falta de competencia arbitral por medio del artículo 22 LA o de la excepción de litispendencia, etc.

b) Sobreseimiento por motivos materiales: sobreseimiento que se provoca cuando desaparece el interés legítimo de las partes en obtener una resolución al conflicto, porque dicha pretensión ya se ha visto resuelta o bien porque se ha producido una imposibilidad sobrevenida de seguimiento de las actuaciones arbitrales. Se trata, en definitiva, de las situaciones contempladas en el artículo 38.2 c) LA por las que los árbitros comprueban que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible y que hemos comentado con anterioridad.

Además de la finalización de las actuaciones procesales y del sobreseimiento de éstas, también puede ocurrir que, por determinadas circunstancias, el proceso arbitral deba paralizarse. Dicha paralización podrá referirse tanto al proceso en su totalidad como a únicamente determinadas actuaciones, es por ello que distinguimos, junto a BARONA VILAR, entre<sup>724</sup>:

a) Paralización del proceso en su totalidad. Esta paralización puede venir provocada por tres causas:

1. Que todas las partes del proceso lo soliciten. Esta posibilidad venía expresamente prevista en la ley arbitral de 1988 en su artículo 31 por el que se permitía que por petición de ambas partes de común acuerdo y por un plazo cierto y determinado se paralizara el proceso; sin embargo, la ley de 2003 nada prevé al respecto, pero consideramos que al no prohibirse en la ley y regir en todo momento la autonomía de la voluntad de las partes dicha opción si será viable siempre y cuando concurra la voluntad de las dos partes procesales.

---

<sup>724</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., pp. 1269 y ss.

2. Que los árbitros lo decidan. A esta circunstancia se refiere el artículo 21 LA cuando establece la facultad de los árbitros de suspender las actuaciones arbitrales por falta de provisión de fondos.

3. Cuando se produzcan ciertos acontecimientos o circunstancias que provoquen necesariamente la paralización del proceso, sin necesidad de requerir la petición de las partes al respecto ni siquiera la adopción de ninguna medida por los árbitros como, por ejemplo, ocurre cuando se deba resolver previamente una cuestión de carácter prejudicial necesaria para la estimación o no de la pretensión arbitral o, se produzca un fallo en el sistema informático de tal entidad que exija necesariamente la paralización del proceso en su totalidad, etc.

b) Paralización de actos procesales concretos. También resulta posible que se paralicen únicamente determinados actos procesales que podrán venir provocados por causas muy diversas tales como, la enfermedad de una de las partes, el extravío de un determinado objeto que provoque la imposibilidad de practicar una determinada prueba, se produzca un fallo técnico en la videoconferencia que impida una audiencia o se rompa o estropee el soporte informático, por ejemplo, el del disquete que contenía una prueba, etc.

## **2) Laudo Contradictorio**

Como hemos repetido en numerosas ocasiones, la forma normal de terminación del proceso arbitral es la emisión del laudo por los árbitros que viene regulada en el artículo 37 LA. Son muchos los aspectos que regula este precepto referentes todos ellos al laudo arbitral y en ellos vamos a detenernos a continuación<sup>725</sup>.

---

<sup>725</sup> El número 1. de este artículo (art. 37 LA) se refiere a la posibilidad de resolver el litigio en uno o varios laudos, el 2. al plazo para dictar el laudo, el 3. a la forma, el 4. a la motivación del laudo, el 5. al lugar y fecha del laudo, el 6. a las costas, el 7. a su notificación y por último, el 8. a su protocolización.

## A) Concepto

La actividad de los árbitros culmina dictando el laudo arbitral que podrá ser de derecho o de equidad<sup>726</sup>. No existe en la ley arbitral una definición de laudo, ni siquiera indica la ley aquellas cuestiones que deben solucionarse bajo la forma de laudo, pero debe entenderse por laudo en grandes líneas, la resolución por medio de la cual los árbitros resuelven la controversia objeto de debate<sup>727</sup>.

No debemos confundir el término “laudo arbitral” con el de “resolución arbitral” o “decisión arbitral”. El “laudo” se refiere a la resolución arbitral que pone fin a las actuaciones y resuelve sobre el fondo del litigio poniendo fin a la controversia, tanto si se dicta en contradicción como si no, mientras que “resolución” son todas aquellas decisiones que adopta el árbitro a lo largo del proceso, decisiones de ordenación del proceso como puede ser, por ejemplo, la admisión de una prueba. Por tanto, cuando hablamos de laudo y estudiamos sus requisitos, contenido mínimo, plazo, etc. nos estamos refiriendo a los primeros, a aquellos que se pronuncian sobre la pretensión o pretensiones sobre las que versa el arbitraje y sólo a ellos se les exige tales requisitos.

Además, existen lo que denominamos “laudos parciales” que si bien no se adoptan al final del procedimiento, si se pronuncian sobre el fondo del asunto y resuelven una cuestión concreta<sup>728</sup>; al respecto, clarificador resulta lo descrito en la Exposición de Motivos de la ley, *“En cuanto al contenido del laudo, ha de destacarse el reconocimiento legal de la posibilidad de dictar laudos parciales, que pueden versar sobre alguna parte del fondo de la controversia o sobre otras cuestiones, como la competencia de los árbitros o medidas cautelares. La ley pretende dar cabida a fórmulas flexibles de resolución de los litigios que son comunes en la práctica arbitral. Así, por ejemplo, que primero se decida acerca de si existe responsabilidad del demandado y sólo después se decida, si es el*

---

<sup>726</sup> Con el pronunciamiento del laudo concluyen los árbitros su actuación, ya que como veremos a continuación, éstos carecen de poderes para imponer coactivamente su cumplimiento a las partes.

<sup>727</sup> El laudo arbitral es el equivalente a la sentencia en el procedimiento judicial. Vid. SERRANO ALONSO, E., “El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988”, *Actualidad Civil*, nº 8, 20-26 febrero de 1989, p. 523. En sus antecedentes más lejanos (Las Partidas, Constitución de 1812, etc.) se denominaba “sentencia arbitral”.

<sup>728</sup> El artículo 37 LA señala: *“Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios”*. De dicho precepto se desprende que podrán las partes convenir que sean varios los laudos arbitrales o que por el contrario, se resuelva la cuestión litigiosa en un único laudo.

caso, la cuantía de la condena. El laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable". Se permite, por tanto, que se resuelva el litigio en diferentes laudos arbitrales siempre y cuando sea materialmente factible dicha opción y ostenten el mismo valor que un laudo definitivo<sup>729</sup>.

La ley diferencia entre "laudo definitivo" (art. 40 LA) y "laudo firme" (art. 43 LA), pero resulta imposible extrapolar, tal y como señala BARONA VILAR, la concepción judicial del carácter definitivo y firme de las resoluciones judiciales a los laudos arbitrales, fundamentalmente por la razón que contra el laudo arbitral no cabe plantear recurso alguno. Por tanto, el laudo que la ley denomina "definitivo" es el que pone fin al procedimiento arbitral, si bien este laudo desde el mismo momento en que se dicta es firme y produce efectos de cosa juzgada, por lo que no tiene el carácter de definitivo que se desprende del artículo 270 LEC<sup>730</sup>.

## **B) Plazo**

El principal criterio que otorga el legislador a la hora de fijar el plazo en el que deberá ser dictado el laudo es el de la voluntad de las partes y a falta de éstas, la ley establece en su artículo 37.2 LA: "*Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla*".

Por tanto, se trata de un plazo de seis meses al igual que disponía el artículo 30 de la ley arbitral de 1988 y tiene naturaleza sustantiva, por lo que se contará el plazo por días naturales, de fecha a fecha, tal y como señala el artículo 5 LA.

Lo que si ha variado respecto a la ley anterior es el *dies ad quo* a partir del cual se empieza a contar dicho plazo, pues si bien en la ley anterior dicho plazo contaba desde que los árbitros aceptaban su cargo (arts. 30 y 22.1), en la nueva ley arbitral aparece perfectamente identificado dicho plazo y éste

---

<sup>729</sup> Junto a los laudos parciales que ponen fin a la controversia existen otras resoluciones que resuelven diferentes pretensiones pero no sobre la pretensión principal y el legislador las ha denominado, a nuestro juicio equivocadamente, laudos parciales, sin embargo no lo son, como por ejemplo ocurre cuando se adopta una determinada medida cautelar.

<sup>730</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit. p. 1211.



comienza en la fecha de presentación de la contestación a la demanda o bien de expiración del plazo para presentarla, idea que responde a *“la necesidad de que la celeridad propia del arbitraje sea adecuada a las exigencias prácticas”*, tal y como expone la Exposición de Motivos de la ley, quien luego añade: *“Un plazo de seis meses desde la aceptación de los árbitros se ha revelado en no pocos casos de imposible cumplimiento y obliga en ocasiones a una tramitación excesivamente rápida o a la omisión de ciertos actos de alegación o, sobre todo, de prueba, por la exigencia de cumplir el plazo para dictar el laudo”*.

En cuanto al *dies ad quem*, no se suscita ninguna cuestión pero debemos tener en cuenta como ha de realizarse el cómputo del plazo, para lo que nos remitimos de nuevo al comentario ya realizado del artículo 5 LA referente a los plazos en el arbitraje.

Este plazo podrá ser prorrogado siempre y cuando las partes no acuerden lo contrario y los árbitros así lo consideren necesario, pues en muchas ocasiones el plazo resultará insuficiente. Ya no se exigen los tres requisitos que condicionaban dicha prórroga en la ley anterior, éstos eran: únicamente podía ser acordada por las partes, debía acordarse antes de finalizar el plazo inicial y se tenía que notificar a los árbitros antes de la conclusión de dicho plazo inicial. Ahora la nueva ley arbitral dispone que el plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, salvo acuerdo en contrario por las partes, lo que no obsta a que las partes acuerden por su parte dicha prórroga antes de que expire el plazo inicialmente previsto y siempre y cuando se le notifique a los árbitros; por tanto, a diferencia de la ley anterior que concedía dicha posibilidad a las partes, ahora la ley actual otorga el poder de decisión a los árbitros.

La prórroga adoptada por los árbitros no podrá ser superior a dos meses respecto a los seis del plazo legal y como presupuesto imprescindible, la ley exige que dicha prórroga se realice mediante decisión motivada que deberá ser comunicada a las partes. La Exposición de Motivos de la ley señala: *“El freno a un posible retraso injustificado en la decisión de la controversia se encuentra, entre otras causas, en la responsabilidad de los árbitros”*, por lo que deberán expresarse los motivos de su necesidad o de lo contrario los árbitros podrán incurrir en responsabilidad, pues cuando sea inmotivado, los árbitros deberán responder por los daños y perjuicios que hayan podido ocasionar, incluso

podemos afirmar que dicha falta de motivación podrá ser alegada en orden a obtener la anulación del laudo refugiándose en el artículo 41.1.LA en su letra d. Sin embargo, la ley ya no determina expresamente como motivo de anulación del laudo la extemporaneidad de éste (art. 41.1 LA).

Nos preguntamos ahora si dicha prórroga se podrá realizar en más de una ocasión o si por el contrario sólo se permite una única prórroga. Entendemos que no existe ninguna prohibición en la ley a la posibilidad de que se pacte otra prórroga siempre y cuando las partes lo acepten y no se haga un uso abusivo, debiendo ser siempre justificada<sup>731</sup>.

Si el plazo expira y el árbitro todavía no se ha pronunciado sobre el laudo perderá sus facultades de árbitro en el proceso y finalizarán las actuaciones, aunque no por ello el convenio quedará sin efecto. En este sentido, la nueva ley arbitral introduce un cambio respecto la legislación anterior en la que se establecía que una vez expirado dicho plazo el convenio quedaba sin efecto. Sin embargo, si los árbitros dictaran laudo fuera de plazo y las partes no se opusieran a ello, éste si será eficaz. Además, en la nueva ley arbitral se permite la reclamación de responsabilidad arbitral o institucional en estos casos.

Resulta evidente que una de las razones principales que induce a escoger la vía arbitral en detrimento de la jurisdiccional es la de obtener la solución de un conflicto de una manera mucho mas rápida, por tanto, consideramos justificada la existencia de un plazo límite en el arbitraje que corresponde con su naturaleza y objetivos y con el hecho básico de que las partes evitan la jurisdicción ordinaria en muchas ocasiones para acudir a un proceso más rápido y ágil. En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia de nuestros tribunales en distintas sentencias, destacando entre ellas, la SAP Badajoz de 2 de diciembre de 2003 quien manifiesta: *"Tan claro y terminante precepto tiene su razón de ser en la propia naturaleza del arbitraje que es, según STC 4 de octubre de 1993 (RTC 1993, 288) un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada ... No es de extrañar pues que el Tribunal Supremo, al plantearse el problema de cumplimiento del plazo fijado*

---

<sup>731</sup> Hay quienes consideran que dicha prórroga solo podrá realizarse una sola vez, entre ellos, HIERRO HERNÁNDEZ-MORA e HINOJOSA SEGOVIA, R., en *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., p. 871.

*para emitir el laudo arbitral, mantuviera constantemente el criterio conforma al cual el plazo debe ser respetado de modo inexorable, esto es, el laudo debe dictarse dentro del tiempo, porque es el lapso de tiempo durante el cual las partes, voluntariamente, renuncian al ejercicio jurisdiccional de sus diferencias y dotan de facultades decisorias al árbitro. Pasado el plazo, los árbitros carecen de ellas”<sup>732</sup>.*

### **C) Forma**

La ley arbitral manifiesta claramente el principio de libertad de forma que deberá presentar el laudo arbitral al igual que ocurre con el convenio arbitral.

A pesar de que todas las actuaciones del procedimiento arbitral se desarrollen de forma oral, el laudo deberá constar siempre por escrito y así viene imperativamente impuesto en la ley en el artículo 37 LA, exigencia que ya la contempló la ley arbitral anterior de 1988 en su artículo 32. La nueva ley arbitral otorga la posibilidad de que el laudo conste por escrito en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, indicando su artículo 37.3 LA que se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta. El soporte en el que deba constar el laudo lo decidirán los árbitros.

La Exposición de Motivos de la ley señala: *“Respecto de la forma del laudo, debe destacarse que —análogamente a lo dispuesto para el convenio arbitral— la ley permite no sólo que el laudo conste por escrito en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, sino también que no conste en forma escrita, siempre que en todo caso quede constancia de su contenido y sea accesible para su ulterior consulta. Tanto en la regulación de los requisitos de forma del convenio arbitral como en la de los del laudo la ley considera necesario admitir la utilización de cualesquiera tecnologías que cumplan los requisitos señalados. Pueden, pues, desarrollarse arbitrajes en que se utilicen tan sólo soportes informáticos, electrónicos o digitales, si las partes así lo consideran conveniente”.*

La ley no se pronuncia sobre la estructura del laudo, por tanto, los laudos no deberán adoptar una forma determinada, sin embargo, resulta usual en la

---

<sup>732</sup> JUR 2004/51054.

práctica que los laudos sean redactados del mismo modo que las sentencias judiciales conteniendo: encabezamiento, antecedentes, fundamentos y fallo<sup>733</sup>.

Dificultad que existía con anterioridad y que con la nueva ley ha desaparecido es la relativa a la protocolización del laudo<sup>734</sup>, pues en el arbitraje *on line* la protocolización es una de las fases que difícilmente se puede llevar cabo por medios electrónicos, si bien no debemos olvidar que actualmente hay varias iniciativas en curso cuyo objetivo primordial es el desarrollo de plataformas *on line* para facilitar el trabajo de las notarías, como puede ser FESTE (Fundación para el estudio de la seguridad de las telecomunicaciones)<sup>735</sup>, así como diferentes plataformas *on line* para el establecimiento de notarías electrónicas automatizadas, capaces de dar fe sobre la existencia de actos jurídicos realizados electrónicamente, sobre la integridad de los documentos, etc. Así, el proyecto europeo E- Arbitraton-T ha propuesto que se armonice a nivel europeo, el sistema de protocolización electrónica de laudos electrónicos, considerando para ello redes electrónicas como la que "Notarios de Europa" están intentando lanzar<sup>736</sup>.

Esta dificultad se ha visto superada con la llegada de la nueva ley arbitral, al suprimir ésta el carácter preceptivo de la protocolización del laudo (art. 37.8 LA). Resulta así, el citado artículo 37 LA de suma importancia a la hora de defender el arbitraje electrónico; superada ya la imperativa necesidad de protocolización de laudo, difícilmente cumplida por medios electrónicos, asistimos a la posibilidad de que éste se dicte por el mismo medio por el que se ha llevado el proceso arbitral, es decir, por medios electrónicos, culminando la actividad de los árbitros por estos medios de comunicación.

---

<sup>733</sup> Vid. CAMPO VILLEGAS, E., "Problemas de forma en el laudo arbitral", *AJA, Especial Ley 60/2002, de 23 de diciembre de Arbitraje*, nº 5, 2004, pp. 159-173.

<sup>734</sup> Dicha exigencia venía contenida en el artículo 33.2 LA de 1988. No obstante, la anterior ley de arbitraje ya establecía algunas excepciones a la obligación de protocolización del laudo, excluyendo dicha obligación, en su disposición adicional primera, a los laudos emitidos al amparo de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley de Ordenación del Seguro Privado, Ley de Ordenación del Transporte Terrestre y Ley de la Propiedad Intelectual. Ejemplo de ello se contempla en la SAP Murcia de 4 de octubre de 2994 (JUR 2005/70173) en la que se desestima el recurso de anulación por no requerirse de forma necesaria la protocolización del laudo en un arbitraje de consumo.

<sup>735</sup> <http://www.feste.com>

<sup>736</sup> Con la llegada de la Ley 24/2001 de 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se ofrecen un paquete de medidas que tratan de facilitar el acceso, por medios electrónicos, a la publicidad de los registros públicos así como el uso de la firma electrónica por parte de Notarios y registradores, mediante la cual podrán remitirse documentos públicos notariales, comunicaciones, declaraciones, certificaciones, etc. por vía electrónica por parte de éstos.

Considero acertada dicha modificación, en cuanto que la protocolización del laudo encarecía el proceso así como lo prolongaba en el tiempo. A pesar de dicho precepto, nada impide que si las partes así lo desean, se proceda a dicha protocolización pues bastará con que alguna de las partes lo solicite antes de que el laudo sea notificado y corra a su costa<sup>737</sup>. A pesar del silencio de la ley, resulta evidente que serán las partes quienes soliciten la protocolización y no el árbitro.

Sin embargo, nos encontramos con que el legislador otorga a la protocolización del laudo cierta eficacia en materia de ejecución forzosa, pues la disposición final 1ª.3 LA ha añadido un punto 4º al apartado 1 del artículo 559 LEC, según el cual, si el título ejecutivo fuera un laudo arbitral no protocolizado, el ejecutado podrá oponerse a la ejecución alegando “la falta de autenticidad de éste”. Por tanto, el laudo necesitará de protocolización para su ejecución o de lo contrario el ejecutado podrá oponerse a ella por falta de autenticidad (art. 559.2 LEC). En cambio, el legislador en la Exposición de Motivos de la ley arbitral indica que tal alegación puede presumirse excepcional<sup>738</sup>. Además, no debemos olvidar que la firma electrónica reconocida puede garantizar la autenticidad del laudo, tal y como hemos visto con anterioridad, convirtiéndose en un medio que dota de seguridad y garantiza la autenticidad de un documento.

## D) Contenido

Los requisitos principales a los que se encuentra sometido el laudo arbitral los podemos clasificar en aquellos que se refieren a su contenido y en segundo lugar, en aquellos calificados como requisitos de fondo, éstos son:

---

<sup>737</sup> Algunas instituciones arbitrales así lo prevén en sus reglamentos, como por ejemplo, el artículo 41 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Valencia de 29 de mayo de 2004 establece que, salvo acuerdo de las partes, el laudo deberá protocolizarse notarialmente por la secretaria de la corte, siendo de cuenta de las partes los gastos derivados de la misma.

<sup>738</sup> La Exposición de Motivos de la ley justifica la eliminación de la necesidad de protocolización del laudo de la siguiente manera: “Se suprime el carácter preceptivo de la protocolización notarial del laudo. Esta exigencia es desconocida en prácticamente todas las legislaciones de arbitraje, por lo que se opta por no mantenerla, salvo que alguna de las partes lo pida antes de que el laudo se notifique, por considerarlo conveniente a sus intereses. El laudo es, por tanto, válido y eficaz aunque no haya sido protocolizado, de modo que el plazo para ejercitar la acción de anulación transcurre desde su notificación, sin que sea necesario que la protocolización, cuando haya sido pedida, preceda a la notificación. Y tampoco la fuerza ejecutiva del laudo se hace depender de su protocolización, aunque en el proceso de ejecución, llegado el caso, el ejecutado podrá hacer valer por vía de oposición la falta de autenticidad del laudo, supuesto que puede presumirse excepcional”.

## a) Requisitos de contenido

Nada dice la ley arbitral respecto a los requisitos mínimos que debe contemplar el laudo, a diferencia de la ley de arbitraje de 1988 que si lo hacía en su artículo 32. La principal diferencia que observamos entre ambas leyes es que la ley de 2003 ha suprimido algunas menciones que resultaban imprescindibles en la ley arbitral de 1988 cuya omisión podía provocar la anulación del laudo<sup>739</sup>, mientras que ahora la actual ley exige en su artículo 37.5 LA como requisito imprescindible la necesidad de que en todo laudo conste la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje, pues el laudo se considerara dictado en ese lugar, exigencia (la de la fechas) que no se observaba en la anterior ley arbitral.

A pesar de ya no contemplarse en la nueva ley, mencionaremos los requisitos exigidos en el artículo 32 de la ley de arbitraje de 1988 que indican el contenido que debe constar en todo laudo arbitral, por la importancia que éstos adquieren, siendo indiferente el orden en el que se exponga cada uno de estos elementos o circunstancias:

1. Circunstancias personales de los árbitros y de las partes, es decir, nombre, domicilios, correo electrónico, etc.<sup>740</sup>.

2. La fecha y el lugar en que se dicta el laudo. Esta circunstancia viene expresamente recogida en el artículo 37. 6 de la actual ley de arbitraje. En la ley de 1988 se exigía que en el laudo constara el lugar en el que se dictaba el mismo, mientras que la nueva ley arbitral exige que conste el lugar del arbitraje. En lo que a la fecha respecta, no es ésta la que alegaran las partes a la hora de ejercitar sus derechos sino la de la notificación del laudo.

---

<sup>739</sup> Como señala CORDERO CUTILL, I., «*Con ello se pretende evitar que meros requisitos formales produzcan la anulación del laudo*». *Comentarios prácticos a la ley...*, cit, p. 586. Sin embargo, algunos consideran que la supresión del contenido mínimo del laudo puede convertirse en un factor más perturbador que saludable en detrimento de que los contendientes obtengan una estructurada información de aquello que efectivamente se ha realizado, dificultando posteriores acciones sobre el propio laudo arbitral tales como la aclaración. HIERRO HERNÁNDEZ-MORA e HINOJOSA SEGOVIA, R., en *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., p. 875.

<sup>740</sup> Al respecto, la SAP Madrid de 15 de julio de 1999 (AC 2000/82) determinó que la omisión de las circunstancias personales de los árbitros son un simple defecto formal que no debe acarrear la anulación del laudo puesto que no puede considerarse como inobservancia de una formalidad esencial del procedimiento y su ausencia no debe afectar a la validez del procedimiento.

3. La cuestión sometida a arbitraje. A pesar de no venir expresamente en la ley, resulta en todo caso necesario que se exponga en el laudo el objeto de la controversia<sup>741</sup>.

4. Una sucinta relación de las pruebas practicadas.

5. Las alegaciones de las partes.

6. La decisión arbitral o fallo, que calificamos de fundamental en todo laudo pues contiene la decisión del conflicto adoptada por el árbitro pronunciándose sobre los diferentes aspectos que se sometieron a arbitraje. El fallo del laudo podrá contemplar diversos contenidos, tales como, declarar su falta de competencia, incluir la motivación fáctica y jurídica correspondiente, etc.<sup>742</sup>.

7. Deberá contener la firma de los árbitros, exigencia contemplada en ambas leyes. El laudo deberá ser firmado en un principio por todos los árbitros, sin embargo y conforme al artículo 35 LA, en la adopción de acuerdos por mayorías bastarán las firmas de la mayoría de sus miembros o la de su presidente, siempre y cuando se indiquen las razones de dicha omisión<sup>743</sup>. Además, se otorga la posibilidad de que el árbitro/s disconforme con la decisión exprese su parecer discrepante (art. 37.3 LA), al igual que ocurre con el voto particular en las sentencias judiciales (art. 205 LEC y 260 LOPJ)<sup>744</sup>.

8. Pronunciamiento sobre las costas, expresamente recogido en la ley actual. La ley arbitral enumera los conceptos que deben

---

<sup>741</sup> Es evidente la importancia que ésta presenta en orden a una futura anulación del laudo, pues a través de ella podemos determinar si la materia es o no arbitrable, si los árbitros resuelven sobre materias sometidas a su decisión, etc.

<sup>742</sup> En el supuesto en el que se hubieran sometido a arbitraje diferentes pretensiones, el artículo 218.3 LEC exige que el Tribunal resuelva con la separación necesaria y se pronuncie sobre cada una de ellas. Ello se debe trasladar al laudo arbitral, pues como señala BARONA VILAR, S., esta separación de pronunciamientos tiende a evitar la confusión que puede provocarse con la decisión de asuntos diversos en un único pronunciamiento. "Comentario al artículo 32", *Comentarios a la ley arbitral...*, cit, p. 168.

<sup>743</sup> Precepto inspirado en el artículo 31.1 de la Ley Modelo UNCITRAL.

<sup>744</sup> Aunque no venga expresamente recogido en la ley, consideramos que también podrán los árbitros expresar su parecer discrepante cuando de otras resoluciones arbitrales se trate y no únicamente cuando se adopte el laudo.

comprenderse en el termino "costas del arbitraje" y en este concepto nos vamos a detener a continuación por las particularidades que conlleva<sup>745</sup>.

Las costas son los gastos de realización del arbitraje y no únicamente los desembolsos iniciales que se tienen que llevar a cabo para la realización de los diferentes actos procesales<sup>746</sup>. Por ello, podemos distinguir entre<sup>747</sup>: 1) los gastos que se producen como consecuencia de las actuaciones procesales en un determinado caso, como por ejemplo, la práctica de una prueba, 2) los gastos que se provocan por la puesta en marcha del sistema arbitral como son los gastos y honorarios de los árbitros y finalmente, 3) los gastos de cada una de las partes para beneficio propio (los honorarios del abogado que asiste a las partes).

En el arbitraje *on line* muchos de los gastos procedimentales se reducen, como por ejemplo ocurre con el envío de documentos vía mail en vez de por correo tradicional; los gastos de los árbitros también son menores, pues se evitan desplazamientos y otras circunstancias que en determinados casos pueden suponer un gran coste.

El legislador ha manifestado expresamente los términos que debe comprender el concepto de costas y éstos son:

a) Honorarios y gastos de los árbitros: se trata de los desembolsos que deberán realizar las partes por el trabajo realizado por los árbitros además de por los gastos que su intervención pueda provocar. Ya hemos dicho que en el arbitraje *on line*, dichos gastos pueden reducirse extremadamente.

---

<sup>745</sup> No se trata de un aspecto fundamental del laudo por lo que su omisión no podrá provocar la anulación de éste y en esta línea observamos como la Ley Modelo UNCITRAL nada prevé al respecto.

<sup>746</sup> El concepto de costas en el arbitraje difiere del de un procedimiento judicial, pues en el arbitraje abarca un concepto más amplio. Además, están íntimamente relacionados los artículos. 37. 6 LA que regula las costas y el 21.2 LA que regula las provisiones de fondo. En lo que a los segundos respecta, la ley arbitral concede a las partes la plena libertad para fijarlas y, salvo pacto en contrario, se aplicará el criterio establecido en la ley: "*Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren*".

<sup>747</sup> BARONA VILAR, S., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit. p. 1237. La autora concluye, «conceptualmente el pronunciamiento que se debe efectuar en el laudo arbitral en torno a las costas no viene tan solo referido a las costas procesales sino a todos los gastos que genera el arbitraje».



b) Honorarios y gastos de abogado y procurador: a pesar de no ser imperativa su presencia en el proceso arbitral, si ambas partes acuden a través de ellos y así lo deciden, nada impide que dicho concepto se incluya en las costas arbitrales a diferencia de lo que ocurría en la ley anterior que no venía contemplado en su artículo 35.

c) Coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje: cuando nos hallemos ante un arbitraje institucional se deberán abonar los gastos en los que dicha institución ha incurrido así como retribuirle por sus funciones desempeñadas.

d) Los demás gastos originados en el procedimiento arbitral: éstos pueden ser muy diferentes, como por ejemplo, los gastos de los peritos, los gastos originados por la práctica de las pruebas, etc. Se trata de una cláusula abierta en la que se podrán incluir diferentes partidas, cláusula general que no existía en la ley de 1988 que sin embargo, si incluía otros aspectos tales como los gastos derivados de la práctica de pruebas y notificaciones.

En cuanto al sistema de imposición de costas, debemos admitir que el artículo 35 de la ley de 1988 era más preciso y evitaba ciertas dudas que surgen con la actual ley, lo único que podemos deducir de la ley de 2003 es que el criterio que se debe utilizar es el de la autonomía de la voluntad de las partes, por tanto son ellas quienes decidirán el sistema de imposición de costas, pues el artículo 37. 6 LA comienza, "*Con sujeción a lo acordado por las partes...*". La ley no prevé el supuesto en el que las partes no estén de acuerdo, ante esta laguna podemos considerar que el criterio más acertado es el que empleaba la ley de 1988, es decir, el que cada una de las partes pague las costas causadas por su actividad y las comunes por mitad. Consideramos que, siempre y cuando se respete la voluntad de las partes, se podrán seguir las pautas del artículo 35 de la ley de 1988 así como las de los artículos 394 a 398 LEC. En todo caso, se deberá respetar la igualdad de las partes a la hora de dicha imposición (art. 24 LA)<sup>748</sup>.

---

<sup>748</sup> No olvidemos que el arbitraje de consumo es gratuito, tal y como dispone el RD 636/1993 de 3 de mayo en su disposición adicional segunda.

## **b) Requisitos de fondo: motivación y congruencia.**

Requisito necesario en el arbitraje será el de “la congruencia” que debe respetarse entre las pretensiones alegadas por las partes y el pronunciamiento definitivo del árbitro. Entre las causas del artículo 41 de la LA de anulación del laudo, concretamente en su letra c), nos encontramos con que el laudo podrá anularse cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión (art. 37.4 LA)<sup>749</sup>. La congruencia deberá respetarse tanto respecto a las personas que han intervenido en el proceso en calidad de partes como respecto a las peticiones y alegaciones que se han realizado.

Esta exigencia de congruencia se refleja en la regulación tanto de la complementación como de la anulación del laudo, pues el artículo 39.1 c) LA prevé la complementación del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas por el árbitro, y en lo que a la anulación se refiere, como ya hemos dicho, el artículo 41 c) LA indica como motivo de anulación del laudo que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.

La motivación es el segundo requisito de fondo que debe contener imprescindiblemente el laudo y al igual que en las sentencias judiciales, es un requisito básico que debe regir el comportamiento del árbitro a la hora de pronunciarse sobre el laudo pues entronca directamente con el derecho a la

---

<sup>749</sup> Debemos tener en cuenta, tal y como proclama la SAP Vizcaya de 19 octubre 1998, (AC 1998\2018) que, *“Es doctrina jurisprudencial que la congruencia del laudo arbitral admite modulaciones, permitiendo que el laudo tenga cierta elasticidad con el «thema decidendi», en el sentido de que se pueden entender comprendidas en el convenio arbitral todas aquellas facetas de la cuestión sometida al conocimiento de los árbitros siempre que se hallen íntimamente conectadas con la misma, y sin las cuales quedaría insuficientemente resuelta la cuestión litigiosa”,* es por ello que la Sala en la presente sentencia no estima que el laudo haya conculcado la congruencia. Asimismo la STS de 20 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7894) indica que no se produjo extralimitación alguna por parte de los árbitros en el ejercicio de la función encomendada pues *“conviene advertir que si el objeto del arbitraje es establecido por la voluntad de las partes, vinculante para los árbitros en razón al principio de congruencia, esto no implica que los árbitros estén obligados a interpretar este principio tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria, ya que la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciar no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso, aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada - Sentencias de 24 de abril de 1953 (RJ 1953\926), 13 de mayo de 1960 (RJ 1960\1729), 25 de octubre de 1982 (RJ 1982\5573) y 15 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9507)”*.

tutela judicial efectiva y con el derecho de defensa como garantía frente a la arbitrariedad de los árbitros<sup>750</sup>.

La ley arbitral de 1988 solo exigía motivación de los laudos que se dictaban en un arbitraje de Derecho (art. 32. 2 LA 1988). La jurisprudencia consideraba que dicha motivación sólo se requería cuando se trataba de laudos dictados con sujeción a Derecho, tal y como señalaba, entre otras, la SAP Madrid de 1 de marzo 2002, que declaraba inadmisibles las manifestaciones del recurrente sobre la vulneración del artículo 24 CE al no dictarse una resolución basada en Derecho pues el arbitraje era de equidad y la motivación del laudo sólo resultaba precisa cuando los árbitros decidían con sujeción a Derecho<sup>751</sup>. Sin embargo, parte de la doctrina, entre ellos, BARONA VILAR, consideraban lo contrario señalando: *«el laudo de equidad requiere también motivación, como consecuencia de la función arbitral que desempeña, manifestación de la función heterocompositiva como la jurisdiccional, y la decisión del laudo contenida. Ello por tanto significará que se necesitará motivación fáctica en el laudo, para evitar que se contenga una discrecionalidad del árbitro, que no puede ser controlada por vía alguna. Pero esta motivación lo será fáctica, no jurídica, si bien se requiere una cierta relación de la decisión con los principios generales esenciales, sin necesidad de que ello comporte una citación de norma o precepto alguno»*<sup>752</sup>.

La nueva ley arbitral, haciendo eco de la opinión de la doctrina, ha manifestado que dicha fundamentación será necesaria tanto en los arbitrajes de Derecho como en los de equidad, aunque reconoce que se debe adoptar una dimensión diferente en cada uno de ellos, pues en los arbitrajes de Derecho, la motivación será jurídica, mientras que en el de equidad atenderá a lo que llamamos “leal saber y entender”, que normalmente responderá a conceptos tales como los usos sociales, las prácticas consuetudinarias, etc., lo que no impide que también pueda fundamentarse jurídicamente. *“La equidad comporta un juicio personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el “leal saber y entender” del árbitro”,* (STC de 16 de marzo de 1988), por lo

---

<sup>750</sup> Vid. SAP Tarragona de 28 de enero de 2003 (AC 2003/1202), que afirma que la motivación del laudo es exigencia legal y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE.

<sup>751</sup> JUR 2002/132065.

<sup>752</sup> Comentario a la SAP Granada de 25 de enero de 1999, “Jurisprudencia española de arbitraje interno”, RCEA, volumen XIV, 1999, p. 13.

que deberá entenderse correctamente realizada la motivación en equidad si se apoya en razones de las que se desprende cuales han sido los criterios que han fundamentado la decisión<sup>753</sup>.

Ello comporta asimismo que con relación a la prueba practicada se señale como ha sido valorada la actividad probatoria que se ha llevado a cabo.

Sin embargo, el artículo 37.4 LA prevé dos supuestos excepcionales en los que no será necesaria dicha motivación y éstos son<sup>754</sup>:

a) Cuando las partes así lo hayan convenido (situación que parece poco común).

b) Cuando se trate de un laudo dictado en un supuesto de terminación anormal del arbitraje previsto en el artículo 36 LA.

El Tribunal Constitucional considera que la falta de motivación de un laudo arbitral afecta al derecho de tutela judicial efectiva, lo que podría conllevar la anulación del laudo, dicha anulación se fundamentaría en el artículo 41.1 f) LA, pues entendemos que se trata de una cuestión que afecta al orden público procesal. En este mismo sentido se ha pronunciado la SAP Tarragona de 28 de enero de 2003 al manifestar: *“La motivación del laudo en el arbitraje de derecho es exigencia legal y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 240.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836), y por tanto, es parte integrante del concepto jurídico de orden público, en la forma como éste ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional como aquel que exige el respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas”*<sup>755</sup>.

Una vez el laudo haya sido dictado deberán los árbitros notificarlo a las partes (art. 37.5 LA<sup>756</sup>); dicha notificación deberá realizarse en la forma y plazo que las partes hayan previamente acordado o bien que se establezca en el reglamento de la institución arbitral o en su defecto, mediante la entrega a cada una de las partes del arbitraje de un ejemplar del laudo, entrega que deberá cumplir las exigencias del artículo 5 LA.

---

<sup>753</sup> RTC 1988/ 43. BARONA VILAR, S., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, p. 228.

<sup>754</sup> Que no sea necesaria no significa que se impida la motivación del laudo.

<sup>755</sup> AC 2003/1202.

<sup>756</sup> Artículo inspirado en el artículo 31.4 de la Ley Modelo UNCITRAL.

Se trata de un requisito esencial ya que a partir de entonces comienza el plazo para que el laudo adquiera firmeza así como para que se posibilite la petición de corrección, aclaración o complemento del laudo (art. 39 LA) e incluso para que se interponga la anulación de éste (art 41 LA). La ley vuelve a dejar en manos de la autonomía de la voluntad de las partes la fijación de dicho plazo que ostentan los árbitros para notificar el laudo, y en su defecto, los árbitros deberán hacerlo dentro del término de seis meses (o de su prórroga) del que disponen para emitir el laudo.

### **E) Corrección, aclaración o complemento del laudo.**

Una vez ha sido firmado el laudo arbitral deviene invariable. Sin embargo, la ley arbitral permite ciertas posibilidades de modificación del laudo aunque únicamente en aspectos que no resultan en absoluto fundamentales, por lo que no supone una excepción al principio de invariabilidad del laudo; estas opciones son: la corrección, aclaración o complemento del laudo<sup>757</sup>.

La corrección, aclaración o complemento del laudo vienen reguladas en el artículo 39 LA<sup>758</sup> y, a pesar de comentarlas ahora, también son predicables del laudo conciliatorio que estudiaremos en el siguiente apartado. Se trata de actuaciones complementarias y comunes a los procesos judiciales aunque con algunas pequeñas especialidades.

El artículo 39 LA señala que dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo a las partes y salvo que éstas hayan convenido otra cosa, podrán solicitar a los árbitros:

a) La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar<sup>759</sup>. Ello implica rectificar determinados errores tales como un

---

<sup>757</sup> Elocuentes resultan las palabras de BARONA VILAR al respecto, quien realiza un breve estudio sobre la excepción al principio de invariabilidad de los laudos arbitrales y del carácter no absoluto de este principio que ha permitido que nuestro ordenamiento haya configurado alguna excepción al mismo, afirmando que la denominada aclaración de resoluciones no es un verdadero recurso. *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit, pp. 1297-1303.

<sup>758</sup> El artículo 39 LA parte de la base del artículo 33 de la Ley Modelo UNCITRAL, no obstante se observan algunas diferencias, como por ejemplo, los plazos más breves que se desprenden de la ley arbitral española (excepto cuando se trate de un arbitraje internacional). En lo que a las sentencias judiciales respecta, se pronuncian las leyes procesales en términos similares, concretamente en los artículos 214 y 215 LEC y 267 LOPJ (modificado por la LO 19/2003 de 23 de diciembre).

<sup>759</sup> La SAP Madrid de 24 de septiembre de 2003, (JUR 2003/22969) señala, respecto a la expresión "de naturaleza similar": "no concede una patente de corso para rectificar cualquier error ya que la semejanza o analogía debe predicarse de los anteriores errores reseñados, por

error de cálculo de los intereses de las partes, la cuantía a la que se condena al demandado, la confusión de determinados términos a la hora de denominar cualquier concepto, etc.

b) La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo, es decir, la interpretación de algún aspecto concreto del laudo<sup>760</sup>. Ello supone esclarecer los conceptos o expresiones que provocan confusión a las partes. Esta posibilidad aclaratoria pretende favorecer el cumplimiento de los requisitos internos del laudo que se refieren a la claridad, precisión y debida separación de pronunciamientos<sup>761</sup>.

c) El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él, es decir, respecto de aquellos aspectos que no han sido resueltos durante el procedimiento arbitral por el árbitro. El complemento lo ha añadido la nueva ley arbitral<sup>762</sup>, y no consiste ya en aclarar o corregir sino en añadir algo nuevo, solventando alguna cuestión sobre la que no se ha pronunciado el árbitro, lo que no supone en modo alguno que se pueda suprimir lo ya expresado en el laudo inicialmente dictado<sup>763</sup>.

Requieren todas ellas la petición de parte interesada, con la excepción de la novedad introducida por la ley arbitral de que los árbitros por propia iniciativa puedan proceder a la corrección de los errores de cálculo, de copia, tipográficos o de naturaleza similar (art 39. 3 LA).

Se deberán solicitar dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, a diferencia de la ley anterior en la que el plazo era de cinco días a no ser que se hubiera acordado otro plazo<sup>764</sup>; dicho plazo resulta inferior al de

---

*lo que debe quedar reducida a errores en nombres, apellidos, domicilios, parentescos o indicar demandante a quien es demandado”.*

<sup>760</sup> La ley arbitral anterior ya contenía en su artículo 36 una previsión al respecto si bien su alcance era menor, pues únicamente se refería a la aclaración de “algún concepto oscuro”, mientras que la nueva ley se refiere a la aclaración de una parte concreta del laudo.

<sup>761</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, p. 1307.

<sup>762</sup> Utiliza la misma terminología que el artículo 216 LEC, el cual en su apartado segundo señala que las sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones sustanciadas en el proceso podrán ser subsanadas mediante auto por el que el Tribunal resolverá completar la resolución.

<sup>763</sup> Diferenciamos junto a BARONA VILAR S., entre exhaustividad y congruencia como requisitos del laudo, suponiendo la falta de exhaustividad la omisión de algún punto objeto de debate en el proceso arbitral que podrá paliarse a través de la aclaración que estamos comentando, mientras que la incongruencia comporta la exigibilidad de la debida correlación entre la actividad desplegada por las partes en un proceso arbitral y aquella del árbitro que supondrá un motivo de anulación del laudo (art. 41.1.c LA). *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., pp. 1311 y ss.

<sup>764</sup> Vid. SAP Navarra de 7 de mayo de 2003 (JUR 2003/166929).

treinta días previsto en la Ley Modelo UNCITRAL (art. 33). Sin embargo, no olvidemos que en primer lugar debe presidir la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de fijar dicho plazo<sup>765</sup>. Llama la atención que se trate de un plazo superior al que se requiere en el caso de las sentencias judiciales<sup>766</sup>; acertada resulta la ampliación de los plazos previstos cuando se trate de un arbitraje internacional en el que los plazos de diez y veinte días, serán ahora de un mes y dos meses respectivamente<sup>767</sup>. En todo caso, dicha solicitud habrá de ser notificada a la otra parte.

La ley prevé que los árbitros den audiencia a las demás partes antes de resolver la solicitud de aclaración, corrección o complemento, novedad respecto a la anterior ley. Tras dicha audiencia, los árbitros resolverán sobre las solicitudes de corrección de errores y de aclaración en el plazo de 10 días y, sobre la solicitud de complemento en el plazo de veinte días. Se trata de plazos que no son disponibles por las partes a diferencia de los que ocurre con los plazos de su solicitud. Resulta comprensivo que el plazo que se otorga para el complemento del laudo sea superior a los otros dos por la mayor complejidad que puede conllevar.

Las resoluciones deberán reunir los requisitos de forma, contenido y notificación relativos al laudo que se desprenden del artículo 37 LA, pues la ley señala que lo dispuesto en este artículo se aplicará a este tipo de resoluciones, por lo que a su comentario nos remitimos. Sin embargo, debemos tener en cuenta que no podremos trasladar lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 37 LA referentes a la posibilidad de que se dicte un solo laudo o tantos como se estime pertinentes ni tampoco el plazo contenido para dictar la resolución, pero sí será aplicable el resto de apartados de este extenso artículo.

---

<sup>765</sup> Al respecto la ley no fija ni un plazo mínimo ni uno máximo, pero debe entenderse que en todo caso dicho plazo deberá contenerse dentro de los dos meses siguientes a la notificación del laudo, al igual que ocurre con la acción de anulación, para evitar que se solicite la corrección, aclaración o complemento de una laudo contra el que ya se ha dictado una sentencia resolviendo la anulación del mismo.

<sup>766</sup> Cuando se trata de la aclaración de una sentencia judicial, dicha petición debe realizarse dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la sentencia (art. 214.2 y 215.1 LEC), en el supuesto de complementación será de cinco días desde que se dictó la sentencia si se realiza de oficio y si por el contrario los solicita la partes será de cinco días desde la notificación (art. 215. 2 LEC).

<sup>767</sup> La razón de esta ampliación viene expresada en la Exposición de Motivos de la ley arbitral quien al respecto señala: *"En la regulación de la corrección y aclaración del laudo se modifican los plazos, para hacerlos más adecuados a la realidad, y se distingue en función de que el arbitraje sea interno o internacional, dado que en este último caso puede bien suceder que las dificultades de deliberación de los árbitros en un mismo lugar sean mayores"*.

Contra la resolución del árbitro al respecto no cabrá plantear ningún medio de impugnación a no ser que se integre dentro del contenido del laudo principal que inicialmente se dictó.

### 3) Laudo conciliatorio

Como hemos venido manifestando en innumerables ocasiones a lo largo del presente trabajo, la libertad y autonomía de la voluntad de las partes rige en todo momento el proceso arbitral<sup>768</sup> y una de las manifestaciones más destacables de dicho poder de disposición de las partes es la relativa a la posibilidad que gozan las partes de convenir un laudo que ponga fin, total o parcialmente, de forma no contradictoria a la controversia objeto del arbitraje y por tanto, al proceso arbitral<sup>769</sup>.

Esta posibilidad viene recogida en el artículo 36 de la ley arbitral y se trata de un precepto que reproduce de forma prácticamente idéntica, aunque con alguna diferencia que luego estudiaremos, el tenor literal del artículo 30 de la Ley Modelo CNUDMI, el cual proclama: *“1) Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. 2) El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio”*.

Sin embargo, nada preveía al respecto la ley arbitral anterior de 1988, aunque ello no era óbice para que las partes convinieran dicho acuerdo en ejercicio de su autonomía de la libertad, y de hecho, ésta era una práctica habitual<sup>770</sup>.

---

<sup>768</sup> Recordemos el ATC de 20 de julio de 1993 (RTC 1993/259), quien manifiesta claramente que la libertad de las partes en el proceso arbitral es el fundamento y motor de esta institución.

<sup>769</sup> Se refuerza así con esta oportunidad concedida a las partes, si cabe aun más, la autonomía de la voluntad de las partes.

<sup>770</sup> El artículo 21.2 LA 1988 se expresaba en los siguientes términos: *“El desarrollo del procedimiento arbitral se regirá por la voluntad de las partes o por las normas establecidas por la Corporación o Asociación a la que se haya encomendado la administración del arbitraje y, en su defecto, por acuerdo de los árbitros”*. No debemos confundir esta posibilidad con la que otorgaba el artículo 11. 2 de la ley de arbitraje de 1988 relativa a la facultad de las partes de



La nueva ley arbitral ya regula expresamente esta posibilidad, que si bien no resulta eminentemente necesaria para su permisibilidad, en razón de la libertad y autonomía de las partes en el proceso arbitral, si resuelve determinadas dudas o lagunas que podrían presentarse si dicha regulación no apareciera expresamente regulada en la ley, como principalmente ocurre con los efectos jurídicos que se le deben otorgar a dicho laudo conciliatorio, pues ante la ausencia de dicha regulación, no se le podría atribuir a este laudo los mismos efectos que a un laudo contradictorio como ocurre en la actualidad, sino que se trataba de un mero acuerdo privado entre los sujetos del arbitraje y como tal, adquiriría esa naturaleza y eficacia.

### **A) Requisitos**

Razones de claridad expositiva recomiendan la separación en diversos puntos numerados y separados de cada uno de los requisitos fundamentales que deben apreciarse para la consecución de dicho acuerdo conciliatorio que decide poner fin al procedimiento arbitral y, siguiendo en parte la sistemática empleada por BARONA VILAR, éstos son<sup>771</sup>:

a) Se trata de un acuerdo de las partes, pues consiste en una transacción o acuerdo que deben adoptar las partes en el proceso arbitral una vez éste haya comenzado y no con anterioridad a su inicio.

b) Dicho acuerdo deberá expresar la voluntad de ambas partes pues deben intervenir ineludiblemente las dos partes del proceso ya que su homologación por el árbitro se solicita siempre a instancia de parte. Este requisito resulta obvio en el sentido de que las partes deberán estar de acuerdo para que se elimine la contradicción y pueda dictarse un laudo conciliatorio. Al desaparecer la contradicción deja de tener sentido la continuación del proceso.

No resulta preciso que haya equivalencia o igualdad entre las concesiones que se hagan recíprocamente las partes, incluso sería viable que una de las partes no realizara ninguna concesión, siempre y cuando claro está, haya un consenso entre ambas.

---

renunciar de mutuo acuerdo al arbitraje quedando expedita la vía judicial, ni con la posibilidad recogida en el artículo 31 de esa misma ley donde las partes podían de común acuerdo desistir del arbitraje.

<sup>771</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, pp. 1162 y ss.

c) El acuerdo se refleja en una resolución dictada por el árbitro del proceso, resolución que revestirá la forma de laudo.

La ley no dice nada respecto a cómo debe realizarse la petición al árbitro, por tanto, consideramos que será perfectamente admisible tanto si se realiza por escrito como cuando se ponga en conocimiento de los árbitros de forma oral. En el caso de que se formule por escrito, resultará irrelevante el soporte que se utilice siempre y cuando deje constancia fehaciente e inequívoca de la voluntad de las partes, realizándose en el arbitraje *on line* dicha petición siempre por medios electrónicos, siendo también irrelevante que lo soliciten las partes en un mismo documento o en documentos separados; si se pretende realizar dicha solicitud de una manera oral, consideramos deberá documentarse en las actas del procedimiento<sup>772</sup>.

Con carácter general ante tal petición de las partes, los árbitros procederán a dictar el laudo, pero excepcionalmente puede ocurrir que los árbitros aprecien motivos para oponerse a dicho acuerdo conciliatorio, tal y como dispone el artículo 36 LA. La ley no se pronuncia respecto a los motivos o circunstancias que debe apreciar el árbitro para dicha oposición y se limita a señalar: *“Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes”*.

Nos preguntamos, por tanto, que motivos puede apreciar el árbitro para oponerse a dicha transacción pues la Exposición de Motivos de la LA señala: *“los árbitros no pueden rechazar esta petición discrecionalmente, sino sólo por una causa jurídica fundada”*. A nuestro juicio y, compartiendo el de parte de la doctrina<sup>773</sup>, dicha capacidad de oposición debe ser restringida y únicamente los árbitros podrán oponerse cuando dicho acuerdo resulte contrario al interés general o al orden público, perjudique a terceros o sea contrario a alguna norma imperativa (arts. 6. 2, 3 y 4 cc y art. 19.1 LEC), es decir, los mismos

---

<sup>772</sup> GARBERI LLOBREGAT, J, *Comentarios a la ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje*, AAVV, (coord. GARBERI LLOBREGAT, J), Bosch, Barcelona, 2004, p. 861.

<sup>773</sup> Entre otros, HIERRO HERNÁNDEZ-MORA e HINOJOSA SEGOVIA, R., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., p. 390.

límites materiales que afectan a cualquier tipo de negocio jurídico<sup>774</sup>. Nada más dispone la ley arbitral para el caso en que los árbitros procedan a dicha oposición.

d) En cuanto a los límites temporales de dicho acuerdo, podemos concluir que el *dies a quo* o momento a partir del cual podrán las partes convenirlo, resultará imprescindible que el procedimiento arbitral haya comenzado y dicho momento será, según el artículo 27 LA, “la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje”<sup>775</sup>, mientras que el *dies ad quem* vendrá determinado por el momento en que se ponga fin a la actuación arbitral, que tal y como dispone el artículo 38 LA será cuando los árbitros dicten el laudo definitivo.

e) El laudo que dicten los árbitros pronunciándose sobre el acuerdo de las partes deberá presentar los mismos requisitos que se predicen del laudo contradictorio y se regulan en el artículo 37 LA, con la única excepción de que este laudo no tendrá la obligación de ser motivado, tal y como señala el párrafo cuarto del artículo 36 LA<sup>776</sup>.

f) A diferencia de la Ley Modelo UNCITRAL, y ésta es la única diferencia que encontramos entre el presente precepto (art. 36 LA) y su correlativo en la Ley Modelo (art. 30 LM) que nada dice al respecto, la ley arbitral 60/2003 reconoce la posibilidad de que dicho acuerdo entre las partes cuyo objetivo es finalizar la controversia sea parcial, esto es, se refiera únicamente a un punto, a varios o a todos los del convenio arbitral<sup>777</sup>. Las consecuencias jurídicas de dicho acuerdo serán diferentes y las veremos a continuación, pues dependiendo de si dicho acuerdo afecta a la totalidad del objeto del arbitraje o únicamente a parte de él, los árbitros finalizarán las actuaciones por completo o

---

<sup>774</sup> En lo que respecta al arbitraje, además, el acuerdo no podrá contener ni convenir materias no disponibles por las partes.

<sup>775</sup> Véase al respecto la polémica que plantea ESPLUGES MOTA, C., en relación al momento a partir del cual se considera se inicia el procedimiento arbitral en, *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, pp. 967- 986.

<sup>776</sup> Recordemos que son dos las excepciones que proclama la ley arbitral a la exigencia general contenida en el artículo 37 LA de que todo laudo debe ser motivado: la primera de ellas será cuando las partes así lo decidan de común acuerdo y la segunda consiste en el supuesto que estamos estudiando y que viene previsto en el artículo 36 LA, es decir, cuando nos encontremos ante un laudo conciliatorio.

<sup>777</sup> Tampoco se regula la posibilidad de este acuerdo parcial en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil que regula este modo de terminación anormal del proceso en sus artículos 19 y 415 LEC.

por el contrario sólo clausurarán el proceso respecto a la parte de la controversia que los sujetos han convenido.

Nada impide tampoco que cuando nos encontremos ante un arbitraje en el que existe una pluralidad de sujetos dentro de cada una de las partes (lado activo o lado pasivo) únicamente se pongan de acuerdo algunas de ellas, y a lo dicho con anterioridad me remito respecto a las consecuencias jurídicas del laudo que se dicte, aunque esta vez centrándome en el aspecto subjetivo del arbitraje.

## **B) Efectos**

Los efectos jurídicos que va a provocar el acuerdo de las partes sobre la pretensión que ejercitaron en su momento y ahora deciden finalizar de común acuerdo pueden resumirse principalmente en tres<sup>778</sup>:

a) En primer lugar, desaparece el objeto del litigio, la pretensión que en su día formularon las partes ya no existe pues éstas han llegado a un acuerdo. Por tanto y como consecuencia de ello, termina el proceso arbitral al desaparecer el conflicto jurídico que lo provocó.

b) Finaliza la función del árbitro como tercero neutral que va a solucionar el conflicto. Cesa su cargo y sus poderes pues al igual que en su día las partes decidieron otorgar al árbitro dicho cargo, ahora ellas mismas son quienes voluntariamente deciden ponerle fin a sus funciones.

c) Finalmente, se dicta un laudo que presenta la misma eficacia que cualquier otro laudo sobre el fondo del asunto (art.36.2 LA), es decir, producirá efectos de cosa juzgada y constituirá título ejecutivo.

Según la situación ante la que nos encontremos los efectos de dicho laudo serán diferentes, y por ello distinguimos entre:

---

<sup>778</sup> No debemos confundir este laudo conciliatorio con el auto de homologación de una transacción llevada a cabo por las partes. La eficacia de estas resoluciones son completamente distintas. Esta es la razón principal por la que el legislador arbitral español ha eludido el empleo del término "transacción" que emplea la Ley Modelo cuando se refiere a este laudo convenido por las partes.

- Cuando existe un acuerdo entre las partes total, es decir, con relación a la totalidad de las pretensiones ejercitadas y entre todas las partes intervinientes, en este caso finaliza el proceso arbitral.

- Si por el contrario nos encontramos ante un acuerdo parcial, bien sea en relación con las pretensiones o bien subjetivamente, es decir, con las partes del convenio, en estos supuestos finalizará el proceso pero únicamente respecto a aquellos aspectos o partes que lo han convenido, continuado por el contrario el proceso arbitral respecto de aquellas pretensiones o frente a aquellas partes que no consiguieron alcanzar ningún acuerdo.

### **C) Breve reflexión en torno a la mediación**

No me gustaría finalizar este apartado sin antes realizar una breve reflexión acerca de la posibilidad de que en la ley arbitral se hubiera regulado, siguiendo el espíritu conciliador del artículo 36 LA, la institución de la mediación.

Lamentamos, junto a BARONA VILAR, que la nueva ley arbitral no haya realizado ni siquiera una mención o referencia a la mediación, haciendo oídos sordos al éxito e importancia que dicha institución está alcanzando en la práctica en el ámbito de la resolución alternativa de conflictos estos días<sup>779</sup>. Resulta inexplicable e incluso intolerable que una ley tan actual como es la ley de arbitraje no haya incluido en su articulado la posibilidad de una mediación o conciliación como cauce previo del arbitraje<sup>780</sup>.

Esta posibilidad, sin embargo, si existe en el ámbito del consumo y viene regulada concretamente en el artículo 4 del RD 636/1993 de 3 de mayo por el que se regula el sistema arbitral de consumo en el que se reconoce expresamente la viabilidad de la mediación realizada por las Juntas arbitrales

---

<sup>779</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, pp. 1176-1193.

<sup>780</sup> En el sistema americano se contempla tal posibilidad en la gran mayoría de los juzgados de distrito federales, quienes han desarrollado unos programas de ADR dentro de ellos, que consisten en que antes de solucionar un litigio los jueces y tribunales, las partes o bien traten de solucionar sus conflictos a través de mediadores o bien acudan al arbitraje. Ejemplo de ello, se lleva a cabo en la *Civil Court of New York*, donde ante procesos que pretendan resolver litigios cuyo valor no supera los 5000 dólares, el juez ofrece a las partes la posibilidad de asistir bien a una mediación o bien a un arbitraje en el mismo recinto de los juzgados de una manera gratuita y que se llevará a cabo por mediadores o árbitros voluntarios que tratarán de resolver el litigio evitando acudir a los tribunales. Con ello ayudan fuertemente a evitar el colapso de estos tribunales y a agilizar la Justicia.

de Consumo. Consiste en una mediación preprocesal o prearbitral por la que el árbitro trata de conseguir que las partes adopten un contrato entre ellas para evitar acudir al arbitraje, sin que se proclame un laudo y consecuentemente sin los efectos del artículo 36 LA. Este intento de conciliación de los árbitros en el arbitraje de consumo no es preceptivo sino que la norma indica que el árbitro “deberá” intentarlo y no simplemente “podrá”.

Podemos concluir que aunque la ley arbitral no prevé expresamente dicha posibilidad, no encontramos obstáculo alguno a esta práctica. Nada impide tampoco que los reglamentos de las instituciones arbitrales lo contemplen como paso previo al arbitraje<sup>781</sup>.

## II. EFECTOS DEL LAUDO

Una vez el laudo ha sido dictado por el árbitro, el principal efecto que produce es el de cosa juzgada, al igual que una sentencia judicial. Existen dos medios de impugnación del efecto de cosa juzgada del laudo, éstos son: la anulación y la revisión del laudo.

### 1) Cosa juzgada

Si el arbitraje pretende ser una alternativa a la solución jurisdiccional de las controversias, además de presentar todas las ventajas ya indicadas a lo largo del presente estudio, resultará imprescindible que tenga la misma fuerza que las sentencias judiciales, es decir, tenga fuerza ejecutiva y eficacia de cosa juzgada.

En este sentido, el principal efecto que produce el laudo es el de cosa juzgada<sup>782</sup>. Al respecto, el artículo 43 de la ley de arbitraje señala que el laudo firme produce efectos de cosa juzgada y, si a ello unimos los artículos 44 LA y 517.2.2 LEC que reconocen al laudo como título ejecutivo, podemos afirmar que el laudo arbitral tiene la misma fuerza que una sentencia judicial. Por tanto,

---

<sup>781</sup> Otra institución que se está desarrollando en los últimos tiempos es la del “Med- Arb”, no entraremos en su estudio por exceder del objeto de nuestro trabajo, pero recomendamos al respecto la lectura de, BARONA VILAR, S., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., pp. 1187 y ss, y GOLDBERG, S., *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, Aspen Law & Business, Nueva York, 1999, pp. 278 y ss.

<sup>782</sup> Éste ha sido uno de los principales argumentos a favor de la teoría jurisdiccionalista de la naturaleza jurídica del arbitraje.

será de aplicación al laudo firme toda la doctrina procesal existente respecto a la cosa juzgada de las sentencias judiciales.

A pesar de que la Ley Modelo UNCITRAL no regula expresamente la cosa juzgada del laudo sino que se limita en su artículo 34 a regular la acción de anulación de éste, el artículo 43 de la ley arbitral relativo a la cosa juzgada del laudo no es en una novedad legislativa, pues la ley arbitral de 1988 ya lo contemplaba, sin embargo, disponía en su artículo 37, en nuestra opinión desafortunadamente, que *“el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada”*, mientras que la nueva ley arbitral cambia la terminología empleada y señala que *“el laudo firme produce efectos de cosa juzgada”*<sup>783</sup>.

Compartimos la opinión de TORIBIOS FUENTES al señalar que cuando el artículo 43 LA dice que el laudo firme produce efectos de cosa juzgada no quiere decir que sus efectos sean equivalentes, funcionalmente idénticos aunque jurídica y conceptualmente distintos, externamente iguales pero internamente diferentes; sino que quiere decir que la eficacia de cosa juzgada de una sentencia judicial y la de un laudo arbitral son jurídica y conceptualmente iguales y su funcionalidad opera con el mismo alcance y eficacia<sup>784</sup>.

---

<sup>783</sup> Los trabajos parlamentarios de elaboración del artículo 37 del proyecto de ley de 1988 fueron objeto de numerosas enmiendas. Vid. una completa relación de las enmiendas presentadas en LORCA NAVARRETE, A. M., *Comentarios a la ley de arbitraje*, cit., pp. 226 y 227.

Es por ello que respecto a la ley anterior autores como ROCA MARTÍNEZ llegaron a manifestar que el artículo 37 LA no instauraba que el laudo arbitral produjera cosa juzgada considerando que ésta se reservaba para las decisiones judiciales, sino que proclamaba para el laudo arbitral una eficacia idéntica a la cosa juzgada, señalando así el mismo autor que *«se podría hablar de una ficción, por cuanto el laudo firme actúa como si produjera efectos de cosa juzgada (efectos idénticos, sin ser cosa juzgada). Arbitraje e Instituciones arbitrales*, cit., p. 69.

<sup>784</sup> *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje...*, cit., p. 686. En este mismo sentido se pronuncian las SAP Barcelona de 24 de mayo 2000 (JUR 2000/223881) y SAP Burgos de 27 septiembre de 1999 (AC 1999\6578), en las que se proclaman los efectos jurídicos del laudo como equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden tener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, es decir, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada, siguiendo la misma línea que numerosas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, destacando entre ellas la STC de 22 de marzo de 1991 (RTC 1991/62) y la STC de 4 de octubre de 1993 (RTC 1993/288), en las que se pretende la obtención de una decisión final al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada, con declaración de derechos y obligaciones recíprocas de las partes contendientes, y que se encuentra revestida de “Auctoritas” por imperativo de la ley. Igualmente el AAP Madrid, de 20 julio 2002 (AC 2003\238) afirma: *“El laudo de condena -que a estos efectos se equipara a la sentencia de condena firme-, produce dos efectos fundamentales: cosa juzgada y ejecutividad. Ambos son consecuencia de la declaración -en principio irrevocable- de la existencia del derecho del actor reconocido en el laudo o en la sentencia y de la responsabilidad en que ha incurrido el demandado. La cosa juzgada supone la imposibilidad de someter de nuevo a la consideración judicial la misma materia que fue objeto del proceso (función negativa de la cosa juzgada), o la vinculación del Juez de un segundo proceso a lo decidido en el primero (función positiva de la cosa juzgada)...”*.

Respecto a la ley arbitral anterior ha variado la ubicación de la regulación de la cosa juzgada en la ley. En la ley de 1988 se encontraba en el último de los preceptos que regulaban el laudo arbitral mientras que ahora viene recogido tras la regulación de la anulación del laudo. Resulta incorrecta dicha ubicación, pues consideramos, que la anulación es una acción impugnatoria de la cosa juzgada del laudo, por lo que la proclamación del efecto de cosa juzgada debe regularse con anterioridad y, posteriormente deberá referirse la ley a los cauces por los que se puede atacar la cosa juzgada.

### **A) Tipos de cosa juzgada**

Podemos distinguir, como tradicionalmente ha hecho y sigue haciendo la doctrina, dos tipos de cosa juzgada: la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material:

#### **a) Cosa juzgada formal**

La cosa juzgada formal es aquella que presenta efectos internos en el proceso al proyectarse sobre el mismo proceso arbitral en el que se dictó el laudo, es decir, su eficacia existe únicamente dentro del proceso arbitral y se predica de todas las resoluciones que en él se dicten menos en aquellas que ponen fin al mismo. En este sentido, el laudo condiciona que los árbitros se encuentren vinculados en cualquier actuación que pueda producirse en el proceso arbitral y a *sensu contrario*, ni los árbitros ni siquiera las partes podrán desconocer las decisiones que se han adoptado previamente. El fundamento o razón de ser de la cosa juzgada formal lo hallamos en la seguridad jurídica así como en la necesidad de que el proceso se desarrolle ordenadamente.

En este sentido, el artículo 207.3 LEC proclama que las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas, además, el párrafo cuarto de este mismo artículo señala que transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella.



Con base en estos dos artículos, cualquier resolución es inamovible respecto de los árbitros que la dictaron. Es por ello que *«una vez notificadas, las resoluciones arbitrales deviene intangibles para los árbitros que las dictaron, quienes no pueden modificarlas ni siquiera estén completamente convencidos de que son erróneas o injustas (arts 267 LOPJ, 207.4 LEC). A esta interna vinculación del juzgador (juez o arbitro) suele llamarse invariabilidad de las resoluciones (art. 214 i. I LEC)»*<sup>785</sup>.

Que el tribunal quede vinculado por su propia decisión y en la continuación del proceso, significa, en palabras de MONTERO AROCA que<sup>786</sup>:

a) No podrá dictar una resolución que resuelva en sentido contrario a lo decidido en una resolución anterior con fuerza de cosa juzgada.

b) Todas las resoluciones posteriores han de partir del presupuesto lógico de lo decidido en las resoluciones anteriores con fuerza de cosa juzgada y en este mismo sentido, las partes no podrán pedir, en el desarrollo posterior del proceso, decisión judicial alguna que niegue estos efectos.

No debemos olvidar que la vinculación del árbitro no varía con la aclaración, corrección o subsanación, quienes nunca modificarán lo ya resuelto.

### **b) Cosa juzgada material**

La cosa juzgada material significa inatacabilidad del laudo que se ha dictado y responde a la seguridad jurídica, tratando de impedir que en un proceso posterior sobre el objeto ya decidido y sobre las mismas personas, se dicte un fallo contradictorio ya sea judicial o arbitral. Presenta efectos fuera del proceso y no dentro de él como sucedía con la cosa juzgada formal, sino en un eventual proceso posterior.

---

<sup>785</sup> FERNANDEZ- BALLESTEROS M. A., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...* (coord. GONZALEZ SORIA, J.), cit., p. 458.

<sup>786</sup> *Derecho jurisdiccional II...*, cit, p. 466.

En esta ocasión nos referimos a los laudos que resuelven sobre el fondo del litigio y no de aquellas resoluciones que se abstienen de entrar a conocer el fondo de la controversia como se deduce del artículo 222 LEC.

La cosa juzgada material del laudo implica dos funciones, una negativa y otra positiva consecuencia de la anterior. La primera de ellas es la función excluyente del laudo, que impide otro pronunciamiento posterior sobre lo ya resuelto en el laudo, en definitiva, se trata de evitar una decisión, bien sea judicial bien sea arbitral, sobre la misma pretensión, lo que tradicionalmente se ha llamado *non bis in idem* (no volver de nuevo sobre la misma cosa). A la función negativa se dedica el artículo 222.1 LEC cuando afirma que la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluye un proceso posterior<sup>787</sup>.

Por su parte, la función positiva es la función prejudicial que condiciona al juez o árbitro que resuelve una controversia conexa con la resuelta por el árbitro con anterioridad, a fallar en el mismo sentido que éste último y evitar pronunciamientos contradictorios; a ella se refiere el artículo 222.4 de nuestra LEC al señalar: *“lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”*<sup>788</sup>.

## **B) Laudos que producen cosa juzgada material**

Debemos tener claro a que laudos se refiere la ley cuando predica la fuerza de cosa juzgada pues, claramente, el artículo 43 LA proclama: *“El laudo firme produce efectos de cosa juzgada”*<sup>789</sup>. Para ello, debemos tratar en primer

---

<sup>787</sup> Esta función negativa no exige que en el proceso posterior se resuelva de una manera u otra, sino simplemente que no se resuelva sobre lo ya decidido en el proceso anterior.

<sup>788</sup> La Exposición de Motivos de la ley, aunque en relación a los laudos parciales, se refiere a esta función positiva de la cosa juzgada cuando predica: *“Así, por ejemplo, que primero se decida acerca de si existe responsabilidad del demandado y sólo después se decida, si es el caso, la cuantía de la condena. El laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable”*.

<sup>789</sup> A partir de ahora, cuando hablemos de cosa juzgada nos referiremos a la cosa juzgada material.

lugar de comprender que se entiende por laudo firme y si éste es diferente del laudo definitivo.

En la ley de arbitraje se hace referencia tanto al laudo definitivo en el artículo 40 LA como al laudo firme en el artículo 43 LA. Nos planteamos entonces, si dichos términos se corresponden con los del proceso judicial civil.

En el orden procesal civil y en base a los artículos 207 LEC y 245.3 LOPJ (redactado este último tras la reforma de la LO 19/2003 de 23 de diciembre), entendemos por resolución definitiva la que pone fin a la primera instancia y contra la que se pueden interponer los recursos pertinentes, mientras que la resolución firme es aquella contra la que no cabe recurso alguno. Sin embargo, como hemos repetido en numerosas ocasiones, contra el laudo arbitral no cabe recurso alguno, por ello no podemos extrapolar al ámbito arbitral el significado de las resoluciones definitivas y de las resoluciones firmes en base a si éstas son recurribles o no.

En definitiva, tal y como señala BARONA VILAR, el laudo arbitral que nuestro legislador ha denominado “definitivo” es aquel que pone fin al proceso arbitral. Pero no debemos confundirnos, pues este laudo definitivo no lo es en los mismos términos que proclama el artículo 207 LEC, ya que produce efectos de cosa juzgada desde que se dicta, siendo precisamente la acción de anulación un mecanismo de rescisión de dicha cosa juzgada. La ejecutabilidad del laudo depende de su firmeza y, por tanto, un laudo será firme desde el momento en que se dicta, *«entendiendo este termino desde el prisma del artículo 207 LEC y del artículo 245.3 LOPJ. Y es precisamente por ello por lo que la resolución firme es ejecutable, se le atribuye fuerza ejecutiva y se configura la regulación de la ejecución en los artículos 44 y 45 LA»*<sup>790</sup>.

La cosa juzgada también es predicable de los siguientes laudos:

- Laudo conciliatorio previsto en el artículo 36 LA, pues la misma ley señala en el párrafo segundo de este artículo, que estos laudos *“tendrán la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio”*.

- Respecto a los laudos parciales, recordamos que el artículo 37 LA otorga la posibilidad a los árbitros de dictar laudos sobre una parte de la controversia y en estos casos, deberá atribuirse a dicho laudo la eficacia de

---

<sup>790</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, pp. 1485 – 1493.

cosa juzgada. En lo que a las decisiones sobre la adopción o no de medidas cautelares a través de un laudo parcial se refiere, también consideramos deben adoptar éstas la fuerza de cosa juzgada<sup>791</sup>.

Sin embargo, nos preguntamos si dicha eficacia también se puede extender a aquellos laudos que la ley llama parciales y no entran a conocer el fondo del litigio sino que se limitan a resolver determinadas cuestiones meramente procesales que no inciden en la cuestión de fondo sino en la resolución de determinadas excepciones que se han planteado con carácter previo en el proceso, tales como la competencia de los árbitros, su recusación, etc. Al respecto, la doctrina no ha llegado a una decisión unánime y la LEC tampoco ha adoptado una solución<sup>792</sup>. Desde luego, consideramos que cuando los árbitros resuelvan mediante laudo sobre su propia competencia, se debe adoptar una interpretación desde el principio general de seguridad jurídica y por tanto, se deberá otorgar dicha eficacia de cosa juzgada que impedirá que sucesivamente se esté cuestionando la competencia del árbitro.

- No producirán efecto de cosa juzgada las decisiones que ponen fin al proceso de una manera anormal quedando el objeto del litigio imprejuizado, como ocurre, por ejemplo, con el sobreseimiento.

### **C) Requisitos de la cosa juzgada**

Resulta imprescindible delimitar en primer lugar cual es el objeto de la controversia a la hora de determinar la cosa juzgada del laudo, pues el artículo 222 LEC señala que el efecto de cosa juzgada excluirá conforme a la ley un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo. Siguiendo a FERNANDEZ- BALLESTEROS forman el objeto del proceso<sup>793</sup>:

---

<sup>791</sup> CALDERÓN CUADRADO esclarece, aunque trasladado al proceso jurisdiccional, que si los presupuestos que se alegaron en el momento de adoptar una medida cautelar permanecen, la resolución cautelar es inalterable. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 262 -270.

<sup>792</sup> MONTERO AROCA, J., considera que no deben darse pronunciamientos diferentes sobre dichas cuestiones procesales en "La cosa juzgada: conceptos generales", *Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada, costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)*, CGPJ, Madrid, 1995, (curso dirigido del Consejo General del Poder Judicial), pp. 67- 109, mientras que DE LA OLIVA SANTOS, A., excluye claramente la eficacia de la cosa juzgada de dichas resoluciones de carácter procesal en *Sobre la cosa procesal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 39.

<sup>793</sup> *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, (coord. GONZALEZ SORIA, J.), cit., pp. 460 y ss.

- a) La acción o acciones que el actor afirma en la demanda.
- b) La reconvencción que, en su caso, interponga el demandado.
- c) Todas aquellas cuestiones que forman parte *ope legis* del objeto del proceso.
- d) No son, sin embargo, las defensas y excepciones materiales que oponga el demandado.

Serán requisitos imprescindibles para que un proceso posterior quede excluido por la cosa juzgada del proceso anterior en el tiempo que: (1) exista una identidad entre los sujetos de la controversia, (2) se solicite lo mismo, es decir, coincida el *petitum* y por último, (3) sea la misma la causa de pedir.

(1) Mismos sujetos: debe existir una identidad de los sujetos de la controversia. Para determinar quienes son los sujetos de la controversia nos remitimos a lo dicho en el apartado correspondiente<sup>794</sup>. Sin embargo, si queremos dejar claro que si hay identidad de sujetos cuando se permite por ley que la cosa juzgada afecte a determinados terceros que si bien no fueron parte en el proceso, si gozarán de dicha cosa juzgada pues pudieron ser parte en el proceso pero por determinadas circunstancias no lo fueron; entre ellos destacamos, los herederos y causahabientes como consecuencia de una sucesión, el sustituto legitimado y el substituido, los sujetos que sin ser litigantes son titulares de los derechos que fundamentan la legitimación de los sujetos conforme al artículo 11 LEC como son los consumidores y usuarios, etc. Los sujetos deberán actuar en la misma calidad que lo hicieron en el primer proceso<sup>795</sup>.

(2) Mismo *petitum*: Debe coincidir lo que piden las partes en el nuevo proceso con lo que solicitaron en el proceso arbitral anterior, para ello atenderemos a la pretensión de la demanda y a la de la reconvencción. Al igual que ocurre en el proceso jurisdiccional, las pretensiones de las partes pueden ser de condena, meramente declarativas y constitutivas.

---

<sup>794</sup> Cfr. pp. 201 y ss.

<sup>795</sup> Cuando hablamos de la calidad de parte no nos referimos a la posición que ocupan las partes en el proceso, sino a lo que autores como MONTERO AROCA, consideran identidad jurídica. *Derecho jurisdiccional II...*, cit., p. 476. Es por ello que autores como, FERNANDEZ BALLESTEROS, consideran que existe identidad de sujetos aunque quien fue demandado ejercite posteriormente una acción como demandante. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...* (coord. GONZÁLEZ SORIA, J), cit., p. 463.

(3) Misma causa de pedir: la causa de la pretensión resulta relevante cuando las mismas partes presentan la misma petición pero fundada en una causa de pedir distinta, por lo que la causa de pedir o *causa petendi* debe incluirse en lo juzgado. El Tribunal Supremo ha manifestado diversos pronunciamientos respecto al significado de la causa de pedir, entre ellos destacamos la STS de 20 de julio de 2001, donde se define la *causa petendi* como los hechos jurídicamente relevantes para fundamentar la pretensión<sup>796</sup>.

#### **D) Tratamiento procesal**

Si una de las partes de la controversia acudiera a un segundo proceso arbitral con la misma pretensión ante la insatisfacción de la resolución por el tribunal arbitral anterior, deberá ser la otra parte de la controversia, es decir, la parte demandada en el nuevo proceso, la que alegue que dicha controversia ya se ha resuelto previamente por otro tribunal arbitral y, por tanto, será ésta quien deba excepcionar la cosa juzgada. El efecto de cosa juzgada se alegará como excepción al arbitraje como muy tarde en el momento de presentar la contestación a la demanda (art. 22. 2 LA)<sup>797</sup>.

Ante la alegación de la excepción de cosa juzgada los árbitros deberán resolver; para tratar de evitar un nuevo proceso que llevaría a la nada deberán hacerlo cuanto antes posible, aunque nada impide que lo resuelvan con el laudo final. En todo caso, dicha resolución no es recurrible, lo único que podrá hacerse será anular el laudo dictado que resuelve la cuestión principal tanto de manera independiente como conjuntamente con la anulación que se pretenda.

Debemos tener en cuenta que la cosa juzgada existe indefinidamente en el tiempo, nunca desaparece. Sin embargo, la relación jurídica sobre la que se predica si puede modificarse con el paso del tiempo, pudiendo aparecer o surgir, por ejemplo, una nueva *causa petendi* que provoque la existencia de un

---

<sup>796</sup> RJ 2001/6863. MONTERO AROCA manifiesta que la cosa juzgada tiene que comprender, como causa de pedir, todos los hechos que pudieron alegarse como constitutivos de la pretensión hasta el último momento de preclusión de las alegaciones. *Derecho jurisdiccional II....*, cit, p. 479.

<sup>797</sup> Sin embargo, cuando se presente la demanda ante un órgano jurisdiccional en el juicio ordinario, se alegará la cosa juzgada de un procedimiento arbitral en el trámite de la audiencia previa (art. 421 LEC) y en el juicio verbal en el comienzo de la vista oral (art. 443 LEC).

nuevo proceso entre las mismas partes y sobre la misma pretensión que los árbitros deban resolver.

## 2) Impugnación del laudo

La actividad que llevan a cabo los árbitros en el desarrollo del proceso arbitral está sujeta a errores o fallos que pueden provocar laudos arbitrales injustos. Para evitarlo, nuestra ley arbitral otorga a las partes unos instrumentos que permiten la anulación o revisión del laudo que les ha provocado un perjuicio; estos instrumentos son lo que denominamos medios impugnatorios.

No existen recursos contra el laudo, pero sí medios impugnatorios de la cosa juzgada que el laudo firme produce. La impugnación del laudo se encuentra regulada en el título VII de la ley de arbitraje, concretamente en sus artículos 40 a 43 LA, donde se establece un doble sistema de medios impugnatorios contra el laudo: la anulación y el proceso de revisión del laudo, fijando la ley el procedimiento a seguir en el caso de la revisión expresamente y en la anulación por remisión a los establecido en nuestra LEC. Ambas instituciones son medios rescisorios, es decir, nuevos procesos en los que se ejercita una pretensión de rescisión de la cosa juzgada<sup>798</sup>.

Nos encontramos, una vez más, con la intervención de los órganos jurisdiccionales en el desarrollo del procedimiento arbitral, como también ocurre en el nombramiento y remoción de los árbitros (art. 8.1, 15 y 19 LA), en la asistencia para la práctica de la prueba (arts 8.2 y 33 LA), en la adopción de medidas cautelares (arts 8.3 LA y 722 -724 LEC) y en la ejecución forzosa del laudo (arts. 8.4. y 6, 44, 45, 46 LA y 517.2.2 LEC), actividades jurisdiccionales todas ellas tendentes a facilitar y hacer efectivo el arbitraje, pero que *en modo alguno se inmiscuyen en lo que constituye la esencia misma del arbitraje*, es decir, en constituir un medio alternativo al proceso jurisdiccional, pues, *en ningún momento sustituyen a los árbitros en los cometidos que le son propios*<sup>799</sup>.

---

<sup>798</sup> BARONA VILAR, S., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 1327.

<sup>799</sup> GARBERI LLOBREGAT, J., *Comentarios a la ley 60/2003...*, cit, p. 950. Vid. asimismo, MUNOZ SABATE, L., "Sobre la irrecurribilidad del laudo", *La Ley*, nº 4, 1990, pp. 76 – 79. Pese a la dicción literal del artículo 8 LA referente a los tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje, la intervención de los órganos jurisdiccionales no se limita a estos

## A) Anulación

La acción de anulación viene regulada en los artículos 40, 41 y 42 de la ley de arbitraje y es, tal y como ha definido GARBERI LLOBREGAT, una *«acción procesal de naturaleza impugnatoria, no autónoma y de carácter extraordinario, que el ordenamiento confiere a quienes hayan sido parte en un previo procedimiento arbitral, y resulten de algún modo gravados por el laudo definitivo que haya puesto término al mismo y aún no haya alcanzado la firmeza, y a través de cuyo correcto ejercicio puede obtenerse de los tribunales competentes del Poder Judicial una revisión jurisdiccional ... materialmente limitada al estricto, restringido y taxativo catálogo de los posibles motivos de impugnación expresamente previstos por el legislador»*<sup>800</sup>.

### a) La acción de anulación

La nueva ley arbitral acertadamente ya no llama a la “acción de anulación”, “recurso de anulación” como hacía su precedente y en esta línea su Exposición de Motivos señala: *“Respecto de la anulación, se evita la expresión recurso, por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo”*<sup>801</sup>.

---

supuestos, pues existen otras situaciones en las que también resulta necesaria dicha intervención, como por ejemplo sucede en los casos de remoción de los árbitros (art. 19 LA).

<sup>800</sup> GARBERI LLOBREGAT, J., *Comentarios a la ley 60/2003...*, cit, p. 954. Para un estudio de la anulación del laudo resulta sumamente interesante el trabajo realizado por MARTIN BRANAS, C., quien presenta un informe jurisprudencial de la anulación del laudo y reseña las diversas líneas interpretativas que desde la vigencia de la ley de 1988 han ido consolidando nuestros tribunales en “La anulación del laudo arbitral en nuestra jurisprudencia”, Tribunales de Justicia, nº 11, noviembre de 2001, pp. 53- 85. Vid asimismo, el análisis que realiza de la anulación del laudo, MULLERAT, R., “La anulación del laudo arbitral”, RCEA, 1995, pp. 113 – 175.

<sup>801</sup> Al respecto, FONT SERRA ya manifestó, *«erróneamente a la acción de nulidad contra el laudo se le llama recurso... pese a la dicción legal no nos hallamos ante un recurso, dado que la acción de nulidad no provoca un nuevo conocimiento de lo que fue objeto del arbitraje»*. “La nueva configuración del arbitraje...”, cit., p. 375. Gran parte de la doctrina ha reclamado un cambio de denominación, entre otros, RUIZ MORENO, J. M, quien señaló en su día que los inconvenientes de esta denominación los podría haber salvado el legislador con la solución que a su parecer resulta más simple: hablar tan solo de impugnación del laudo e incluir la acción de anulación en la misma. Interesantes resultan los argumentos que realiza este mismo autor tratando de analizar la ausencia de recursos en la ley de arbitraje. “Aspectos sobre la impugnabilidad del arbitraje en Derecho español”, RVDP, 1994, pp. 606 - 611. También se manifestó en contra de dicha opción legislativa, ALBADALEJO GARCIA, M., en “La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de Derecho que infringe las normas debidas aplicar”, Revista de Derecho Privado, Marzo, 1999, p. 178.



No nos hallamos ante un recurso, principalmente, por la razón de que la acción de nulidad no provoca de nuevo el conocimiento de la materia objeto de arbitraje, pues el recurso de anulación no permite al órgano jurisdiccional ordinario entrar a conocer el fondo de la decisión arbitral; así lo ha venido declarando de forma constante y reiterada el Tribunal Supremo al interpretar ya en su día la ley de arbitraje de 22 de abril de 1953, en sus sentencias de 14 de julio de 1971<sup>802</sup> y 13 de octubre de 1986<sup>803</sup>, definiendo esta última el recurso de nulidad, como un juicio externo por cuanto el tribunal jurisdiccional es sólo juez de la forma del juicio o de sus garantías procesales, sin que en ningún caso pueda pronunciarse sobre el fondo de la controversia que ha quedado sustraída al conocimiento de los tribunales precisamente por el efecto propio del compromiso, jurisprudencia plenamente aplicable tanto a la ley de 1988 como a la legislación actual del arbitraje<sup>804</sup>.

Es copiosa la doctrina y jurisprudencia que recuerdan que no procede examinar el fondo de la cuestión sometida a la decisión arbitral al limitarse la misión de los tribunales en los recursos contra el laudo a dejar sin efecto lo que puede, por ejemplo, constituir un exceso del fallo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SAP Segovia de 6 de febrero de 1998 y SAP Cáceres de 24 de marzo de 2004<sup>805</sup>); es por ello que a través de la anulación se puede controlar la presencia de infracciones de los principios o garantías a los que debe sujetarse la actuación arbitral, pero no es factible combatir el contenido del laudo ni revisar la apreciación probatoria de los árbitros o la motivación jurídica de su decisión (SAP Cáceres de 24 de marzo<sup>806</sup>). En definitiva, el control jurisdiccional en que consiste la anulación se refiere únicamente a la actuación de los árbitros con motivo del procedimiento<sup>807</sup>.

---

<sup>802</sup> RJ 1971/ 3241.

<sup>803</sup> RJ 1986/5785.

<sup>804</sup>En esta misma línea se pronuncian las siguientes sentencias: SAP Zamora de 8 febrero de 2001 (AC 2001/231), SAP Asturias de 9 de marzo de 1993 (AC 1999/726), SAP Madrid de 24 de septiembre de 1998 (AC 1998/1805), SAP Segovia de 6 de febrero de 1998 (AC 1998/4249), SAP Lérida de 3 de septiembre de 1999 (AC 1999/1754), SAP Burgos de 7 de octubre 1999 (AC 1999/7745), SAP Burgos de 8 de octubre de 1999 (AC 1999/7747) y STS de 13 de octubre de 1986 (RJ 1986/5785). En todas ellas se señala que en la anulación el tribunal no puede revisar como si fuera una segunda instancia el fondo de las cuestiones planteadas y resueltas por el árbitro.

<sup>805</sup> AC 1998/4249 y AC 2004/768, respectivamente.

<sup>806</sup> AC 2004/768.

<sup>807</sup> FERNANDEZ-BALLESTEROS, M. A, "Comentario al artículo 40 LA" en *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...* (coord. GÓZALEZ SORIA, J.), cit, pp. 411 – 414.

La finalidad del recurso de anulación consiste en garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusten a lo establecido en la ley, por lo que el control judicial sobre el laudo no comprende la decisión arbitral en si misma, sino los presupuestos materiales y las condiciones de forma que han dado origen a ese laudo<sup>808</sup>.

Además, tampoco es un recurso porque no se interpone en el mismo proceso donde ya recayó en su día la resolución que ahora se pretende anular, sino que por el contrario, se abre un nuevo proceso que es jurisdiccional<sup>809</sup>.

Siguiendo a BARONA VILAR, son dos los elementos configuradores de la anulación: 1) Es un medio de ataque, un instrumento puesto a disposición de las partes y destinado a poner en manos de las Audiencias Provinciales el laudo definitivo, provocando su anulación; 2) No tiene carácter casacional, pues no anula y posteriormente crea, sino que se resuelve en una mera anulación del laudo por los motivos del artículo 41 LA, y que suponen la posibilidad de reflejar y examinar desde el laudo, los posibles vicios del procedimiento arbitral, de manera que ante la violación de alguna de las garantías del mismo, pueda procederse a la anulación de lo actuado arbitrariamente<sup>810</sup>.

Las resoluciones arbitrales susceptibles de anulación, tal y como prevé el artículo 40 LA, serán únicamente los laudos definitivos<sup>811</sup>, sin embargo también se admite expresamente en la ley, la impugnabilidad del laudo que adopta medidas cautelares (art 23. 2 LA), así como la del laudo parcial sobre excepciones de competencia de los árbitros (art. 22. 3 LA).

## **b) Motivos**

Se contemplan en la ley seis motivos de anulación del laudo tasados que vienen recogidos en el artículo 41 de la LA, muy similares a los que recogía la

---

<sup>808</sup> Vid. SAP Madrid de 29 de noviembre de 2004 (JUR 2005/46130), sentencia que resulta interesante pues analiza uno por uno los motivos de anulación del laudo impuestos en la actual ley de arbitraje.

<sup>809</sup> Vid. 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, Madrid, 1991, p. 225 y MARTÍN OSTOS, J., "El recurso de anulación contra el laudo arbitral", *Comentario breve a la Ley...* (coord. LORCA NAVARRETE, A.), pp. 67 y ss.

<sup>810</sup> Notas sobre la SAP Zamora, de 8 de febrero de 2001, (AC 2001/231); "Jurisprudencia española de arbitraje interno", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002, pp. 128 y ss.

<sup>811</sup> La ley habla de laudo definitivo mientras que la Ley Modelo habla simplemente de laudo. Nos remitimos a la p. 367, en la que se estudia que se entiende por laudo definitivo y que se entiende por laudo firme.

ley de 1988 en su artículo 45, con la excepción de la infracción consistente en haberse dictado el laudo fuera de plazo que contenía esta última y que ya no aparece en la nueva ley arbitral como un motivo de anulación autónomo e independiente. Estos motivos dispuestos en la ley vienen precedidos por el adverbio «solo», quien no deja lugar a duda que fuera de estos motivos no es posible anular el laudo; si se permite la acumulación de varios motivos<sup>812</sup>.

Los motivos de anulación del laudo previstos en el artículo 41 LA son los siguientes:

- a. Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
- b. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
- d. Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
- e. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- f. Que el laudo es contrario al orden público.

A cada uno de estos motivos nos vamos a referir a continuación detenidamente:

#### **a. Inexistencia o invalidez del convenio arbitral**

El primero de los motivos de anulación del laudo consiste en la inexistencia o invalidez del convenio arbitral, motivo que con carácter general deberá fundamentarse en el incumplimiento de los requisitos de formalización

---

<sup>812</sup> La Ley Modelo impone unas causas tasadas de anulación del laudo que siguen los criterios establecidos de denegación del exequátur del artículo V del CNY. Estos motivos tasados excluyen cualquier otro motivo que no se incardine en su ámbito, pues en caso contrario, vulneraría el principio de inmodificabilidad de las decisiones judiciales firmes que le es de aplicación y en última instancia, se desconocería la tutela judicial efectiva del beneficiado por el laudo, (STC de 4 de octubre de 1993, RTC 1993/289).

del convenio arbitral que regula la ley arbitral en su título II, concretamente en lo dispuesto en su artículo 9 LA, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo específicamente previsto, tal y como señala la Exposición de Motivos de la LA. Por tanto, además de las disposiciones de la ley de arbitraje, la interpretación del convenio así como la determinación de su validez deberá respetar lo dispuesto en el régimen civil de los contratos según los artículos 9 y ss del CC y consecuentemente, como señala YAÑEZ VELASCO, aparte de las causas específicas de nulidad del convenio, también deberán incluirse las causas generales aplicables a cualquier contrato, porque el pacto de sumisión de arbitraje no deja de serlo, debiéndose pues tener en cuenta los eventuales supuestos de falta de consentimiento, error, dolo y violencia o intimidación<sup>813</sup>.

Respecto a este motivo de anulación del laudo, la ley arbitral de 1988 señalaba: “*Cuando el convenio arbitral fuese nulo*”, considerando dicha nulidad en sentido amplio pues englobaba tanto los supuestos de nulidad absoluta<sup>814</sup>, como de anulabilidad<sup>815</sup>, inexistencia del convenio y de caducidad. Consideramos que resulta más conveniente el enunciado más riguroso empleado en la nueva ley arbitral que predica, en general, como motivos de anulación del laudo, la inexistencia o invalidez del convenio, términos que incluyen todos los conceptos mencionados *supra*.

Si el convenio arbitral no existe, evidentemente el arbitraje no podrá llevarse a cabo y su laudo será nulo pues el convenio arbitral es el fundamento

---

<sup>813</sup> YAÑEZ VELASCO, R., *Comentario a la nueva ley de arbitraje...*, cit, p. 844.

<sup>814</sup> Normalmente la nulidad absoluta consiste en la ausencia de alguno/s de los elementos primordiales del convenio, como por ejemplo, cuando no se desprenda la voluntad inequívoca de las partes en el convenio, el convenio sea contrario a una norma legal prohibitiva o imperativa, salvo que la ley establezca efecto distinto para el caso de la contravención (art. 6.3 CC), cuando figuren materias no susceptibles de arbitraje (art. 2.1 LA) o que traspasan los límites de la autonomía privada (art. 1255 CC), etc. Ejemplo de ello lo observamos en el AAP Madrid de 6 de junio 2001 (AC 2001/1602), en el que no se cumple la exigencia de una voluntad inequívoca de las partes de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, resultando por tanto anulable dicho laudo. Sin embargo, no resultará necesario que conste expresamente la voluntad de las partes de cumplir el laudo (SAP Sevilla de 27 de junio de 1995, AC 1995/1106). Asimismo, se considera nulo el convenio arbitral y, por tanto, se procede a declarar la nulidad del laudo arbitral por inexistencia de cláusula inequívoca de convenio arbitral, en el AAP Madrid de 6 junio 2001, (AC 2001/1602).

<sup>815</sup> Cuando el convenio no reúna los requisitos (no esenciales) exigibles para su validez, cuando nos encontremos ante defectos de capacidad o vicios del consentimiento (arts. 1300 y 1301 CC), etc.

y origen de esta institución. Por su parte, la validez del convenio es presupuesto imprescindible para la validez del laudo<sup>816</sup>.

En lo que a la forma del convenio arbitral se refiere, el artículo 9.3 LA impone la obligatoriedad de la forma escrita del convenio arbitral, pero flexiblemente reconoce los nuevos medios de comunicación por los que se puede llegar a plasmar el convenio arbitral, tal y como ocurre en el arbitraje *on line*. Sin embargo, del tenor literal de este artículo se desprende que las partes no pueden acordar verbalmente un convenio arbitral, de manera que si así lo hicieran, cualquiera de las partes podría invocar la acción de anulación del laudo. En lo que a la forma y contenido del convenio se refiere, nos remitimos a lo ya dicho<sup>817</sup>.

Antes de finalizar, debemos recordar el principio de separabilidad del convenio arbitral por medio del cual, la invalidez del contrato no determina la de la cláusula arbitral en él contenida. En este sentido el artículo 22.1 LA señala: *“el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral”*.

#### **b. Indebida notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o imposibilidad de hacer valer sus derechos.**

Sin precedente específico en la ley de 1988<sup>818</sup>, es un claro reflejo del artículo 34.2 de la Ley Modelo y consiste tanto en una causa de anulación concreta, la falta de notificación de la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales, como en otro supuesto general que es la imposibilidad de, por cualquier motivo, hacer valer los derechos de las partes<sup>819</sup>. Ambos

---

<sup>816</sup> Para completar el estudio de este motivo de anulación debemos acudir a los artículos 6 y 22 LA, con respecto a los cuales se exige que se denuncien a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda, salvo una demora justificada, los vicios que puedan atribuirse al convenio arbitral que puedan provocar su anulación.

<sup>817</sup> Cfr. pp. supra 149 y ss.

<sup>818</sup> En la ley de arbitraje de 1988 esta causa se podía integrar en el artículo 45.2 LA: *“cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la ley”*.

<sup>819</sup> Como señala LORCA NAVARRETE, A., la “debida notificación” no es listada. No solo tiene que hacerse en relación con la designación de árbitros y el desarrollo de las actuaciones arbitrales, cuanto también respecto de cualquier actuación respecto de la que no se ha procedido a la notificación “por cualquier” razón y por esa justificación la parte no ha podido

supuestos implican indefensión respecto de los derechos de las partes; el término “por cualquier razón” permite que se incluyan infinidad de percances, vicisitudes o circunstancias de indefensión que no han sido provocadas por el propio sujeto<sup>820</sup>.

Para verificar cuando se entiende correctamente realizada una comunicación o notificación debemos acudir al artículo 5 de la misma ley arbitral que regula las notificaciones, comunicaciones y el cómputo de plazos (a lo dicho al respecto nos remitimos<sup>821</sup>). Recordemos sin embargo, que las notificaciones en el arbitraje *on line* se llevaran a cabo por medios electrónicos, telemáticos o de otra clase semejante que permitan el envío y recepción de los escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción.

Este motivo de anulación se encuentra estrechamente relacionado con los principios de igualdad, audiencia y contradicción del artículo 24 LA que vienen garantizados, entre otros, por la celebración de audiencias, el traslado de los documentos o pruebas, la citación de las partes, etc. y consiste, en definitiva, en la imposibilidad de las partes de presentar sus alegaciones o presentar pruebas en el proceso ante la ausencia o ineficacia de los actos de comunicación<sup>822</sup>.

---

“hacer valer sus derechos”, «por tanto, la debida notificación es un presupuesto básico para el desarrollo del arbitraje pues, según el art. 24.1 LA, debe darse a cada una de las partes la suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos por lo que la “debida notificación” equivale a defensa y la no notificación equivale, por el contrario, a indefensión». *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit, p. 378.

<sup>820</sup> Vid. SAP Madrid de 11 de abril de 2005, (JUR 2005/106496) y SAP La Coruña de 27 de enero de 2005, (AC 2005/821). Interesante resulta la STC de 15 de enero de 1996 (RTC 1996/1) que refleja la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la indefensión constitucionalmente relevante. Autores como CADARSO PALAU, J., consideran que las causas de impugnación aquí contempladas, en cuanto de un modo u otro resultan de algún genero de irregularidad procedimental, serían reconducibles al motivo que sobre ello se enuncia en el apartado d) del artículo 41.1 LA. *Comentarios a la ley de arbitraje...* (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.) , cit, p. 422.

<sup>821</sup> Cfr. supra pp. 233 y ss.

<sup>822</sup> En este sentido, resulta interesante la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con los actos de comunicación del proceso, al proclamar que solo existirá violación del derecho fundamental en los supuestos en que pueda imputarse la ausencia o deficiente realización de los actos de comunicación directamente a una conducta del órgano, por tanto, sin incluir aquellos supuestos provocados por la conducta de alguna de las partes interesadas. BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I. Parte general* (con MONTERO AROCA, GOMEZ COLOMER y MONTON REDONDO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 247.

### c. Resolución de cuestiones no sometidas a la decisión arbitral.

Este motivo ya venía recogido en el artículo 45.4 de la ley de 1988 y consiste en que los árbitros en el laudo final resuelvan cuestiones que las partes no han sometido a su decisión<sup>823</sup>.

Dicho exceso de los árbitros en el ejercicio de sus funciones puede venir determinado tanto cuando se trate de cuestiones que no pertenecen al convenio arbitral como cuando resuelvan cuestiones que no fueron objeto del procedimiento arbitral al que acudieron las partes.

Los árbitros únicamente pueden resolver cuestiones que le hayan sido sometidas en el convenio arbitral, pero ello no significa que absolutamente la totalidad de las cuestiones deban estar determinadas desde el inicio del arbitraje, pues debemos tener en cuenta que el artículo 9.1 LA se refiere a la controversia/s *“que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”*, pudiendo las partes someter a arbitraje controversias que puedan surgir en un futuro en base a las relaciones contractuales o extracontractuales que sostienen entre ellas, relaciones que si deberán estar determinadas en el convenio arbitral aunque sea en términos generales. Lo que no podrán los árbitros en modo alguno es resolver sobre cuestiones ajenas a la materia para la que hubieren sido nombrados.

Por tanto, la extralimitación surge cuando se superan los contornos del objeto establecido que vienen dados únicamente por las partes intervinientes a través de la demanda y la contestación y, en su caso, la reconvencción y la contestación a la reconvencción, sin olvidar las eventuales ampliaciones o modificaciones que sobre el laudo permite el legislador<sup>824</sup>. Esta incongruencia no abarca los elementos subjetivos del arbitraje, se trata únicamente de incongruencia por exceso objetiva y no subjetiva como claramente refleja el precepto.

---

<sup>823</sup> El Artículo 45.4 de la ley arbitral de 1988 rezaba: *“Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje”*.

<sup>824</sup> YAÑEZ VELASCO, R., *Comentario a la nueva ley de arbitraje...*, cit, p. 858. La mayoría de ocasiones en las que se pretende la anulación del laudo vienen planteadas por este motivo, ejemplo de ello son, entre otras, las SAP Madrid de 22 de julio de 2002 (JUR 2003/49167), SAP Burgos de 13 de marzo de 2001 (JUR 2001/140397), SAP Madrid de 12 de marzo de 2001 (JUR 2001/158560) y SAP Lugo de 2 de noviembre de 2000 (JUR 2001/46458).

En definitiva, este motivo se podrá invocar cuando los árbitros se excedan del ámbito de aplicación objeto del litigio extralimitándose en sus funciones y provocando lo que denominamos incongruencia. Nos referimos únicamente a la congruencia "*extra petita*" (el laudo concede lo no pedido) o a la congruencia "*ultra petita*" (el laudo concede más de lo pedido) pero no a la congruencia "*infra petita*" (incongruencia omisiva) que se puede subsanar en el mismo procedimiento arbitral a través del laudo complementario previsto en el artículo 39.1.c) LA<sup>825</sup>. A lo dicho sobre la congruencia del laudo nos remitimos<sup>826</sup>.

Deberá tratarse, en todo caso, del asunto principal para que sea posible que este motivo prospere. Si los árbitros resuelven sobre puntos no sometidos a su decisión, la anulación deberá afectar tan solo a esos pronunciamientos, siempre y cuando no se encuentren inseparablemente unidos a la cuestión principal (art. 41.3 LA).

#### **d. Designación de los árbitros o procedimiento arbitral no ajustado al acuerdo entre las partes.**

Este motivo consiste en que la designación de los árbitros o el procedimiento no se hayan ajustado a lo convenido por las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se hayan ajustado a esta ley.

Esta causa de anulación se encuentra claramente inspirada en el CNY (art. V.1.d) y en el de Ginebra (art. IX.1.d). Al respecto, la ley arbitral de 1988 indicaba en su artículo 45.2: "*Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios proclamados en la ley*", estableciéndose con ello un control de actuación de los árbitros. Bajo estos términos, se planteó la doctrina si esta causa de anulación también recogía la infracción de las normas procedimentales pactadas por las partes pero no recogidas en la ley. En la nueva ley de arbitraje se esclarecen las dudas al respecto y, expresamente se recoge que la anulación también podrá alegarse por la vulneración de las normas convenidas entre las partes. Cuando hablamos de las normas

---

<sup>825</sup> Vid. al respecto la SAP Alicante de 23 de septiembre de 1998 (JUR 1998/ 8790).

<sup>826</sup> Cfr. pp. 374 y ss.



convencionales también nos referimos a las normas del respectivo reglamento de la institución arbitral al que las partes se han remitido<sup>827</sup>.

En este motivo de anulación del laudo se refleja, una vez más, la autonomía de la voluntad de las partes que reina el proceso arbitral; esta autonomía se va manifestando durante todo el arbitraje a la hora de configurar las reglas procedimentales que condicionarán el proceso y se manifiesta claramente a la hora de designar las partes a sus propios árbitros.

La designación de los árbitros viene regulada en el título III de la LA, donde se predica, como acabamos de mencionar, la libertad de las partes a la hora de proceder a dicha designación, tanto directamente como a través de un tercero (art. 4. a. LA), aunque con ciertos límites que tratan de salvaguardar el principio de igualdad de las partes; la ley establece, a falta de dicho acuerdo, unas reglas de aplicación subsidiarias por las que será el árbitro el que decida o la ley arbitral la que regule las normas arbitrales. A lo dicho al respecto nos remitimos.

En lo que al procedimiento arbitral se refiere, también se deberá respetar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 25 LA), autonomía que no es absoluta pues encuentra ciertos límites, en tanto se deben respetar los principios del artículo 24 LA. En caso de que las partes no hayan pactado nada al respecto, éste deberá desarrollarse según lo previsto en la ley arbitral que permite en su artículo 25.2 LA que los árbitros dirijan el arbitraje del modo que consideren apropiado con sujeción a lo dispuesto en la ley.

Además, la ley señala que las normas convencionales no deberán ser contrarias a las normas imperativas que rigen el proceso arbitral. Para ello debemos determinar, aunque sea escuetamente, cuales son aquellas normas imperativas que deben regir el procedimiento arbitral; entre otras, éstas son: los diferentes motivos de recusación de los árbitros (art. 17 LA), el régimen de responsabilidad de los árbitros (art. 21 LA), las reglas sobre citación y traslado de actuaciones a las partes (art. 30.2 y 3 LA), la potestad de los árbitros para decidir libremente sobre su propia competencia (art. 22 LA), la asistencia judicial para la práctica de las pruebas (art. 8.2 LA), las normas sobre la forma

---

<sup>827</sup> Vid. la SAP Cantabria de 3 de marzo de 2005 (AC 2005/585) o la SAP Barcelona de 20 de julio de 2000 (AC 2000/1525) por la que se admite el recurso de anulación al considerar que la alteración del número de árbitros y de la composición del colegio arbitral no se ajustó al convenio arbitral firmado por las partes.

y efectos de laudo (art. 37.3 y 43 LA), etc<sup>828</sup>. En todo caso, el árbitro deberá tener capacidad suficiente, estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y no encontrarse en ninguna de las causas de incompatibilidad que proclama la ley.

Entrarán dentro de este motivo de anulación los supuestos en los que, a título de ejemplo, se nombre a árbitro que no ostente la condición de abogado en ejercicio cuando ante un arbitraje de derecho nos encontremos (art. 15 LA), no acrediten los árbitros cualesquiera de los requisitos que exige la ley al momento de ser designados<sup>829</sup>, cuando concurren los supuestos de recusación regulados en la ley (art. 17 LA)<sup>830</sup>, cuando las partes pactaron que fuera tres el número de árbitros a resolver la controversia y posteriormente no se respete dicho número, etc.

La ley arbitral de 1988 reflejaba expresamente que cuando el convenio arbitral colocara a una de las partes en situación de privilegio respecto a la designación de los árbitros éste debía ser nulo (art. 9.3). En la nueva ley arbitral ya no aparece expresamente recogido este supuesto y, por tanto, se articulara dentro de este motivo o incluso del motivo f) de este mismo precepto.

#### **e. Resolución de cuestiones no susceptibles de arbitraje.**

En la ley de arbitraje de 1988 esta causa se recogía en el segundo inciso del artículo 45.4.

En la ley actual, el concepto de arbitrabilidad viene recogido en el artículo 2.1 LA quien proclama: "*son materias susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*". Como podemos observar, la ley evita, a nuestro juicio correctamente, formular un listado de materias arbitrables o no; a lo dicho al respecto nos remitimos, por lo que no vamos a extendernos más en este motivo de anulación<sup>831</sup>.

---

<sup>828</sup> Vid. CLAROS ALEGRIA, P., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, pp. 231 y ss. En sentido contrario, las partes podrán decidir siempre y cuando lo acuerden libremente, el número de árbitros (art.21 LA), la nacionalidad de los árbitros (art. 13 LA), el lugar del arbitraje (art. 26 LA), el idioma del arbitraje (art. 28 LA), la celebración de audiencias (art. 30 LA), el nombramiento de peritos (art. 32 LA), etc. Vid. SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L, *Comentarios a la ley de arbitraje...* (coord. HINOJOSA SEGOVIA), cit, pp. 667- 669.

<sup>829</sup> Vid. SAP Madrid de 17 de octubre de 1995 (RA 2555).

<sup>830</sup> Vid. SAP Vizcaya de 21 de diciembre de 1993 (RA 2375).

<sup>831</sup> Cfr. supra pp. 109 y ss.

Aunque fuera recogido en el convenio arbitral, los árbitros nunca podrán resolver cuestiones que no sean arbitrables. En esta ocasión, también la anulación deberá predicarse únicamente de aquellas decisiones que resuelven materias inarbitrables siempre que no afecten a la cuestión principal, pudiéndose por tanto anular parcialmente la sentencia, tal y como indica el artículo 41.3 LA.

#### **f. Laudo contrario al orden público**

Este motivo ya lo señalaba la ley arbitral de 1988 en su artículo 45.4 y continúa en el nuevo texto de la ley, resultando así que al no existir modificación legislativa al respecto ha de continuar vigente el concepto de orden público elaborado al amparo de la ley anterior.

El problema principal que ha planteado este motivo se encuentra en determinar qué debe entenderse por orden público referido al laudo arbitral, tema que ha sido objeto de una amplia discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, provocando su indeterminación en determinadas ocasiones una excesiva invocación de este motivo alojando otras causas de anulación<sup>832</sup>.

Tradicionalmente, doctrina y jurisprudencia han distinguido entre orden público procesal y orden público material, en este sentido y siguiendo a BARONA VILAR entendemos<sup>833</sup>:

a) Orden público material es la organización general de la comunidad o el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad de un pueblo y en una época determinada (STC de 23 de febrero de 1989<sup>834</sup>).

---

<sup>832</sup> Para apreciar el correcto sentido de orden público, nada mejor que examinar la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales quienes resuelven la anulación del laudo y, para ello, resulta interesante el análisis realizado al respecto por HERRERO DE MINON, M., "El orden público en el recurso de anulación del laudo. Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales", *Tapia*, nº 74, enero- febrero 1994, pp. 17 – 19.

<sup>833</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit. p. 1425.

<sup>834</sup> RTC 1989/54.

b) Orden público procesal es el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico (SAP Madrid de 26 de mayo de 2000<sup>835</sup>).

Tras la promulgación de la Constitución Española de 1978 se ha unificado la doctrina a la hora de integrar el orden público en el círculo de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente protegidos, tal y como ya en su día declaró la Exposición de Motivos de la ley de arbitraje de 1988 y en esta línea la STC 43/1986 de 15 de abril, señala que se atenta contra el orden público cuando se dictan resoluciones que vulneran los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a través del artículo 24 CE<sup>836</sup>.

En este mismo sentido la SAP Cantabria de 12 de febrero de 2004 reitera que el orden público debe ser entendido como el *"conjunto de principios y normas esenciales que inspiran la organización política, social y económica de España, con inclusión desde luego de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pero no solo de ellos; el orden público era en consecuencia como un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad, a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el fundamento de las instituciones y la protección de los*

---

<sup>835</sup> AC 2000/1993.

<sup>836</sup> RTC 1986/43. En este mismo sentido se pronuncian numerosas sentencias, destacando entre ellas, la SAP Valencia de 2 de octubre de 2001 (JUR 2001/7358), SAP Valencia de 4 de octubre de 2001 (JUR 2001/7817), SAP Burgos de 7 de octubre de 1999 (AC 1999/7745) y, ahondando en ello, reitera la SAP Palencia 10 de junio de 1999 (AC 1999/1488) quien proclama: *"Esta causa de anulación introducida por la actual Ley de Arbitraje no tiene precedentes ni la Ley anterior ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil y según la Exposición de Motivos de dicha ley, dicho concepto de orden público, habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución española; por su parte el Tribunal Constitucional ha declarado en sentencia de 15 de abril de 1986 que para que un laudo arbitral sea atentatorio contra el orden público, es preciso que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo II, Título I de nuestra Constitución española garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad por el artículo 24 de la misma"*. Interesante resulta la SAP Segovia de 6 de febrero de 1998 (AC 1998/4249), que desestima la anulación del laudo interpuesta en virtud del anterior artículo 45. 5 LA que ahora equivaldría al artículo 41.1. f) LA, es decir, a la oposición del laudo por contravenir el orden público, señalando que cualquier hipotético desacierto o perjuicio a una de las partes en que hubiera podido incurrir el laudo no es suficiente para calificar el mismo como contrario al orden público dado que, como ya apuntó la STS de 23 de noviembre de 1995 (RJ 19945/8433), *"la posible contravención del orden público del Estado ha de contemplarse atendiendo a que se trata de un concepto que, por su propia naturaleza, se presenta variable y flexible, conforme a las circunstancias y realidades sociales y que se conforma por principios no solo jurídicos, públicos y privados, sino también políticos, económicos, morales e incluso religiosos y hasta supranacionales, los cuales han de ser preservados para el mantenimiento de la paz y el orden social en toda su amplitud"*.

*conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado*<sup>837</sup>”.

La vulneración de los principios de contradicción, audiencia e igualdad recogidos en el artículo 24 LA se recogía expresa y autónomamente como un motivo de anulación del laudo en la ley de 1988. En la actual ley de arbitraje, si bien no lo recoge expresamente, consideramos que se puede englobar dicho motivo de anulación cuando produzca indefensión, dentro del motivo que estamos tratando, es decir, del laudo contrario al orden público<sup>838</sup>.

### **g. Reflexión final**

Como hemos mencionado *supra*, si comparamos las causas de anulación de la ley de arbitraje de 1988 con las de la actual ley, observamos que si bien aumenta numéricamente el elenco de motivos de anulación del laudo, podemos subsumir la mayoría de las causas o motivos dispuestos en la ley de 1988 en los motivos de la nueva ley, con la única salvedad del laudo dictado fuera de plazo, pues ha desaparecido el motivo que contemplaba la anterior ley de arbitraje relativo a la extemporaneidad del laudo; concretamente el artículo 45.3 decía que el laudo será nulo si se hubiere dictado fuera de plazo, tanto si se dictaba fuera del plazo previsto por las partes como si transcurría el plazo de seis meses del art 30 LA, así como el de prórroga establecido por acuerdo de las mismas<sup>839</sup>.

La supresión de dicha mención no debe suponer su desaparición como causa anulatoria, pues la extemporaneidad se podrá denunciar al amparo del artículo 41.1 d) LA. Como claramente demuestra la SAP Cantabria de 8 de abril de 2005<sup>840</sup> este motivo ha desaparecido y no cabe entender que se incorpora en el concepto de orden público del artículo 45.1.f) LA, sin embargo, si podría llegar a comprenderse dentro de la causa del artículo 41.1 d) LA relativa a que

---

<sup>837</sup> JUR 2004/82622.

<sup>838</sup> Cuantitativamente la vulneración del principio de igualdad es uno de los argumentos más empleados para instar la anulación. Entre otras, vid. SAP Málaga de 1 de septiembre de 1993 (RA 1600).

<sup>839</sup> Bajo este supuesto se dictaron numerosas sentencias, entre otras, la SAP Castellón de 25 abril de 1998 (AC 1998\4465), SAP Vizcaya de 29 mayo de 2000 (AC 2000\1246), AAP León de 6 marzo de 2001 (JUR 2001\169880), SAP León de 10 julio de 2001, (JUR 2001\287934), SAP Álava de 27 febrero de 2002 (JUR 2002\219663) y SAP Córdoba de 13 de septiembre de 2002 (JUR 2002/272433). Es por ello que autores como GARBERI LLOBREGAT. J., consideran injustificada dicha desaparición. *Comentarios a la ley 60/2003...*, cit, p. 984.

<sup>840</sup> AC 2005/490.

el procedimiento arbitral no se haya ajustado a las normas aplicables. Además, del tenor literal del artículo 37.2 LA<sup>841</sup> se puede desprender que el laudo dictado fuera de plazo es un laudo nulo, no solo por haber sido dictado con infracción de una norma reguladora del proceso sino sobre todo porque ha sido dictado por quien ya no ostenta la condición de árbitro por haber cesado en ella<sup>842</sup>.

Sin ningún precedente en la ley de arbitraje de 1988, el artículo 41.2 LA de la nueva ley arbitral, siguiendo los pasos de la Ley Modelo, establece dos grupos de motivos de anulación del laudo.

a) En primer lugar, aquellos motivos de anulación del laudo que pueden ser además de denunciados a instancia de parte, apreciados de oficio por el tribunal o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida; éstos son los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado primero del artículo 41 LA y que se refieren a situaciones que han producido indefensión a las partes y, por tanto, nuestro legislador ha pretendido ofrecer un tratamiento procesal diferente por afectar a principios fundamentales de justicia procesal o directamente al proceso arbitral en si mismo. En todo caso, la intervención del Ministerio Fiscal en un proceso de anulación debe reputarse como excepcional y se limita a cuando afecte a "los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida" (art. 41.2 LA).

b) Un segundo grupo de motivos que únicamente podrán declararse a instancia de parte interesada, lo constituye el resto de motivos de anulación del artículo 41 LA, es decir, las letras a), c) d), que sin provocar indefensión a las partes, también pueden invocarse como motivos de anulación del laudo como consecuencia del incumplimiento de ciertas normas.

---

<sup>841</sup> El artículo 37.2 *in fine* señala: "La expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros. No obstante, no afectará a la eficacia del convenio arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros".

<sup>842</sup> LETE ACHIRICA, J., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje...*, cit, p. 654. Su supresión ocasionó diversas críticas, al verse en ella «una importante fuga y desnaturalización de la institución arbitral, que queda en manos del arbitro que puede dictar el laudo cuando estime conveniente sin limitación de tiempo, ya que esta irregularidad no da lugar al nacimiento de la acción de nulidad». CHILLON MEDINA J., y MERINO MERCHAN J. F., "Valoración crítica de la nueva ley de arbitraje", cit., p. 8.

### c) Diferentes aspectos procesales

El órgano competente para conocer de este recurso será la Audiencia Provincial del lugar donde se hubiere dictado el laudo (art. 8.5 LA), al igual que disponía la ley de arbitraje de 1988 (art. 46.1) quien rompió con la legislación anterior y traspasó la competencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo a las Audiencias Provinciales<sup>843</sup>.

En lo que a las partes en un proceso de anulación se refiere, la ley de arbitraje guarda silencio respecto a la capacidad que éstas deben ostentar para interponer la acción de anulación, por lo que acudiremos a los artículos 6 y ss de la LEC en lo referente tanto a las normas sobre capacidad para ser parte (art. 6 LEC) como sobre capacidad procesal (arts. 7 y 8 LEC). Estarán legitimadas para interponer dicha acción cualquiera de las partes que celebró el convenio arbitral, sin necesidad de que hubieran participado en el procedimiento arbitral, siempre y cuando el conflicto jurídico que se pretende resolver sea de su interés. Además, estarán legitimados no sólo los que participaron en el proceso arbitral sino que se podrá extender dicha legitimación a quienes puedan justificar y acreditar un interés legítimo en la anulación del laudo por la concurrencia de alguno de los motivos del artículo 41 LA, siempre y cuando claro está, se de cumplimiento a las exigencias establecidas en la ley. El fundamento de tal afirmación lo hallamos en la concurrencia de un interés legítimo de la parte que solicita la anulación que conecta con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE<sup>844</sup>.

Desde luego, el árbitro nunca estará legitimado activamente para interponer dicha acción. Si lo estará el Ministerio Fiscal, tal y como se

---

<sup>843</sup> La misma Exposición de Motivos de la ley de arbitraje de 1988 justificó dicha opción al señalar: *“El órgano competente para conocer del recurso es la Audiencia Provincial. Es ésta una decisión ecléctica entre la regulación vigente de los recursos contra el laudo, cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Supremo, como si de una sentencia se tratara, y los que postulan que, siendo el laudo una decisión puramente privada, su anulación debería incumbir a los Juzgados de Primera Instancia. La Ley ha optado por la vía intermedia, consciente de que un órgano pluripersonal con competencias en el orden civil como la Audiencia Provincial, tal y como aparece configurada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, podía ser el adecuado para conocer de la anulación”*. Interesantes resultan las apreciaciones realizadas por BARONA VILAR, S., referentes a las posibles opciones que podían barajarse respecto al órgano judicial competente para la acción de anulación del laudo que eran, los Juzgados de primera Instancia, la Audiencia Provincial y el Tribunal supremo, así como los argumentos que sirvieron para sostener la competencia objetiva de las Audiencias Provinciales y que con la nueva ley arbitral se mantienen. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, pp. 294 -296.

<sup>844</sup> BARONA VILAR, S., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, p. 1452.

desprende del artículo 41.2 LA, pero únicamente en aquellos supuestos en que el laudo afecte a intereses cuya defensa le esté legalmente atribuida, en defensa del interés público, por lo que su legitimación será extraordinaria. La legitimación pasiva la ostentará la otra parte del proceso arbitral que no ha ejercitado la acción de anulación y frente a la cual se dirige la demanda. Ambas partes deberán acudir representadas mediante abogado y procurador.

Ya se debatió en la legislación anterior la necesidad de alegación previa o no durante la tramitación del proceso arbitral de los motivos que posteriormente provocaran la acción de anulación. En este sentido, el artículo 6 LA proclama: *“Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley”*. De este precepto se desprende, aunque con alguna pequeña matización<sup>845</sup>, que resultará imprescindible a la hora de plantear una acción de anulación del laudo, en los supuestos en los que se haya infringido una norma dispositiva de la ley o de algún requisito del convenio, que se alegue previamente dicho motivo, mientras que cuando se hayan infringido normas imperativas, dicha alegación no se exigirá, pudiendo las partes plantear la acción de anulación directamente.

La renuncia expresa a la acción de anulación en el arbitraje internacional es frecuente, ejemplo de ello lo observamos en el artículo 28.6 del Reglamento de Arbitraje de la CCI<sup>846</sup>, en la ley francesa (art. 1482 Code de Procedure civil), etc. La nueva ley arbitral no se pronuncia al respecto, pero consideramos que a pesar de dicho silencio, sí podrá darse en el arbitraje. Para apoyar dicha afirmación acudimos al artículo 6 LA que proclama la renuncia tácita a las facultades de impugnación; por tanto, si se reconoce que dicha facultad se puede conceder tácitamente, también podrá pactarse expresamente entre las partes, sin embargo, compartimos con CLAROS ALEGRIA, que dicha renuncia expresa no alcanzará nunca los motivos de anulación apreciables de oficio

---

<sup>845</sup> Vid. las matizaciones que realiza al respecto BARONA VILAR en: *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., pp. 1370 -1371.

<sup>846</sup> El artículo 28.6 de dicho Reglamento señala: *“Todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”*.



(particularmente los de arbitrabilidad de la controversia y orden público) que declara el artículo 41.2 LA<sup>847</sup>.

El plazo para ejercer la acción de anulación en la nueva ley arbitral, tal y como señala el artículo 41.4 LA, es de dos meses desde la notificación del laudo, o en el supuesto de haberse solicitado su aclaración, corrección o complemento, desde la notificación de la resolución de dicha solicitud o desde la expiración del plazo para adoptarla. Este plazo, siguiendo la línea de la Ley Modelo (art. 34.3) quien establece un plazo de tres meses, se ha ampliado respecto a la ley de 1988 (art. 46.2) que establecía uno de diez días. Al respecto, la Exposición de Motivos de la ley señala que se amplía el plazo, *“lo que no ha de perjudicar a la parte que haya obtenido pronunciamientos de condena a su favor, porque el laudo, aun impugnado, tiene fuerza ejecutiva”*. En todo caso, el plazo es material, preclusivo, de caducidad, no susceptible de suspensión y, como ha entendido la jurisprudencia (SAP Palma de Mallorca de 13 de noviembre de 1995), una vez pasado convalida cualquier eventual causa de nulidad. Si las partes no ejercitan esta acción, precluye su posibilidad por lo que el laudo no podrá ser anulado y devendrá firme<sup>848</sup>.

#### **d) Procedimiento**

El artículo 42 LA regula imperativamente el procedimiento a seguir para interponer la acción de anulación. Consiste en un procedimiento específico en el sentido de que si bien se remite a los trámites del juicio verbal (arts. 437 a 447 LEC), que son los trámites más sencillos de los procedimientos declarativos ordinarios de la LEC, impone ciertas peculiaridades y remite a las normas reguladoras del juicio ordinario en cuanto a la forma y contenido de la demanda<sup>849</sup> e introduce un trámite de contestación escrita, pero sin llegar a crear un proceso específico únicamente originado para dicha acción de

---

<sup>847</sup> CLAROS ALEGRÍA, C., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. HINOJOSA SEGOVIA, R.), cit., p. 218.

<sup>848</sup> AC 1995/2204. De nuevo nos planteamos si estamos ante un plazo civil o procesal, decantándonos por el primero. Vid. al respecto, el comentario realizado por BARONA VILAR, S., a la SAP Tarragona de 28 de enero de 2003 (JUR 2003/1202), Nota: “El plazo para interponer la anulación del laudo...”, cit., pp. 157 -160. Como señala esta autora, la dicción del artículo 5 LA obliga a concluir que estamos ante un plazo de naturaleza civil; la manera de computar los plazos por días apoya esta afirmación.

<sup>849</sup> El artículo 42 LA dispone que la demanda deberá presentarse conforme a lo dispuesto en el artículo 399 LEC para el juicio ordinario a la que se acompañarán los documentos justificativos del convenio y del laudo.

anulación del laudo. La Exposición de Motivos de la ley indica que este procedimiento trata de conjugar *las exigencias de rapidez y de mejor defensa de las partes*, para lo cual ha establecido un procedimiento a caballo entre el juicio declarativo ordinario y el verbal<sup>850</sup>. Por ello, en cuanto la ley de arbitraje no regule una cuestión determinada, acudiremos a la legislación procesal relativa al juicio verbal, como por ejemplo ocurre con el tema de la legitimación.

A pesar del silencio de la ley, consideramos que si resultará posible plantear alguna diligencia previa antes de comenzar el proceso de anulación del laudo, para ello nos remitiremos a los artículos 256 a 263 LEC<sup>851</sup>.

Si no se han llevado a cabo diligencias preliminares, el proceso de anulación comenzará con la demanda. La regulación de la demanda resulta más formalista respecto a la regulación precedente que se limitaba a requerir que la anulación se interpusiera por medio de un escrito motivado en el que se expusieran los fundamentos que apoyaban el motivo de anulación invocado (art. 46.2). La actual ley de arbitraje señala en su artículo 42 LA: *“la demanda deberá presentarse conforme a lo establecido en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acompañada de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, y, en su caso, contendrá la proposición de los medios de prueba cuya práctica interese el actor”*, por lo que tendrá que reunir todos los requisitos que el artículo 399 LEC pronuncia y, se entenderán aplicables los artículos 264 y 265 LEC que regulan los documentos que han de acompañar a la demanda y contestación, tanto los documentos de carácter procesal como los de carácter material<sup>852</sup>. Queda patente que el legislador ha pretendido evitar que se presente una demanda sucinta como ocurre en el juicio verbal.

Con base en el artículo 399 LEC, en la demanda se deberán exponer numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida, limitándose a solicitar la acción de nulidad. Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara y con el mismo orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamentan las pretensiones. Se

---

<sup>850</sup> SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. A., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje...*, cit, p. 671.

<sup>851</sup> Vid. respecto a las diligencias preliminares en la acción de anulación del laudo, BARONA VILAR, *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit, p. 1462.

<sup>852</sup> Requisito imprescindible será que presente el convenio y el laudo arbitral.

deberán expresar tanto los fundamentos jurídicos procesales como aquellos sobre el fondo. Asimismo, se deberán proponer los medios de prueba.

La acción de anulación es de *petitum* único e invariable, por tanto, la parte que interponga dicha acción debe solicitar que se prive de efectos al laudo dictado y únicamente podrá pedir eso; a esta acción no son acumulables otras peticiones<sup>853</sup>.

El Tribunal, previo examen de su jurisdicción y competencia, dictará el correspondiente auto en un plazo de cinco días admitiendo la demanda (art. 206.2.2 LEC) y dará traslado al demandado para que un plazo de veinte días responda, pudiendo a su vez proponer los medios de prueba que le interesen (art. 404 LEC y art. 42.1 LA). Nos encontramos con un trámite de contestación a la demanda por escrito semejante al de la contestación a la demanda en el juicio ordinario. Si el demandado pretendiera reconvenir, lo deberá hacer en el plazo de dos meses para el ejercicio de la acción de anulación y si pretende interponer la declinatoria, lo hará en los diez primeros días de plazo para contestar a la demanda (art. 64 LEC).

Contestada la demanda o transcurrido el correspondiente plazo, se citará a las partes a la vista del juicio verbal que se desarrollará conforme a las previsiones del artículo 443 LEC, sin perjuicio de la remisión a las normas comunes de los artículos 182 a 193 LEC y en la que el actor podrá proponer la práctica de las pruebas en relación con lo alegado por el demandado en su contestación.

Se practicarán las pruebas, pero en ningún caso cabrá practicar aquellas que ya fueron practicadas por los árbitros, ni referirse a las cuestiones que se sometieron a arbitraje, pues la prueba deberá versar únicamente sobre el motivo de anulación que se invoca<sup>854</sup>.

El tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes a la terminación de la vista (art. 477 LEC). La sentencia se limitará a declarar la

---

<sup>853</sup> Vid. FERNANDEZ – BALLESTEROS, M. A, *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, (coord. GONZALEZ SORIA, J.), cit., p. 413. Al respecto, BARONA VILAR manifiesta que la pretensión de anulación del laudo es una pretensión constitutiva en tanto afecta a la situación de hecho creada por causa de invalidez arbitral, si bien, dicha situación se produce como consecuencia de una declaración judicial, convirtiéndose a estos efectos en el *príus lógico* de la misma. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 1361.

<sup>854</sup> En cuanto a los medios de prueba que pueda proponer el actor, al no regularse nada en la LA, se acudirá a la regulación que contienen los artículos 299 y siguientes de la LEC

nulidad o, por el contrario, a denegarla por no haber quedado acreditados los motivos alegados o por no tratarse de los motivos dispuestos en el artículo 41.1 LA, pero no entrará a conocer el fondo de la controversia. En todo caso, al igual que proclamaba la ley de 1988, también será posible una anulación parcial (art. 41.3 LEC), en la que se mantengan los pronunciamientos que no fueron objeto de anulación, siempre y cuando sean separables.

Contra la decisión de la Audiencia no cabe ulterior recurso, convirtiéndose así la sentencia en sentencia ejecutiva. En este mismo sentido se pronunciaba la ley de 1988 en su artículo 49.2. Todo ello no impide la posible revisión de la sentencia (art. 509 LEC) ni la procedencia, en su caso, del recurso de amparo constitucional.

Nada se dice en la ley respecto a las costas procesales, pero este silencio no provoca ninguna confusión, pues desde un principio la ley de arbitraje se remite al cauce del juicio verbal en lo que a la acción de anulación respecta y, por tanto, a la regulación de las costas de este juicio nos remitimos (arts. 394 LEC).

Tras el pronunciamiento de la sentencia, excepto en el caso de anulación por inexistencia o invalidez del convenio o inarbitrabilidad de la controversia, las partes del conflicto continuarán vinculadas por el convenio de arbitraje, puesto que el pronunciamiento de la sentencia de la Audiencia se refiere únicamente a la anulación o no (total o parcial) del laudo dictado, sin afectar necesariamente al convenio arbitral; sin embargo, si afectará en los supuestos en los que la sentencia declare el laudo nulo por inexistencia o invalidez del convenio o que la materia sometida a arbitraje es inarbitrable. Si se estima la anulación y estuviere ejecutándose el laudo, se deberá proceder a su alzamiento. Por el contrario, si se desestimara la pretensión de anulación, se consolidará la eficacia y la validez del laudo.

## **B) Revisión**

Nuestra ley de arbitraje únicamente reconoce expresamente, en su artículo 43 LA, como medio impugnatorio del laudo firme la revisión, señalando así: *“El laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil*

para las sentencias firmes”<sup>855</sup>. Como podemos observar, la ley deja bien claro mediante el adverbio “solo”, que éste será el único medio impugnatorio contra el laudo firme, sin embargo esto no es cierto, pues el laudo firme se puede impugnar también mediante la anulación del laudo que acabamos de analizar y que viene regulada en el mismo título VII de la ley de arbitraje.

Es la revisión otra de las consecuencias de la equiparación entre la sentencia judicial y el laudo arbitral que no se permite a ningún otro título ejecutivo.

La revisión consiste en un expediente procesal que permite a quien perdió el litigio solicitar la “reapertura” de un proceso anterior ya terminado así como el nuevo análisis de una decisión que por definición resulta inatacable: el laudo firme<sup>856</sup>. En la revisión no se produce de nuevo una cognición del caso, no se revisa el objeto del litigio que ya resolvió el árbitro, sino que al haber nuevos hechos, surge un proceso nuevo. En definitiva, lo que se pretende no es la nulidad de las actuaciones, sino introducir nuevos hechos que de haber sido conocidos por el árbitro en su día, el fallo del laudo podría haber sido distinto. La revisión del laudo implicará pues su rescisión si se prueba la concurrencia de las causas que a continuación estudiaremos.

Por tanto, como hemos dicho *supra*, con la revisión no se pretende entrar a conocer el fondo del asunto del proceso anterior y resolver la pretensión que se ha interpuesto, sino que se trata únicamente de decidir si se dan o no los motivos de revisión y en el caso en el que éstos concurren, se rescinda el laudo. Es por ello que la razón de la revisión la encontramos en la mera posibilidad de que el laudo arbitral firme pueda ser ilegal o equívoco<sup>857</sup>.

---

<sup>855</sup> De manera muy similar lo hacía su predecesora en el artículo 37, el cual rezaba: “*El laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Contra el mismo sólo cabrá el recurso de revisión, conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes*”.

<sup>856</sup> FERNANDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. GONZALEZ SORIA, J.), cit. p. 472. Para un estudio del proceso de revisión véase, BANACLOCHE PALAO, J., “De la revisión de las sentencias firmes” en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, AAVV, (junto a DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ- PICAZO GIMENEZ, I. y VEGAS TORRES, J.), Civitas, Madrid, 2001, pp. 865- 872. Respecto a la posible revisión del laudo extranjero en Derecho español, vid. GOÑI, J. L., “La revisión judicial del laudo en el arbitraje internacional”, RCEA, pp. 98-106.

<sup>857</sup> En palabras de BARONA VILAR, el punto de arranque del que se debe partir es que nos encontramos ante supuestos excepcionales, excepcionalidad que surge de la dicotomía entre justicia y seguridad jurídica, por lo que «*si el fundamento de la cosa juzgada se encuentra en el principio de seguridad jurídica o de la paz social, la revisión se fundamenta en la posible injusticia que puede conllevar la existencia de una resolución recaída en el proceso*». *Comentarios a la ley de arbitraje...* cit, p. 1505.

Muy claramente define la revisión, muestra el carácter extraordinario de ésta y exige una interpretación restrictiva de las causas en las que se pueda fundar, la STS de 14 de septiembre de 2004, la cual señala: *“La revisión es un remedio procesal encaminado a atacar el principio de la cosa juzgada a la vez que controlar en beneficio de la justicia si la resolución cuya revisión se pretende fue dictada como consecuencia de defectos o vicios que de haberse conocido hubieren provocado una resolución distinta, no ya sólo en la interpretación de los presupuestos en que la misma se apoya han de ser contemplados con criterio a la vez que estricto, restrictivo, sino que, además, los mismos han de haberse producido fuera del proceso en que se hubiere dictado la sentencia que se trata de impugnar quedando por tanto fuera los alegados o producidos en el mismo (sentencias de 13-4-1981 [ RJ 1981, 1538] ; 8-5 [ RJ 1986, 2347] y 5-11-1986 [ RJ 1986, 6208] ; 9-12-1987 [ RJ 1987, 9284], entre otras muchas), toda vez que ello desvirtuaría por completo la que constituye la esencia de este extraordinario remedio al convertirlo en un procedimiento para promover el nuevo enjuiciamiento y examen de las cuestiones planteadas en el litigio cuya Sentencia se pretende revisar”*<sup>858</sup>.

Por todo ello, si bien no podemos negar que existen muchas semejanzas con los recursos, la revisión no es un recurso sino un nuevo proceso y no se debe denominar recurso de revisión; es conocido por todos que la doctrina y jurisprudencia han rechazado tal denominación por considerarlo inapropiado, a pesar de que la LOPJ así lo haya hecho (arts. 56.1, 73.1, 245.3 LOPJ); en su lugar, consideramos más apropiado el termino “juicio de revisión”, tal y como ha hecho el artículo 1251 CC y como ha manifestado MONTERO AROCA<sup>859</sup>.

---

<sup>858</sup> RJ 2004/5474.

<sup>859</sup> *Derecho jurisdiccional II*, cit., p. 488. Este autor manifiesta que si bien los medios de impugnación en sentido estricto, es decir, los recursos, se dirigen a producir una nueva cognición de las cuestiones ya resueltas mediante resoluciones, resoluciones que no han adquirido firmeza, incidiendo el recurso en un proceso aún pendiente abriendo una nueva etapa al mismo, también existe otro medio de impugnación que se refieren a resoluciones firmes, éste medio impugnatorio es la revisión. Para negar la naturaleza de recurso, en palabras de este autor, basta tener en cuenta que:

«1. La revisión solo procede contra sentencias firmes que resuelven sobre el fondo del asunto (art. 509 LEC), pero precisamente las sentencias son firmes cuando contra ellas no cabe recurso alguno (art. 207.2 LEC).

2. Si fuese un recurso procedería únicamente contra las sentencias del Tribunal Supremo, es decir, guardando el orden debido y evitando la revisión per saltum, pero no es así, pues mediante la revisión pueden impugnarse todas las sentencias firmes, sea cual fuere el órgano jurisdiccional que las dictara.

3. La pretensión que se ejercita en la revisión no es la misma que se ejercitó en el proceso anterior, diferenciándose en la fundamentación y petición...».

Observamos como nuestra LEC no califica la revisión, denominándose el título VII de la LEC “De la revisión y de las sentencias firmes”.

La principal razón que podemos alegar en orden a defender que no se trata de un recurso es la condición exigida por la revisión de que la resolución dictada sea firme. Siendo las resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno (art. 207.2 LEC y art. 245.3 LOPJ), claramente la revisión no puede consistir en un recurso, pues las resoluciones que se recurren son las definitivas, mientras que la revisión judicial del laudo se ciñe a los laudos firmes

860

En orden a solicitar la revisión del laudo, la ley arbitral nos remite a la ley procesal civil, concretamente a sus artículos 509-516 LEC, disposiciones que ya no utilizan la expresión “recurso” cuando a la revisión se refieren, sino que la regulan como un verdadero proceso. A la hora de aplicar al laudo arbitral estas disposiciones, en la gran mayoría de ocasiones, bastará con sustituir la palabra sentencia por laudo mientras que en otras de las ocasiones, siendo éstas escasas, se exigirán ciertas matizaciones.

La competencia para resolver la revisión la ostenta la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (art. 509 LEC en relación con el art. 56.1 LOPJ), mientras que si el laudo tratara una materia civil, foral o especial, propia de una Comunidad Autónoma, en estos casos el órgano competente será la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente (art. 509 LEC en relación con el art.73.1.b LOPJ).

---

<sup>860</sup> Al respecto, nuestra LEC señala que el tipo de resolución contra la que se puede interponer la revisión son únicamente las sentencias firmes (arts. 509 y 510 LEC) y no los autos. Sin embargo, el artículo 43 LA permite que además sean revisables los laudos arbitrales firmes. Determinados autores como, TORIBIOS FUENTES, F., consideran que no serán susceptibles de revisión los laudos dictados por acuerdo de las partes (art. 36 LA), máxime si se tiene en cuenta que en el ámbito jurisdiccional esos procesos finalizarán por auto (arts. 19 y 517.2.3 LEC) y frente a los autos no cabe revisión. *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje...*, cit., p. 690.

## a) Motivos

Los motivos para interponer la revisión del laudo vienen expresa y taxativamente recogidos en el artículo 510 LEC y son:

1.º Si después de pronunciado un laudo, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

En este primer supuesto, debemos tener claro que los documentos que se obtienen, independientemente de si son públicos o privados, deben ser verdaderos y legítimos así como anteriores al laudo. En este sentido se ha pronunciado la STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1993, aunque respecto a una sentencia judicial, al señalar que lo que se trata es de recobrar y no de descubrir documentos, manifestando que no son documentos recobrados los de fecha posterior al laudo<sup>861</sup>.

Estos documentos no se aportaron al proceso por fuerza mayor o por razón de la parte en cuyo favor se dictó, por lo que se excluye la culpa o negligencia de la parte que solicita la revisión. Además, estos documentos tendrán que ser decisivos, es decir, demostrar que han provocado directamente el fallo de la sentencia en un sentido u otro<sup>862</sup>.

2.º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad se declare después penalmente.

Para ello resultará imprescindible, tal y como afirma el artículo 510 LEC, que exista una previa declaración judicial que declare dicha falsedad, declaración que deberá ser lógicamente emitida por un órgano jurisdiccional penal y al igual que ocurre en el supuesto anterior, deberá tratarse de documentos decisivos. Esta declaración podrá haberse realizado tanto con anterioridad como con posterioridad al pronunciamiento del laudo que ahora se pretende revisar, pero en el caso en que sea anterior la parte deberá probar que desconocía dicho pronunciamiento<sup>863</sup>.

---

<sup>861</sup> AC 1994/2846.

<sup>862</sup> Vid. la STSJ Navarra de 30 de noviembre de 2001 (RJ 2002/1453) y la STS de 14 de septiembre de 2004 (RJ 2004/5474).

<sup>863</sup> Vid. la STSJ Aragón de 28 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8548).



3.º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

En este supuesto, una vez más, deberá justificarse el carácter decisivo de los testigos o peritos que actuaron en el proceso anterior y que actuaron falsamente siendo por ello condenados en una sentencia penal<sup>864</sup>.

4.º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.

Recordemos que el artículo 422 CP señala que lo dispuesto en los artículos referentes al cohecho será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública, lo que significa que los árbitros pueden ser sujetos activos de los delitos de cohecho de los artículos 420 y 421 CP<sup>865</sup>.

En estos tres supuestos de nuevo se requiere el carácter decisivo de las conductas a la hora de dictar el laudo. El supuesto de maquinaciones fraudulentas es probablemente el más alegado a la hora de solicitar la revisión al tratarse de una conducta genérica que engloba diferentes actuaciones por lo que el Tribunal Supremo ha admitido multitud de supuestos encauzados por esta vía. Las maquinaciones más utilizadas son aquellas por las que el demandante decide ocultar el domicilio del demandado, su identidad, etc. fingiendo su desconocimiento.

## **b) Plazos**

Requisito esencial para proceder a este juicio de revisión es que el laudo debe ser firme y su incoación viene condicionada por el transcurso de dos

---

<sup>864</sup> Interesante resulta la reflexión plateada por CUCARELLA GALIANA, L., respecto a este motivo de revisión y su aplicación en el ámbito del arbitraje pues este autor concluye que el laudo arbitral firme, a pesar de la remisión del artículo 37 LA a la regulación procesal general y, considerando que su equiparación fuera deseable, no puede revisarse por la causa recogida en el número tercero de este artículo por no estar tipificado el delito de falso testimonio cometido en causa arbitral. "Arbitraje y proceso de revisión", RVDP nº 1, 2000, pp. 8-13.

<sup>865</sup> Lo mismo sucede en el artículo 440 CP referente al abuso en el ejercicio de sus respectivas funciones.

plazos (art. 512 LEC), uno de ellos de carácter absoluto y otro de carácter relativo, pero ambos de caducidad<sup>866</sup>:

a) Se interpondrá este recurso en los tres meses siguientes desde el día en que se descubrieron los documentos decisivos, el cohecho, la violencia, el fraude o que se hubiere reconocido o declarado la falsedad.

b) Nunca después de transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación del laudo que se pretende impugnar, por lo que se rechazará la demanda cuando se incumpla dicho plazo (art. 512 LEC).

Compartimos junto a TORIBIOS FUENTES, que si bien el artículo 512 LEC establece que el *dies a quo* para el cómputo de los cinco años es la fecha de la publicación de la sentencia, dado que no existe dicha publicación en el arbitraje, al menos formalmente, entendemos que la fecha en la que se dicta el laudo será la más acertada para determinar el día inicial del cómputo. En este sentido, la STC de 2 de octubre de 1997 ha entendido que la “fecha de la publicación de sentencia” es “la de la propia resolución”<sup>867</sup>. Sin embargo, las mayores dificultades surgen respecto del plazo de tres meses, pues el *dies a quo* de dicho plazo deberá justificarse por el demandante sin poderse decidir sobre su cumplimiento hasta después de tramitada la revisión y oído el Ministerio Fiscal.

Respecto al cómputo de dichos plazos nos surge la duda de si se deben aplicar los plazos de la ley procesal o de la ley arbitral y al respecto, la Exposición de Motivos de la ley, como ya mencionamos en otra ocasión, esclarece respecto al artículo 5 LA que esta regla referente al cómputo de plazos en el arbitraje será de aplicación a los plazos establecidos para la iniciación de los procedimientos judiciales de control del arbitraje, entre los que podemos incluir la revisión del laudo, por lo que concluimos que el sistema de cómputo de plazos para iniciar el proceso de revisión del laudo difiere del de las sentencias judiciales, aplicándose para éstas el artículo 5 CC, mientras que para el laudo se aplicará en primer lugar el acuerdo de las partes y en defecto de éste, el artículo 5 LA a cuyo comentario nos remitimos.

---

<sup>866</sup> MONTERO AROCA, J y FLORS MATIES, J., *Los recursos en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 29 y ss.

<sup>867</sup> RTC 1997/160. *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje...*, cit., p. 691.

### **c) Legitimación**

El artículo 511 LEC reza: *“podrá solicitar la revisión quien hubiere sido parte perjudicada por la sentencia firme impugnada”*. De nuevo cambiaremos la palabra sentencia por laudo y deducimos que estarán legitimados para interponer el juicio de revisión:

- En primer lugar quienes fueron parte en el proceso anterior, siempre y cuando resultaron agravados por el laudo que dictó el árbitro.

- También lo serán quienes pudieron formar parte en el proceso y no lo hicieron, en el supuesto de haberse visto igualmente agravados por la solución adoptada por el árbitro.

En lo que a la legitimación pasiva se refiere, estarán legitimadas las demás partes del proceso anterior así como sus causahabientes (art. 514.1 LEC). Concretamente, el artículo 514.1 LEC señala: *“presentada y admitida la demanda de revisión, el tribunal solicitará que se le remitan todas las actuaciones del pleito cuya sentencia se impugne, y emplazará a cuantos en él hubieren litigado, o a sus causahabientes”*, por lo que se asume que también estarán legitimados los causahabientes.

### **d) Tramitación**

El proceso de revisión comienza con la demanda, que deberá contener los requisitos establecidos en el artículo 399 LEC así como cumplir el requisito impuesto en el artículo 513 LEC que exige un depósito previo por importe de 300 euros, debiéndose adjuntar con la demanda de revisión el documento acreditativo del ingreso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de la entidad de crédito que designe el Ministerio de Justicia, siendo éste un requisito subsanable. Esta suma se devolverá cuando se resuelva la revisión y se estime la demanda. Además, se deberá acompañar a la demanda el laudo cuya revisión se solicita.

Una vez ha sido admitida a trámite la demanda, el tribunal reclamará las actuaciones de aquel proceso en el que se dictó el laudo que ahora se

pretende revisar y se emplazará a las partes intervinientes, es decir, a cuantos en el proceso arbitral intervinieron o a sus causahabientes, para que en el plazo de veinte días respondan a la demanda (art. 514.1 LEC). Continuará el proceso por los cauces del juicio verbal teniéndose que recabar informe del Ministerio Fiscal antes de dictar sentencia y finalizando el proceso por medio de una sentencia contra la que no cabrá recurso alguno.

De acuerdo con el artículo 516 LEC, la sentencia que se pronuncie resolviendo la revisión únicamente rescindiré el laudo firme, sin decidir en modo alguno de nuevo la cuestión sometida.

### **e) Efectos**

En virtud del artículo 515 LEC, la presentación de la demanda de revisión no suspenderá la ejecución de los laudos firmes excepto cuando las circunstancias lo aconsejen y previa constitución de caución; antes de decidir sobre la suspensión de la ejecución de la sentencia objeto de revisión, el tribunal oirá el parecer del Ministerio Fiscal, tal y como señala el artículo 566 LEC.

Al interponerse la demanda de revisión puede llegar a suceder que se susciten cuestiones que deban resolverse por los órganos jurisdiccionales penales, planteándose una cuestión prejudicial penal. En este supuesto, el artículo 514.4 LEC señala que deberán aplicarse las normas generales establecidas en el artículo 40 LEC sin que opere el plazo absoluto de caducidad del artículo 512.1 LEC, indicando el artículo 40 LEC que no se ordenará la suspensión de las actuaciones sino cuando concurran las siguientes circunstancias:

1. Se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.
2. La decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

Para finalizar el proceso de revisión, el artículo 516 LEC establece que la sentencia podrá:

a) Estimar procedente la revisión solicitada, declararándolo así y rescindiendo la sentencia impugnada así como privándole de sus efectos con carácter retroactivo. A continuación, mandará expedir certificación del fallo y devolverá los autos al tribunal del que procedan para que las partes usen su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente.

b) Desestimar la revisión solicitada, condenando en costas al demandante quien perderá el depósito que hubiere realizado. En este supuesto el laudo firme permanecerá invariable.

La estimación o desestimación puede ser parcial o total; en el caso de hallarnos ante una estimación parcial, la parte del laudo que no ha sido rescindida continuará produciendo plenos efectos. Esta parcialidad también puede referirse a los sujetos intervinientes, pudiendo afectar a unos pero no a la totalidad de ellos pues para el resto, el laudo seguirá siendo firme y, por tanto, seguirá produciendo los efectos de la cosa juzgada.

Hay algún precepto de la LEC que no puede trasladarse al proceso arbitral en lo que a la revisión respecta, nos referimos concretamente al supuesto que acabamos de mencionar *supra*, cuando indicamos que el tribunal deberá realizar la remisión de las actuaciones, quedando libres las partes para hacer vales sus derechos en la forma que estimen conveniente, ya sea por medio de arbitraje ya sea en un nuevo proceso judicial, pues al no existir un órgano judicial al que se le pueda devolver la causa arbitral, técnicamente no es viable que se devuelva al árbitro que pronunció el laudo.

### III. EJECUCIÓN

El derecho a la ejecución del laudo también forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24. 1 CE, por lo que la ejecución deberá llevarse a cabo, a pesar de que no sean los árbitros quienes ejecuten sino los órganos jurisdiccionales. En gran número de ocasiones el laudo por sí solo puede no ser suficiente a la hora de conseguir una completa tutela de los derechos e intereses lesionados, resultando necesario que se lleve a cabo un proceso de ejecución por parte de los

órganos jurisdiccionales del Estado que hagan efectivo el laudo arbitral<sup>868</sup>. Es evidente, por tanto, que el no cumplimiento voluntario del laudo necesitará de su correspondiente ejecución forzosa<sup>869</sup>.

La función de juzgar no se limita únicamente a la declaración del derecho pretendido, sino que también requiere que se ejecute lo juzgado tal y como proclama el artículo 117.3 CE: *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”*. Cualquier arbitraje que trate de presentarse como una alternativa eficaz a la jurisdicción tendrá que presentar las mismas armas que ésta, es por ello que nuestro ordenamiento asigna al laudo la categoría de título ejecutivo, en pie de igualdad con la sentencia judicial, pues de lo contrario perdería sentido el propio arbitraje, quedando en desuso<sup>870</sup>.

El proceso de ejecución es, en palabras de MONTERO AROCA, *«aquél en el que, partiendo de la pretensión del ejecutante, se realiza por el órgano jurisdiccional una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior para acomodarlo a los establecido en el título que sirve de fundamento a la pretensión de la parte y a la actuación jurisdiccional»*<sup>871</sup>. La finalidad que persigue el proceso de ejecución conlleva, como manifiesta SENÉS MOTILLA, las dos características propias de la actividad ejecutiva, es decir, el carácter forzoso de la ejecución que opera siempre a remolque del incumplimiento del deudor y el carácter sustitutivo del quehacer jurisdiccional, en cuanto el tribunal ejecutor sustituye la voluntad del deudor ejecutado llevando a cabo los actos que éste debería realizar si quisiera restablecer el desequilibrio originado por el incumplimiento<sup>872</sup>.

---

<sup>868</sup> En este sentido, CUCARELLA GALIANA, L., manifiesta que de la integración de los artículos 9.1 y 11.1 LA con los artículos 24.1 y 117. 3 CE puede hablarse de la existencia de un derecho a que el laudo condenatorio se cumpla. *El procedimiento arbitral...*, cit., p. 251.

<sup>869</sup> Debemos reconocer que la ejecución de un laudo de forma voluntaria es mucho más frecuente que la de las sentencias judiciales.

<sup>870</sup> TORIBIOS FUENTES, F., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje...*, cit., p. 705.

<sup>871</sup> *Derecho jurisdiccional II...*, cit. p. 510.

<sup>872</sup> “Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa”, *Colección Ley de Enjuiciamiento civil 2000*, AAVV, (coord. DÍEZ- PICAZO GINÉNEZ, I.), La Ley, Madrid, 2000, pp. 20 y 21.

## 1) El proceso de ejecución del laudo

La ejecución del laudo ha sido una de las materias que se han visto modificadas con la llegada de la nueva ley arbitral, consecuencia tal vez, de las innumerables críticas que recibió el régimen de la ejecución de la ley arbitral de 1988, llegando a manifestar algún autor que *«la ejecución forzosa del laudo supone la propia quiebra de la institución arbitral»*<sup>873</sup>. El régimen al que se remitía la ley arbitral de 1988 era a la LEC de 1881, ley que en ese momento regulaba el proceso de ejecución de una manera incompleta con un gran número de lagunas<sup>874</sup>. El panorama mejoró con la entrada en vigor de la LEC de 2000, al regular ésta el proceso de ejecución de una manera mucho más completa. En la actualidad la ley de arbitraje de 2003, en su artículo 44 LA, se remite acertadamente en lo que a la ejecución se refiere casi en su totalidad a la LEC, con la salvedad de las normas dispuestas en el artículo 45 LA<sup>875</sup>.

Nuestro ordenamiento procesal considera el laudo título ejecutivo, en este sentido y a diferencia de la LEC de 1881, el artículo 517. 2. 2º de la nueva LEC manifiesta expresamente que el laudo es un título ejecutivo, por lo que no resulta necesario que la ley arbitral regule un proceso de ejecución específico para el laudo, sino que se pueden aplicar las normas generales de la ejecución de sentencias con determinadas particularidades que viene proclamadas en el artículo 45 LA. En esta línea, la Exposición de Motivos de la LEC indica, *“En realidad, la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene todas las normas, tanto generales como específicas, sobre esta materia. Esta Ley se ocupa únicamente de la posibilidad de ejecución forzosa del laudo durante la pendencia del procedimiento en que se ejercite la acción de anulación”*<sup>876</sup>.

---

<sup>873</sup> La misma autora denunció una regulación incoherente y ambigua, impropia de un legislador procesal. SENÉS MOTILLA, C., “La ejecución forzosa de los laudos arbitrales”, La Ley, nº 4, 1990, pp. 930 – 931.

<sup>874</sup> Respecto a la ejecución de laudos arbitrales en la ley arbitral de 1988, vid. el estudio realizado por ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., en *La ejecución de laudos arbitrales*, Bosch Editor, Barcelona, 1996.

<sup>875</sup> Dentro de la LEC las normas que se aplican a la ejecución forzosa del laudo son las mismas que las de la sentencia, salvo alguna excepción concreta. La equiparación entre la ejecución de un laudo y la de una sentencia es expresa en numerosos preceptos de la LEC (arts. 518, 542, 548, 556, 557, 559 LEC); en otros se debe dar por sobreentendida (arts. 521, 522, 552, 563, 566 LEC). Sin embargo, existen otros supuestos en los que la materia no puede ser arbitral (art. 519 LEC) o las normas son específicas para las sentencias (art. 524, 549.2 LEC). Por último, existen normas referidas específicamente a los laudos (art. 559.1.4 LEC). FERNÁNDEZ –BALLESTEROS, M. A., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), cit., p. 475.

<sup>876</sup> Desde la Partidas (1263) existe una tradición jurídica en el ordenamiento español que equipara el laudo arbitral a la sentencia judicial. En vistas de dicho reconocimiento,

El proceso de ejecución en nuestra LEC viene regulado en el título III, ubicado tras el Libro dedicado a los procesos declarativos ordinarios y a los diferentes medios de impugnación; dicha regulación comprende los artículos 517 a 720 LEC. La LEC regula diferentes tipos de ejecución en el arbitraje (al igual que respecto de las sentencias) en función del contenido del título de ejecución, así distingue entre ejecución dineraria (arts. 571 a 698 LEC) o no dineraria (arts. 699 a 720 LEC) atendiendo a la condena descrita en la parte dispositiva del laudo, es decir, en si ésta consiste en entregar una determinada cantidad de dinero o en realizar una prestación de hacer, de no hacer o de entregar cosa distinta a dinero.

Nuestra ley procesal ya no distingue entre juicio ejecutivo cuando el título no es jurisdiccional y proceso de ejecución cuando el título es una sentencia o títulos asimilados a ellas como es el laudo arbitral, sino que se limita a establecer determinadas normas reguladoras que dependen de ante que clase de título nos hallemos. Pero lo queda claro es que los laudos, en cuanto a su ejecución, se equiparan a las sentencias judiciales.

No nos vamos a detener en todos los aspectos del proceso de ejecución pues es de aplicación el régimen jurídico procesal civil, si bien nos limitaremos a describir y estudiar aquellos aspectos que caracterizan el proceso de ejecución de los laudos arbitrales con las peculiaridades que éste presenta<sup>877</sup>. Lo que si debemos tener presente, sin lugar a duda, es que al remitirse la ley arbitral en bloque a la LEC ya no se aplicarán los preceptos de la ley arbitral referentes a las comunicaciones, notificaciones, plazos, etc.

---

FERNÁNDEZ – BALLESTEROS, M.A., manifiesta que se revela aquí nuestro Derecho “avanzado” en materia de arbitraje frente a otros países como Alemania, Italia, Francia o Inglaterra en los que el laudo por sí solo no suele ser título ejecutivo. Por ejemplo, en Alemania para adquirir ejecutividad en su país de origen, cualquier laudo alemán debe ser antes homologado por los jueces en un proceso de naturaleza constitutivo – procesal cuya naturaleza es relativamente semejante a la del proceso del *exequatur* y que recibe el nombre de “juicio para la obtención de una declaración de ejecutividad” (*Vollstreckbarkeitserklärung*), previsto en § 1060.1 ZPO. *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...*, cit., pp. 167 y ss. Sobre esta cuestión, vid. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, Munich, 1998, pp. 116 y ss. En Francia encontramos la *Ordonnance qui accorde l'exequatur* (art. 1488 Nouveau Code de Procédure Civile); al respecto, vid. HASCHER, D., “L'exécution provisoire en arbitrage international”, *Etudes en l'honneur de J. F. Poudret*, publ. Faculté de droit Univ. Lausanne, Lausanne, 1999, pp. 403 y ss y ORTSCHIEDT, J., “L'exécution provisoire des sentences arbitrales”, *Revue de l'arbitrage* n° 1, 2004, p. 9.

<sup>877</sup> Para un estudio completo del proceso de ejecución, vid. MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *El proceso de ejecución, títulos ejecutivos, demanda ejecutiva y oposición a la ejecución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.



## A) Sujetos

Entramos en un proceso en el que ya no intervienen los árbitros, su misión ha finalizado pues en el arbitraje los árbitros ostentan la potestad de resolver los conflictos que le son sometidos, potestad meramente declarativa, nunca de carácter ejecutivo; la facultad de ejecución cuya naturaleza es coercitiva corresponde únicamente a los órganos jurisdiccionales del Estado.

### a) Órgano competente

Los árbitros no pueden conocer del proceso de ejecución, éste *imperium* lo ostentan únicamente los órganos jurisdiccionales. Lo mismo ocurre en el ámbito de las medidas cautelares, pues si bien la nueva ley arbitral otorga a los árbitros la facultad de adoptar medidas cautelares, su ejecución corresponderá en exclusiva a los órganos jurisdiccionales<sup>878</sup>. En definitiva, los árbitros conocen y juzgan, pero nunca ejecutan, pues claramente los artículos 117.3 LEC y 2.1 LOPJ reservan dicha potestad a los órganos jurisdiccionales<sup>879</sup>.

Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto

---

<sup>878</sup> Diversos autores consideran que la ley arbitral debía haberse planteado la posibilidad de que el árbitro actuara en la ejecución del laudo arbitral, si así lo acordaran las partes y lo aceptara el árbitro. Entre ellos, LORCA NAVARRETE, A.M en *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., p. 407 y FRANCO ARIAS, J., en "La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje del 2003", *AJA*, nº 5, 2004, Bosch, Barcelona, p. 186. Manifiesta este último autor que la agilidad en la ejecución, que posiblemente esta medida pudiera comportar, ayudaría a potenciar el arbitraje.

<sup>879</sup> Al respecto, certera es la afirmación de FERNÁNDEZ – BALLESTEROS cuando proclama: «A ejecutar, a realizar actos coactivos sobre el patrimonio de cualquier persona sólo tiene derecho el Estado. Porque conlleva la limitación de ciertos derechos subjetivos, constriñe la voluntad del deudor (589; 699) y puede, en algún caso extremo, exigir el uso de la fuerza física (7011.1; 709) la actividad de ejecuciones, aún más que la declarativa, una potestad al servicio de una función pública que el Estado presta en estricto régimen de monopolio». *La ejecución forzosa y la medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001, p. 55. En este sentido se pronuncia nuestro Tribunal Constitucional al manifestar en su ATC de 28 de octubre de 1993 (RTC 1993/326): "No cabe ignorar que el árbitro designado por los particulares aspira lícitamente a que su labor sea reconocida: a que el laudo dictado por él sea declarado válido, y que despliegue sus naturales efectos...A tenor de la Ley de Arbitraje de 1988, el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de iuris dictio, pues el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (SSTC 62/1991 [ RTC 1991\62], fundamento jurídico 5.º, y 288/1993 [RTC 1993\288], fundamento jurídico 3.º). Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la Ley; y sólo carece del imperium necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles. Los órganos del Poder Judicial limitan su intervención a despachar la ejecución «por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias firmes» (art. 53, Ley del Arbitraje), salvo que anulen el laudo".

en el artículo 545.2 de la LEC y, en su caso, el previsto en el artículo 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (art. 8. 4 LA). Con base en estos preceptos, el tribunal competente objetivamente para la ejecución forzosa del laudo será, como acabamos de decir, el Juzgado de Primera Instancia, nunca el juzgado de Paz, aunque la cuantía sea inferior a 90 euros. Recordemos aquí la entrada en vigor de la LO 8 /2003 de 9 de julio, de reforma concursal que modifica la LOPJ atribuyendo competencias a los Juzgados de lo Mercantil en materia de arbitraje, por lo que estos órganos también serán competentes en aquellas materias que por ley les correspondan<sup>880</sup>.

En lo que a la competencia territorial se refiere, será competente el Juzgado de Primera Instancia del partido judicial dentro del que se encuentre el lugar donde se haya dictado el laudo. Determinar el lugar donde el laudo se ha dictado no implica ninguna dificultad, pues en la ley arbitral, concretamente en su artículo 37. 5 LA, se exige que en el laudo conste el lugar del arbitraje, considerándose el laudo dictado en ese lugar<sup>881</sup>.

## **b) Partes**

Centrándonos ya en las partes del proceso de ejecución, éstas son: la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que ésta se despacha (art. 538.1 LEC). No existen especialidades en cuanto a los requisitos de aptitud relativos a la capacidad para ser parte y de actuación procesal. Obvio es, en consecuencia, que los árbitros no pueden instar la ejecución del laudo.

En lo que a la legitimación se refiere, ésta viene determinada por el título (art. 538 .2 LEC), no obstante, existen algunos supuestos en los que quien no aparece en el título puede estar legitimado, como por ejemplo ocurre con la legitimación derivada del artículo 540 LEC, en donde la ejecución podrá

---

<sup>880</sup> Vid. respecto al fuero territorial para la ejecución forzosa del laudo arbitral, aunque con respecto a la ley arbitral de 1988, el AAP Madrid de 19 de octubre de 2004, (JUR 2005/8168).

<sup>881</sup> Determinados autores, entre ellos, SENÉS MOTILLA, C., y PARDO IRANZO, V., consideran que hubiera sido oportuno que junto a la vinculación inicial y nominal que supone el lugar donde el laudo ha sido dictado, se hubieran consagrado foros de competencia alternativos, tales como el *forum executionis* o lugar de cumplimiento de la obligación y el *forum domicilii* o *forum rei sitae* en cuanto facilitan la realización forzosa de la prestación debida y la proyección sobre los bienes del ejecutado de la responsabilidad contenida en el título ejecutivo. SENÉS MOTILLA, C., "La ejecución forzosa...", cit., p. 925 y PARDO IRANZO, V., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. BARONA VILAR, S.), cit., p. 1528.

solicitarla quien acredite ser sucesor del ejecutante<sup>882</sup>. El sujeto activo será aquel que conste como acreedor de la prestación que el ejecutado esté obligado a realizar, es decir, aquel frente al cual se dictó el laudo a su favor<sup>883</sup>. Resulta más difícil determinar quien es la parte ejecutada pues podría ocurrir que los bienes de la ejecución sean de titularidad conjunta o incluso de personas diferentes a las previstas en el laudo arbitral, supuestos en los que no entraré en detalle por exceder el ámbito de este trabajo<sup>884</sup>.

En todo caso, debemos tener en cuenta que el artículo 538 .2 LEC manifiesta que únicamente podrá despacharse ejecución frente a los siguientes sujetos: 1.º Quien aparezca como deudor en el mismo título, 2.º Quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado mediante documento público, 3.º Quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afección derive de la Ley o se acredite mediante documento fehaciente. La ejecución se concretará, respecto de estas personas, a los bienes especialmente afectos. Será la parte ejecutante quien deba asumir la carga de determinar quiénes son las partes pasivas del proceso de ejecución arbitral<sup>885</sup>.

Nada dice la ley arbitral respecto a la postulación en el proceso de ejecución del laudo, simplemente se limita a disponer que la ejecución del laudo se regulará por lo dispuesto en la LEC. Es por ello que nos preguntamos si resulta necesaria la intervención de abogado y procurador en este proceso y para ello debemos acudir a nuestra ley procesal. En este sentido, el artículo 539 .1 LEC señala que las partes deberán estar dirigidas por letrado y representadas por procurador, salvo que se trate de la ejecución de

---

<sup>882</sup> Podemos encontrarlos ante el problema de resolver quienes están legitimados cuando hablamos de consumidores y usuarios para la ejecución fundada en sentencia de laudo sin determinación individual de los beneficiarios. Para ello, el artículo 4519 LEC prevé un sistema para determinar quiénes son los beneficiarios, es decir, quienes están legitimados para instar la ejecución del laudo.

<sup>883</sup> Lógico resulta que sea quien aparece legitimado activamente en el título quien incoe la ejecución, pues el obligado carece de interés para pedir la iniciación de la ejecución en cuanto está en sus manos el proceder al cumplimiento voluntario. Pero no siempre es todo tan claro, pues nada obsta que sea el condenado el que inste la ejecución cuando para ello tenga interés, lo que sucede cuando se trata de obligaciones recíprocas. En este mismo sentido se pronuncia MONTERO AROCA, J., en *Comentario breve a la ley e arbitraje...*, cit., p. 272.

<sup>884</sup> Vid. GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., pp. 1325 – 1337.

<sup>885</sup> Vid. respecto a las partes en el proceso de ejecución la STC de 2 de octubre de 2000 (RTC 2000/229).

resoluciones dictadas en procesos (entendemos jurisdiccionales, no arbitrales) en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales, que principalmente son los juicios verbales donde se ejerciten pretensiones de valor económico no superior a los 900 euros.

De una primera lectura de dicho precepto podríamos entender que no sería preceptiva su intervención para instar la ejecución judicial de un arbitraje al ser el laudo un resolución que dimana de un proceso arbitral en el que no es preceptiva la intervención de abogado y procurador, pero si atendemos a las normas generales que regulan la intervención de dichos sujetos, es decir, a los artículos 23 y 31 de la LEC, en ellos nada se dice respecto al arbitraje en los supuestos de exclusión de la intervención de abogado y procurador<sup>886</sup>.

Por tanto, si bien en el procedimiento arbitral las partes no necesitan intervenir a través de abogado y procurador, sin embargo, cuando hablamos de la ejecución del laudo, la actividad de los árbitros ya ha finalizado y comienza la de los órganos jurisdiccionales. En tal sentido, como señala LORCA NAVARRETE, dicha actividad por su jurisdiccionalidad ha de necesitar de la intervención de profesionales técnicos en Derecho que asistan a las partes, su justificación la hallamos en la circunstancia de que la actividad dirigida a la ejecución se sustrae de los cometidos negociales que los sujetos pueden atribuir a los árbitros, ya que tales cometidos se encuentran reservados, de modo exclusivo, a los órganos jurisdiccionales del Estado<sup>887</sup>. Concluimos que si deberá imponerse la exigencia de postulación, pues consideramos que la voluntad del

---

<sup>886</sup> ISCAR DE HOYOS, J., "La ejecución forzosa del laudo arbitral. Aspectos prácticos", *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de Tribunales arbitrales según la nueva Ley de arbitraje 60/2003*, IVDP, San Sebastián, 2005, pp. 196 y 197

<sup>887</sup> *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., p. 409. En este mismo sentido, PARDO IRANZO, V., considera que la presencia de abogado y procurador si es necesaria en el proceso de ejecución, alegando que si en el proceso de declaración pueden quedar afectados los derechos de las partes, mucho más en el de ejecución puesto que es en este mismo momento cuando se materializa lo contenido en el título y cuando realmente pueden verse afectados los derechos patrimoniales de las partes. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 1542. En sentido contrario se pronuncia FRANCO ARIAS, J., "La ejecución del laudo...", cit., p. 183 y YAÑEZ VELASCO, R., quien considera que no tiene sentido que pudiendo haber seguido un procedimiento judicial sin necesidad de estos dos actores se escoja el arbitraje, característico en abaratar costes y luego deba abonarse en el trámite de ejecución lo que no se tendría que soportar de haber utilizado desde el principio la vía judicial. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...* cit., p. 968. El AAP Burgos de 10 de octubre de 2002 (JUR 2003/ 17604) se plantea, aunque con respecto de la ley arbitral de 1988, si es en la ejecución de un laudo arbitral imprescindible o no la defensa por abogado y la representación por medio de procurador. Declara dicho Auto que no es una cuestión directamente resuelta en la ley y para ello debe acudir a la deducción de los principios reguladores de la materia, declarando expresamente que debe concluirse que dicha asistencia técnica no es imprescindible en fase de ejecución. También declaran no preceptiva dicha intervención los AAP Madrid de 13 de abril de 2005, (JUR 2005/173785) y AAP Burgos de 10 de octubre de 2002, (JUR 2003/17604).

legislador consiste en restringir la no exigencia de postulación a determinados supuestos en los que por la simplicidad del proceso o incluso su escasa relevancia económica así lo aconsejan<sup>888</sup>.

## **B) Laudos que pueden ser ejecutados**

No todos los laudos pueden ser ejecutados. El único laudo que se ejecuta es el laudo de condena.

En primer lugar, los laudos absolutorios que deniegan la tutela pretendida no podrán ser ejecutados pues únicamente serán susceptibles de ejecución los que estiman una pretensión de condena. Sin embargo, tendrán la condición de título ejecutivo los laudos absolutorios cuando condenen al pago de las costas del arbitraje en las que están incluidos los honorarios de los propios árbitros. Tampoco son susceptibles de ejecución los laudos que se pronuncian sobre cuestiones meramente procesales.

Además, el artículo 521 LEC señala que no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas, por lo que analógicamente tampoco existirá ejecución posterior posible en el caso de los laudos mero-declarativos y los laudos constitutivos.

No son título ejecutivo los laudos meramente declarativos ya que éstos, tal y como su propio nombre indica, se limitan a declarar la existencia de una relación jurídica quedando satisfecha su pretensión con la mera declaración, resultando innecesaria cualquier actividad posterior. Tampoco lo serán los laudos constitutivos, pues éstos por sí solos ya producen el cambio jurídico sin necesitar actividad posterior, o una actividad muy simple. Es lo que la doctrina ha denominado “ejecución impropia” y suele consistir generalmente en la inscripción del laudo en un registro público, como por ejemplo en el de la Propiedad o el Mercantil. En todo caso, al igual que señala SENÉS MOTILLA es difícil imaginar el recurso a la institución arbitral con una finalidad meramente declarativa<sup>889</sup>.

---

<sup>888</sup> En este mismo sentido, TORIBIOS FUENTES, F., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje...*, cit., p. 705. La representación procesal podrá acreditarse tanto por copia de la escritura de poder como por el otorgamiento *apud acta*.

<sup>889</sup> *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 38 y ss. Al respecto, MONTERO AROCA, J., señala que el problema consiste en determinar si con los laudos puede acudir directamente a la llamada “ejecución impropia”, o si es necesaria una

El laudo que se ejecuta forzosamente es tanto el nacional como el extranjero, pero debemos tener en cuenta que el laudo que se ejecuta directamente es el laudo dictado en territorio español, mientras que los laudos extranjeros para que sean ejecutados forzosamente será necesario que previamente se haya procedido al *exequátur* de los mismos (art. 46 LA) y que estudiaremos posteriormente.

A modo de conclusión y en síntesis, son título ejecutivo los laudos que se pronuncian sobre el fondo del asunto, los laudos parciales (art. 37.1 LA), los laudos que recogen el acuerdo de las partes (art. 36 LA) y las decisiones que dicten los árbitros acordando medidas cautelares (art. 23.2 LA)<sup>890</sup>.

### **C) El procedimiento de ejecución del laudo**

El artículo 44 LA se remite a la LEC en lo que a la regulación de la ejecución del laudo arbitral se refiere. A pesar de ello, al consistir el laudo en un título ejecutivo asimilado al de las sentencias, aunque no exactamente semejante, en determinados momentos tendremos que realizar algunos matices respecto a la regulación de la ejecución de sentencias.

#### **a) Aspectos generales**

Los principios que inspiran el proceso de ejecución de los laudos arbitrales coinciden plenamente con los de la ejecución de sentencias. Brevemente destacamos el carácter sustitutivo de la conducta que hubiera debido llevar a cabo el ejecutado voluntariamente, los principios de dualidad, contradicción e igualdad relativos a las partes. En lo que al proceso de ejecución propiamente se refiere, éste se rige por los principios de oportunidad y dispositivo, teniendo en cuenta que en este proceso subsisten manifestaciones del impulso de parte a diferencia de lo que ocurre en el

---

suerte de homologación judicial. Considera este autor que la actividad judicial es necesaria para la ejecución propiamente dicha, pero no se necesita reconocimiento alguno en los laudos declarativos puros y constitutivos. *Comentario breve a la ley de arbitraje...*, cit., p. 267.

<sup>890</sup> Tal vez sea por esta últimas resoluciones que el artículo 517.2. 2º LEC cuando habla de los títulos ejecutivos se refiera también a “los laudos o resoluciones arbitrales” y no simplemente a los laudos. Aunque también compartimos con SENÉS MOTILLA, C., que cabe referir la cláusula a las resoluciones arbitrales que, no pronunciándose sobre el fondo, incluyan pronunciamientos condenatorios en materia de costas. “Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa”, cit., p. 43.

proceso declarativo y por último, en cuanto al procedimiento, debemos recordar que la actividad ejecutiva no responde en modo alguno al principio de oralidad, sino todo lo contrario, al de escritura<sup>891</sup>.

Una vez declarados los principios que inspiran el proceso de ejecución, debemos destacar los dos requisitos temporales que se prevén en nuestro ordenamiento en orden a proceder a la ejecución del laudo. Por un lado, aquél que pretende la ejecución del laudo deberá dejar de transcurrir el plazo de 20 días desde la notificación al ejecutado de la resolución de condena (art. 548 LEC); en el supuesto en el que las partes hayan solicitado la corrección, aclaración o complemento del laudo prevista en el artículo 39 LA, dicho plazo comenzará a contar desde la notificación de tales actuaciones.

Por otro lado, el artículo 518 LEC señala que la acción ejecutiva fundada en resolución arbitral caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución. La caducidad será controlada de oficio por el juez (art. 552. 1 LEC), aunque si éste no lo hace, podrá ser opuesta por el ejecutado en el momento oportuno (art. 556. 1, II LEC).

## **b) Inicio del procedimiento**

El proceso de ejecución del laudo arbitral se inicia a petición de parte, nunca de oficio, con la demanda ejecutiva, demanda que deberá contemplar lo exigido en el artículo 549.1 LEC, es decir: 1.º El título en que se funda el ejecutante, si el título ejecutivo constara ya en el Juzgado no sería necesario acompañarlo, pero no es el caso de los laudos pues éstos han sido resueltos por los árbitros, órgano diferente al que va a ejecutar, por tanto deberá ser acompañado junto a la demanda, 2.º La tutela ejecutiva que se pretende, en relación con el título ejecutivo que se aduce, precisando, en su caso, la cantidad que se reclame conforme a lo dispuesto en el artículo 575 de esta Ley, 3.º Los bienes del ejecutado susceptibles de embargo de los que tuviere conocimiento y, en su caso, si los considera suficientes para el fin de la ejecución, 4.º En su caso, las medidas de localización e investigación que interese al amparo del artículo 590 de esta Ley y por último, 5.º La persona o

---

<sup>891</sup> Vid. MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional II...*, cit., pp. 511 -513.

personas, con expresión de sus circunstancias identificativas, frente a las que se pretenda el despacho de la ejecución, por aparecer en el título como deudores o por estar sujetos a la ejecución según lo dispuesto en los artículos 538 a 544 LEC.

A dicha demanda se le acompañarán los documentos indicados en el artículo 550 LEC, éstos son: 1.º El título ejecutivo, salvo que la ejecución se funde en sentencia, acuerdo o transacción que conste en los autos, para ello, bastará con que la parte presente copia del laudo que le fue entregado por los árbitros en soporte electrónico (disquete, CD-R, etc.), 2.º El poder otorgado a procurador, siempre que la representación no se confiera «apud acta» o no conste ya en las actuaciones, cuando se pidiere la ejecución de sentencias, transacciones o acuerdos aprobados judicialmente, 3.º Los documentos que acrediten los precios o cotizaciones aplicados para el cómputo en dinero de deudas no dinerarias, cuando no se trate de datos oficiales o de público conocimiento y, 4.º Los demás documentos que la ley exija para el despacho de la ejecución<sup>892</sup>. También podrán acompañarse cuantos documentos considere el ejecutante útiles o convenientes para el mejor desarrollo de la ejecución y contengan datos de interés para despacharla.

Además, la disposición final de la ley arbitral añade un nuevo párrafo al número 1 del apartado 1 del artículo 550 LEC: *“Cuando el título sea un laudo, se acompañarán, además, el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquél a las partes”*. Al ser la notificación a las partes un presupuesto absoluto de eficacia del laudo, entiendo acertada la exigencia de aportación de los documentos acreditativos de que dicha notificación se ha realizado correctamente con los documentos que acompañan la demanda. El ejemplar que se entregue de la notificación podrá recogerse en soportes telemáticos. Si el Tribunal no dispone de los medios necesarios para su visualización, podrá el ejecutante proporcionar tales medios (art. 384 .1 LEC). Asimismo, la parte podrá acompañar, en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso en orden a facilitar la labor del Tribunal al despachar ejecución (art. 382. 1 LEC).

---

<sup>892</sup> Como podemos observar, el artículo 550 LEC ya no contempla la necesidad de que el ejecutante deba aportar testimonio de la resolución judicial por la que se resuelve el proceso de anulación; dicha previsión si la exigía la ley arbitral de 1988 en su artículo 54 .2.



En lo que al convenio arbitral respecta, considero que su aportación resultará necesaria en orden a que el juez, sin entrar a debatir sobre el fondo del asunto, pueda controlar que se cumplen todos los requisitos y presupuestos procesales, muchos de los cuales se habrán acordado entre las partes y aparecen reflejados en dicho convenio<sup>893</sup>. Resultará además sumamente importante para poder comprobar el vencimiento del plazo de caducidad del artículo 548 LEC<sup>894</sup>. Como dijimos en su momento, la ley arbitral ya no recoge la necesidad de que las partes expresen en el convenio arbitral la obligatoriedad de cumplir lo establecido en el laudo, exigencia que disponía el artículo 5 de la ley arbitral de 1988 y que resultaba innecesaria.

La petición que contemple la demanda ejecutiva no es libre en el sentido de que será el título ejecutivo quien delimite tal *petitum*. El ejecutante podrá solicitar menos de lo plasmado en el título, pero en ningún caso más, y por supuesto nunca podrá pedirse cosa distinta. Con base en ello, en la gran mayoría de ocasiones, no resulta imprescindible que se realice una petición expresa, sino que basta con solicitar la ejecución, siendo implícito el objeto de la demanda a través del título ejecutivo.

---

<sup>893</sup> En contra, TORIBIOS FUENTES, F., quien considera que posiblemente la exigencia de aportar el convenio se podría haber suprimido. *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje...*, cit., p. 720. Vid. el AAP Madrid de 7 de marzo de 2005 (JUR 2005/87311), que manifiesta: “Es claro que la exigibilidad de la aportación del convenio arbitral ha de determinar la posibilidad y obligación de que el Juzgador examine su validez formal así como que se examine la realidad del laudo y su notificación. Ahora bien en modo alguno tal deber puede sin más dejar sin efecto el contenido del artº. 55.2 LA en cuya virtud fuera de los casos que prevé el párrafo anterior, es decir, la oposición del ejecutado por pendencia de recurso de anulación o por efectiva anulación del laudo, el Juez dictará auto despachando la ejecución”. Respecto a la imposibilidad de examinar de oficio la validez de la cláusula de sumisión a arbitraje, vid., entre otros, el AAP Madrid de 30 de marzo de 2005, (JUR 2005/107110); AAP Madrid de 28 de abril de 2005, (JUR 2005/122068) y el AAP Madrid de 7 de septiembre de 2004, (JUR 2004/299208) que proclama: “no cabe entrar en el examen de las cuestiones de fondo que dieron lugar a aquél, sino que tan sólo procede examinar las posibles irregularidades de carácter formal, no material del mismo, y sí concurren los requisitos de carácter procesal, no sustancial, para que pueda despacharse tal ejecución”.

<sup>894</sup> Artículo 548 LEC: *El tribunal no despachará ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales o de convenios aprobados judicialmente dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado.*

## **D) Despacho y oposición a la ejecución**

Una vez presentada la demanda ejecutiva se deberá proceder al despacho de la ejecución. Este despacho lo realizará el juez *inaudita parte* mediante auto, es decir, el despacho lo hará sin oír al deudor, lo que supone una novedad a la LEC de 2000 respecto de la ley arbitral de 1988<sup>895</sup>.

### **a) Atribuciones del juez. Posibilidad de un control de oficio**

El problema en esta etapa lo hallamos a la hora de determinar las atribuciones que ostenta el juez en la ejecución del laudo, concretamente, en si es posible un control por su parte antes de que proceda a despachar ejecución o no.

En primer lugar, el juez controlará su propia competencia - lo que no impide a las partes alegar en el trámite de oposición, por ejemplo, la falta de competencia objetiva del juez para despachar ejecución del laudo -. A continuación, deberá analizar si ha transcurrido el plazo de 20 días de cortesía previsto en el artículo 548 LEC, si el laudo es de condena, así como si concurren los presupuestos y requisitos procesales, si el título ejecutivo no adolece de ninguna irregularidad formal y si los actos de ejecución que se solicitan son conformes con la naturaleza y contenido del título (art. 551.1 LEC)<sup>896</sup>.

En definitiva, el juez deberá controlar los requisitos y presupuestos procesales que se exigen, pero no deberá entrar en el fondo del asunto, pues no podrá analizar la solución alcanzada por los árbitros. No deberá plantearse la legalidad o equidad del contenido del laudo, dependiendo si éste se basa en derecho o en equidad, pues dicho resultado se encuentra cubierto por la firmeza del laudo y por sus efectos de cosa juzgada<sup>897</sup>.

---

<sup>895</sup> El artículo 55 de la ley arbitral de 1988 si que disponía que el Tribunal, antes de despachar la ejecución, debía dar traslado de la demanda ejecutiva a la parte ejecutada.

<sup>896</sup> El laudo contiene aquello que debe ser ejecutado, por lo que cualquier actuación que no se contemple en el laudo deberá ser denegada por el juez. Si el juez acordara una actuación no cubierta por el laudo, el ejecutado podrá oponerse por cualquiera de las vías del artículo 563 LEC. A ello se refiere la LEC cuando exige que los actos de ejecución que se soliciten sean conformes con la naturaleza y contenido del laudo.

<sup>897</sup> Procederá al despacho de la ejecución sin posibilidad de examen del fondo de la decisión arbitral. En esta línea el AAP Madrid de 8 marzo de 2004, (JUR 2004/249396) manifiesta: "La denegación del despacho de ejecución (artículo 552 LECiv) no puede fundarse en cuestiones de fondo, sino únicamente en cuestiones formales relativas al título, o al propio

Nos planteamos en este momento si el juez puede denegar el despacho de la ejecución en el supuesto en que considere que el laudo está afectado por cualquiera de las causas determinantes de su anulación recogidas en el artículo 41.1 LA. Debemos tener presente, tal y como afirma BARONA VILAR, que no podemos convertir la ejecución en el cauce que el sistema arbitral no pretende: control de la decisión arbitral por los jueces, de modo que la misma es inmutable, siendo que el juez deberá proceder a ejecutar lo que ha sido resuelto por los árbitros<sup>898</sup>.

Al respecto, consideramos, como lo hace gran parte de la doctrina, que resulta necesario distinguir según se haya interpuesto o no la acción de anulación. En este sentido, si existió acción de anulación, existe ya un pronunciamiento de la Audiencia Provincial y, por tanto, las causas de anulación estarán cubiertas por la cosa juzgada y el juez de la ejecución no podrá controlarlas de oficio, por lo que no podrá negarse a despachar ejecución dado que ya existe un pronunciamiento judicial anterior; mientras que si no se interpuso dicha acción de anulación, consideramos que si el laudo pudiera estar afectado por una causa de inexistencia o de nulidad en sentido estricto, será posible su control de oficio a los efectos de denegar la ejecución<sup>899</sup>. En definitiva, como señala MONTERO AROCA, J., el ámbito de control de oficio por el juez respecto del fondo, se reduce al caso en que no hubiera acción de anulación y dentro de él se centra en haberse resuelto en arbitraje un objeto

---

*proceso de ejecución si no fuera subsanable la falta del presupuesto formal, es decir, en cuestiones relacionadas en el artículo 551 (jurisdicción y competencia, capacidad, defensa y representación de las partes y cualidad con que aparecen en el título o según justificación documental, requisitos de la demanda, presentación de documentos necesarios, título formalmente constituido, actividades ejecutivas conformes, existencia de acción de ejecutiva - no caducada -, y cumplimiento del plazo previsto en el artículo 548) y si quien ejercita la acción ejecutiva presenta un título regularmente constituido en su aspecto formal, los actos solicitados son conformes con la naturaleza y contenido del título y se cumplen los demás presupuestos que resultan del artículo 551 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento civil, el juez debe despachar ejecución". En el mismo sentido se pronuncia el AAP Madrid de 5 de julio 2005, (JUR 2005/185879).*

<sup>898</sup> Continúa manifestando esta autora, que se produciría una clara perversión del sistema arbitral si, tras configurar un proceso arbitral que finalice con un laudo, sin posibilidad alguna de recurso, se entrase en la vía impugnatoria inclusive de oficio a través de la ejecución forzosa del juez. "Facultades del juez en la ejecución arbitral", Nota de la SAP Madrid de 14 de abril de 2005 (EDJ 2005/126851), RCEA, 2006, en prensa.

<sup>899</sup> MUÑOZ SABATÉ, *Jurisprudencia arbitral comentada (Sentencias del Tribunal supremo, 1891 – 1991*, Bosch, 1992, p. 577. El autor manifiesta que únicamente en muy contadas ocasiones, precisamente aquellas en las que la falta de impugnación del laudo puede deberse a un fallo en los principios de bilateralidad y audiencia, pudiera el juez ejecutor por razones eminentemente constitucionales, denegar la ejecución, así como también en los supuestos de flagrante afectación al orden público.

que no podía serlo o bien en el supuesto en que el laudo sea contrario al orden público<sup>900</sup>.

Claramente expone BARONA VILAR, que el legislador quiso limitar el papel del juez en la ejecución a lo que verdaderamente pudiese ser un obstáculo para la ejecución, a saber, falta de título ejecutivo –laudo-, falta de presentación del convenio arbitral –que no cuestione su validez-, falta de notificación del laudo, y poco más. Quizás, en ese poco más es donde se puede plantear la duda y, tal vez, una solución razonable sería asumir la voluntad del legislador arbitral en el artículo 41 LA, en el que se describen los motivos de anulación del laudo, siendo todos ellos alegables por las partes, si bien pudiendo el tribunal pronunciarse de oficio sobre la falta de notificación, que la materia no fuere susceptible de arbitraje y que el laudo fuere contrario al orden público. Comparto con esta autora, que es en esos casos cuando el juez podría de oficio negarse a despachar ejecución, trasladando, las coordenadas legales del control judicial del arbitraje en anulación a sede de ejecución<sup>901</sup>.

Sin embargo, últimamente, podemos encontrar diversos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, principalmente, de la Audiencia Provincial de Barcelona, que han defendido la denegación del despacho a la ejecución del laudo arbitral, por entender no válido el convenio que dio origen al arbitraje por diferentes motivos. Ejemplo de ello lo observamos en el AAP de Barcelona de 17 de octubre de 2003<sup>902</sup> que denegó la admisión a trámite de una demanda de ejecución de laudo arbitral dictado por la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE) por considerar que las cláusulas arbitrales insertas en los contratos de telefonía móvil eran nulas de pleno derecho por abusivas y, en idéntico sentido, se pronunció el AAP Barcelona de 20 de diciembre de 2004<sup>903</sup>. Entendemos al respecto, junto a BARONA VILAR, que se produce un exceso de función tuitiva del juez que puede ir más allá de lo que las partes pudieron plantear, produciéndose, por tanto, una desvirtuación de la esencia misma del sistema arbitral en el que las partes son las dueñas del proceso, provocándose, en consecuencia, un cambio de sistema procesal de

---

<sup>900</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 283.

<sup>901</sup> "Facultades del juez en ejecución del laudo arbitral"..., cit.

<sup>902</sup> JUR 2003/259572.

<sup>903</sup> JUR 2005/56494.

partes por un sistema procesal de control estatal que el legislador no ha pretendido<sup>904</sup>.

También hallamos pronunciamientos que defienden nuestra postura, entre ellos, destacamos la sentencia de la AP de Madrid de 14 de abril de 2005, que manifiesta: *“Es claro que la exigibilidad de la aportación del convenio arbitral ha de determinar la posibilidad y obligación de que el Juzgador examine su validez formal así como que se examine la realidad del laudo y su notificación. Ahora bien en modo alguno tal deber puede sin más dejar sin efecto el contenido del artº. 55.2 LA en cuya virtud fuera de los casos que prevé el párrafo anterior, es decir, la oposición del ejecutado por pendencia de recurso de anulación o por efectiva anulación del laudo, el Juez dictará auto despachando la ejecución. Es evidente que a pesar de ello si se dieran los supuestos que se citan en el auto recurrido, es decir, cuando el convenio arbitral se refiriera a materias indisponibles o fuera contrario al orden público, a los derechos fundamentales o derivado de una causa ilícita o delictiva, podría el Juez denegar el despacho de ejecución. Ahora bien esa posibilidad no puede extenderse a supuestos que sean al menos discutibles y que la parte supuestamente perjudicada no discutió en el proceso arbitral o discrepo en él pero con resultado adverso ni, de ser así, mediante el recurso de anulación”*<sup>905</sup>.

## **b) Despacho de ejecución**

Si concurren todos los presupuestos necesarios, el juez dictará auto despachando ejecución, resolución que no es susceptible de recurso alguno por parte del ejecutado, sin perjuicio de una eventual oposición (art. 551 LEC). En el supuesto en el que no concurrieran éstos presupuestos y el juez considera que son subsanables, otorgará un plazo a la parte interesada para que los subsane. Por el contrario, si se trata de defectos insubsanables tendrá que dictar auto denegando la ejecución, auto que será apelable (art. 552. 2 LEC); aunque no debemos olvidar que si el acreedor así lo desea podrá interponer previamente recurso de reposición y si el juez lo deniega, interponer frente a esta resolución el recurso de apelación.

---

<sup>904</sup> “Facultades del juez en ejecución del laudo”..., cit.

<sup>905</sup> EDJ 2005/126851.

El auto por el que se despacha a ejecución deberá ser notificado al ejecutado con copia de la demanda ejecutiva y sin citación ni emplazamiento para que en cualquier momento pueda personarse en la ejecución, entendiéndose con él, en tal caso, las ulteriores actuaciones (art. 553 .2 LEC).

Despachada ejecución y no formulada o desestimada la oposición que vamos a estudiar *infra*, la ejecución se desarrollará por los trámites previstos en la LEC comunes para laudos y sentencias. Si la condena es dineraria, se seguirá lo previsto en los artículos 571 y ss LEC, si ésta consiste en la entrega de una cosa mueble determinada deberá cumplirse lo previsto en el artículo 701 LEC, si se pretende la entrega de cosas genéricas o indeterminadas, el artículo 702 LEC, etc. El proceso de ejecución finalizará cuando se haya satisfecho completa e íntegramente la pretensión del acreedor.

Nada dice la ley arbitral respecto a las costas del proceso de ejecución del laudo, por lo que nos remitiremos a las normas sobre imposición de las costas de ejecución forzosa de la LEC, concretamente a los artículos 539. 2 y 575 LEC, en cuanto a su tasación a los artículos 241 a 246 LEC y finalmente, a los artículos 571 y ss LEC respecto de su exacción.

### **c) Oposición a la ejecución**

Será posible que en los diez días siguientes a la notificación del auto por el que se despacha a ejecución, el ejecutado se oponga a ésta por los mismos motivos de oposición previstos para la sentencias (arts. 556 y 559 LEC). Dicha oposición se formulará mediante un escrito donde se alegarán las causas de oposición por motivos de fondo contempladas taxativamente en el artículo 556 .1 LEC, que son: pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, caducidad de la acción ejecutiva, existencia de pactos y transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público o bien por los motivos procesales previstos en el artículo 559 LEC, es decir, carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda, falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda y nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener el laudo pronunciamientos de condena, no cumplir el documento presentado los

requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520 de la LEC.

La disposición final de la ley de arbitraje ha añadido una nueva causa de oposición a este precepto: *“Si el título ejecutivo fuera un laudo arbitral no protocolizado notarialmente, la falta de autenticidad de éste”*. Ya hemos comentado que la necesaria protocolización del laudo que exigía el artículo 33.2 de la ley arbitral de 1988 se ha suprimido con la nueva ley arbitral, señalando su artículo 37. 8 LA, que el laudo “podrá” ser protocolizado, pero no impone su obligatoriedad. En el caso de que el laudo se protocolice, la parte que interponga la demanda ejecutiva adjuntará copia auténtica del laudo, sin embargo, si no lo ha protocolizado y entrega el laudo, puede ocurrir que el ejecutado no considere auténtico dicho laudo y como tal documento no garantiza la autenticidad del laudo, podrá oponerse a la ejecución con base en ello. La oposición se desarrollará conforme a los artículos 556 y ss LEC.

## **2) Particularidades de la ejecución del laudo arbitral**

Las únicas particularidades de la ejecución del laudo arbitral que la ley arbitral añade a las normas procesales civiles de las sentencias judiciales las hallamos en el artículo 45 LA; se han eliminado las especificidades referentes a los documentos que deben acompañar la demanda, sobreseimiento, etc. que imponían los artículos 54 y 55 de la ley de arbitraje de 1988.

El artículo 45 LA es un precepto que resulta muy confuso y ha provocado grandes debates doctrinales. A pesar de ello, se trata de un precepto importante pues consagra el principio del efecto no suspensivo de la acción de anulación, por el cual la parte interesada, a pesar de existir un procedimiento de anulación del laudo pendiente o incluso si todavía no ha expirado el plazo para su interposición, puede solicitar al juez la ejecución forzosa del laudo sin que dicha acción de anulación pueda suspender la ejecución.

### **A) ¿Podemos hablar de una ejecución provisional del laudo?**

El que se pueda solicitar la ejecución forzosa del laudo aún cuando contra él se haya ejercitado la acción de anulación puede entrañar determinados equívocos conceptuales que conviene eliminar, a pesar de que desde el punto

de vista práctico las consecuencias no sean tan determinantes, sobre todo si observamos el artículo 45 LA. Por ello, vamos a dedicar las próximas líneas a descifrar si la ejecución del laudo pendiente la acción de anulación puede calificarse de provisional o no.

La ejecución provisional del laudo se contemplaba en la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953 (art. 31. III LAP), novedosa en su momento ya que nada semejante preveía la LEC para las sentencias judiciales. Dicha ley contemplaba la ejecución del laudo provisional pendiente de recurso si el que la solicitaba otorgaba fianza bastante en orden a responder de las costas y perjuicios que pudiera provocar. Sin embargo, cuando se promulgó la ley arbitral de 1988 se suprimió dicha posibilidad, lo que resultó un desacierto, sobre todo si contemplábamos el panorama legislativo del momento en el que por reforma de 6 de agosto de 1984 se introdujeron ciertas modificaciones en la LEC de 1881, concretamente los artículos 384 y 385 que permitían ya, en determinados supuestos, la ejecución provisional de las sentencias<sup>906</sup>. Trataremos ahora de dilucidar si la nueva ley arbitral ha instaurado de nuevo la institución de la ejecución provisional que contempló en su día la ley arbitral de 1953.

El artículo 45 LA provoca dudas respecto a si el laudo arbitral es ejecutable provisionalmente o no, en este sentido señala, *“El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación”*. Además, la Exposición de Motivos de la ley reza: *“La Ley opta por atribuir fuerza ejecutiva al laudo aunque sea objeto de impugnación. Ningún sentido tendría que la ejecutividad del laudo dependiera de su firmeza en un ordenamiento que permite ampliamente la ejecución provisional de sentencias”*.

Se provoca una enorme confusión, además de por los preceptos señalados, por la regulación de la acción de anulación (arts. 40 – 43 LA) y por la remisión del artículo 45 LA a la normativa de la ejecución provisional prevista en la LEC (arts. 533 y 534 LEC).

---

<sup>906</sup> La supresión de la ejecución provisional fue justificada por parte de la doctrina, entre otros por ALMAGRO NOSETE, J., partiendo del supuesto de que el artículo 50 LA contemplaba la posibilidad de adopción de medidas cautelares una vez interpuesta la acción de anulación, lo que consideraron venía a sustituir la ejecución provisional. “Jurisdicción y arbitraje”, Butlletí nº 2, TAB, 1991, p. 61.



Partimos del hecho de que la ejecución provisional es la ejecución de sentencias de condena definitivas y no firmes. El artículo 207. 1 LEC dispone que las resoluciones definitivas son las que ponen fin a la primera instancia y las que deciden los recursos interpuestos frente a ellas, mientras que una resolución es firme cuando contra ella no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado (art. 207.2 LEC). En definitiva, resultará necesario para hallarnos ante una ejecución provisional que exista una resolución definitiva, es decir, una resolución frente a la que se pueda interponer un recurso.

En conclusión y en lo que al arbitraje respecta, el poder manifestar que una ejecución es provisional o definitiva se somete a su calificación de firme o definitiva, o lo que es lo mismo, a si es susceptible de recuso o no. En el arbitraje nos encontramos con la acción de anulación, pero ésta no es un recurso, sino un medio de impugnación del laudo como ya vimos en su momento (por lo que no entraremos ahora a debatir su naturaleza), por tanto, no es posible recurrir un laudo, por lo que éste es firme desde el mismo momento en que se ha dictado, sin existir en nuestro ordenamiento el laudo definitivo<sup>907</sup>.

Esta conclusión a la que hemos llegado flanquea, en parte, por la falta de coherencia en algunos preceptos de la ley<sup>908</sup>. No comprendemos los términos empleados por el legislador, pues del artículo 45 LA se desprende que se trata de una ejecución provisional y no es así, además la Exposición de Motivos de la ley habla de la ejecutividad del laudo no firme<sup>909</sup>. Tampoco podemos olvidar la disposición final primera de la ley arbitral que modifica la LEC, concretamente su artículo 517. 2 LEC relativo a los títulos ejecutivos. Dicha modificación suprime el término "firme" que contemplaba que eran títulos ejecutivos los laudos o resoluciones arbitrales firmes, mientras que tras dicha

---

<sup>907</sup> Ya en su día y con respecto a la ley arbitral anterior, SABATER MARTÍN, A., admitió que la impugnación del laudo en anulación no constituye un verdadero recurso, y poco sentido tendría no reconocerle firmeza a una resolución (el laudo) que ha agotado irreversiblemente un procedimiento. "El *dies a quo* de la firmeza del laudo", *Tribunales de Justicia*, nº 12, diciembre 2001, p. 46.

<sup>908</sup> Vid. en este sentido, PARDO IRANZO, V., "¿Ejecución provisional del laudo?", *Homenaje a Mariano Peset*, pendiente de publicación.

<sup>909</sup> Tampoco compartimos los términos utilizados en el artículo 40 LA que proclama que contra el laudo definitivo podrá ejercitarse acción de anulación; consideramos que la acción de anulación no es un recurso por lo que ésta se interpondrá ante un laudo firme, pero no definitivo.

modificación simplemente se señala que serán títulos ejecutivos los laudos y resoluciones arbitrales si más. Con base en ello, podría llegar a interpretarse que no es necesaria la firmeza para la ejecutividad del laudo arbitral, pero nosotros consideramos que dicha supresión no tiene sentido alguno pues resulta completamente innecesaria porque laudo y laudo firme vienen a ser lo mismo<sup>910</sup>.

Sin embargo, un argumento que apoya nuestra postura lo encontramos en el hecho en que la misma ley de arbitraje, concretamente su título VIII, se denomina: “*De la ejecución forzosa del laudo*”, sin existir ningún título como si ocurre en la LEC que se denomine: “*De la ejecución provisional del laudo*”.

Todos estos argumentos y preceptos de la ley provocan que la doctrina se encuentre dividida respecto a la posibilidad de ejecución provisional o no del laudo; fundamentalmente podemos dividir en dos las principales líneas doctrinales al respecto, éstas son<sup>911</sup>:

a) Un primer grupo engloba aquellos que consideran que el artículo 45 LA está regulando las especialidades de la ejecución provisional del laudo. Así lo entiende, entre otros, FRANCO ARIAS, quien manifiesta que al tratarse de una ejecución provisional debe acudir a una laguna a la normativa contemplada en la LEC para la ejecución provisional de sentencias<sup>912</sup>.

b) En segundo lugar hallamos la postura opuesta, en la cual me considero incardinada y he venido sosteniendo en las líneas anteriores, manifestando que la ejecución del laudo es, en todo caso, definitiva, pues frente a él no cabe interponer recurso alguno, por lo que es firme desde que se dicta y por tanto la

---

<sup>910</sup> Vid. el comentario a la Disposición Final de la ley arbitral realizado por PARDO IRANZO, V., en *Comentarios a la ley de arbitraje....*, (coord. BARONA VILAR, S.), cit., pp. 1649 – 1659. La autora quiere poner de manifiesto que es indiferente que se diga que el título ejecutivo es el “laudo o resolución arbitral” o que se indique que título ejecutivo es el “laudo o resolución arbitral firme”. Uno y otro son coincidentes siempre. Considera esta autora, y compartimos plenamente su opinión, que el problema de la supresión del calificativo “firme” son las connotaciones que acarrea, pues a primera vista hace pensar que se ha reinstaurado la ejecución provisional del laudo y que la anulación ha vuelto a ser configurada erróneamente como un recurso. Ob. cit., p. 1650.

<sup>911</sup> “¿Ejecución provisional del laudo?”..., cit., pp. 14 – 16.

<sup>912</sup> “La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de arbitraje del 2003”, en *AJA. Especial Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje*, nº 5, 2004, pp. 188 y ss. En este sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., concluye, «se trata, pues, con toda claridad, de una modalidad de ejecución (que cabe tildar de provisional) del laudo arbitral no firme». *Comentarios a la Ley de Arbitraje...cit.*, p. 1427. También se encuentran dentro de dicha postura: HERNÁNDEZ – TEJERO GARCIA, M., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, (coord. HINOJOSA SEGOVIA, R.), cit., p. 260; CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral...*, cit., p. 275 y STAMPA CASAS, G., “Motivos y presupuestos para la reforma de la Ley de Arbitraje”, cit.

ejecución es definitiva y nunca provisional. En este grupo destacamos, entre otros, a: LORCA NAVARRETE<sup>913</sup>, PARDO IRANZO<sup>914</sup>, BARONA VILAR<sup>915</sup> y, FERNANDEZ – BALLESTEROS<sup>916</sup>.

Concluimos, por tanto, que el laudo desde el momento en que se dicta, exceptuando los veinte días de cortesía previstos en el artículo 548 LEC, es firme y ejecutable, por lo que su ejecución será definitiva y no provisional<sup>917</sup>.

## B) Suspensión

Una vez el laudo ha sido dictado, la parte interesada puede solicitar, y consecuentemente obtener, el despacho a la ejecución, pero en este momento puede ocurrir que la parte contraria interponga la acción de anulación contra el laudo prevista en el artículo 40 de la ley arbitral. En este caso, el artículo 45.1 LA proclama: *“No obstante, en ese caso el ejecutado podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo”*. Se trata de una especialidad del proceso de ejecución del laudo respecto al de las sentencias.

En nuestra ley procesal se indica que sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la ley lo ordene de modo expreso o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución (art. 565.1 LEC). Como acabamos de ver, nuestra ley arbitral así lo contempla.

La suspensión se llevará a cabo a instancia de parte, del ejecutado, y se solicitará, obviamente, ante el juez que conoce de la ejecución, pudiendo hacerlo desde el momento en el que la acción de anulación ha sido interpuesta;

---

<sup>913</sup> LORCA NAVARRETE, A.M., manifiesta, *«la existencia de la firmeza negocial del laudo arbitral sólo puede justificar la ejecución definitiva del laudo arbitral: pero, en ningún caso, su ejecución provisional»*. “La ejecución del laudo arbitral...”, cit., pp. 1 – 4.

<sup>914</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 1555.

<sup>915</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 1210 y ss.

<sup>916</sup> *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...*, cit., p.168. Este autor señala, *«la ejecución que puede despacharse con base en el laudo definitivo (o resolución equiparada) es ejecución ordinaria; no ejecución provisional. Aunque la dicción del artículo 45.1 LA no sea afortunada, nada hay en él que permita aplicar al laudo (que, porque es definitivo, es firme) por extensión o por analogía las normas de la ejecución provisional que los arts. 924 y ss LEC prevén para la ejecución provisional de las resoluciones judiciales. La referencia a los arts. 533 y 534 sirve sólo para evitar repeticiones en la regulación, pero en nada afecta a la naturaleza»*. También sostiene dicha postura, MANTILLA SERRANO, F., *Ley de Arbitraje...*, cit., 2005, p. 251.

<sup>917</sup> También hay quienes mantienen una solución que podríamos calificar de intermedia. Dicha postura la expresa YAÑEZ VELASCO, quien considera que la ejecución es definitiva aún sin ser el laudo firme. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p.982.

el juez nunca podrá acordarla de oficio. Dicha solicitud se realizará por escrito, documento que deberá ir acompañado del testimonio del auto admitiendo a trámite la demanda de anulación y del ofrecimiento de caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo (art. 45. 1 LA)<sup>918</sup>. La ley no exige al ejecutado que tenga que alegar causa alguna que motive dicha suspensión, ni siquiera que manifieste el riesgo de que el estado de las cosas que provoque la ejecución sea difícil o imposible de restitución, si posteriormente el proceso de anulación se llevare a cabo.

A pesar de que nuestra ley arbitral solo hable de suspensión cuando exista una acción de anulación, la LEC en su artículo 566 .1 LEC también indica que se podrá solicitar en el supuesto de revisión de sentencia, por lo que entendemos que también cabrá cuando ante la revisión del laudo nos encontremos.

Antes de que el tribunal adopte una solución deberá oírse a la otra parte y una vez se ha procedido a ello, el tribunal resolverá sobre la caución, fijando su cuantía de manera motivada mediante un auto, sin existir recurso contra dicha resolución (art. 45.1 *in fine* LA)<sup>919</sup>. El juez únicamente denegará la suspensión cuando el ejecutado no preste la caución fijada por éste o cuando no considere debidamente acreditada la pendencia de la acción de anulación del laudo.

En los supuestos de ejecución de sentencia que es objeto de revisión o rescisión, el artículo 566 LEC señala que el juez o tribunal competente "*podrá ordenar... si las circunstancias del caso lo aconsejaren*" la suspensión de la ejecución. FERNÁNDEZ – BALLESTEROS considera que si bien de la dicción literal del artículo 45.2 LA puede desprenderse que si el juez entiende adecuadas la cuantía y forma de la caución debe forzosamente suspender la ejecución, a su

---

<sup>918</sup> La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate (art. 529. 3, II LEC). Nos preguntamos que ocurre en el supuesto en que el laudo contenga una condena no dineraria, es decir, de hacer o de no hacer: ¿debe abrirse un nuevo proceso declarativo en el seno de la ejecución para determinar el valor económico de la condena?. Ante el silencio de la ley, entiende ESPADA MÉNDEZ, A., que el procedimiento que deberá aplicarse es el previsto en los artículos 387 y ss LEC para la resolución de las cuestiones incidentales. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de.....*, (coord. ARIAS LOZANO, D.), p. 423.

<sup>919</sup> La imposibilidad de recurrir dicha resolución contrasta con lo previsto en el artículo 566 LEC relativo a la suspensión de sentencias judiciales, cuyo silencio debe entenderse permisivo a la hora de recurrir dicha resolución.

entender, una interpretación sistemática y teleológica de la LA lleva a la conclusión de que conceder o no la suspensión de la ejecución es una decisión del juez que debe tomar en función de las circunstancias que concurran en un determinado asunto, por lo que, concluye este autor, sólo es posible pensar en un error del legislador en la redacción del artículo 45 LA<sup>920</sup>. En este mismo sentido, MANTILLA SERRANO, F., manifiesta que teniendo en cuenta el espíritu de la ley de arbitraje y su clara vocación por dotar de máxima eficacia al laudo, parece sensato pensar que el juez pueda, excepcionalmente, negar la suspensión, aunque si se haya ofrecido caución adecuada, si estima que esta suspensión no es razonable o no aparece justificada bajo las circunstancias concretas del caso<sup>921</sup>. Sin embargo, en sentido contrario, PARDO IRANZO, V., considera que el legislador ha querido que cuando el demandado lo ofrezca y preste caución suficiente, la suspensión se acuerde necesariamente, a diferencia de lo que se regula para la suspensión de la ejecución por inicio de los procesos de rescisión o revisión de sentencia firme (art. 566 LEC), y así cree que lo ha plasmado de forma muy clara el precepto de la ley<sup>922</sup>. Se trata de dos posturas antagónicas, consecuencia de las dos interpretaciones que se pueden derivar de la ley.

La suspensión implica la paralización del proceso de ejecución y se deberá mantener hasta que el tribunal conozca de la estimación o desestimación de la acción de anulación. Decretada la suspensión podrán, no obstante, adoptarse o mantenerse medidas de garantía de los embargos acordados y se practicarán, en todo caso, los que ya hubieren sido acordados en orden a impedir que la ejecución pueda quedar frustrada durante la suspensión (art. 565. 2 LEC).

Una vez finalizado el proceso de anulación del laudo y resuelto con sentencia desestimatoria, el juez tendrá que alzar la suspensión de la ejecución y se reanudará el proceso de ejecución sin importar el trámite en el que se encuentre o si ha existido o no oposición a la misma (art. 45.2 LA), para ello no será necesaria petición alguna, sino que el juez alzará la suspensión *ex officio*.

Nada dice la ley respecto al modo en que debe ser informado el tribunal encargado de la ejecución de la desestimación de la acción de anulación, el

---

<sup>920</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), cit., pp. 492.

<sup>921</sup> *Ley de Arbitraje, Una...*, cit., p. 252.

<sup>922</sup> “¿Ejecución provisional del laudo?”..., cit.

precepto se limita a decir: “*cuando conste al tribunal...*”. Podemos deducir que el ejecutante será quien deba aportar al tribunal el testimonio de la sentencia en la que se recoja la desestimación de la anulación; también será posible que el tribunal responsable de la ejecución del laudo se dirija a la Sala de la Audiencia Provincial que resuelve la anulación y le exhorte para que le comunique el fallo de la misma, y por último, debe ser asimismo aceptable que la parte ejecutante aporte una simple fotocopia de la resolución dictada desestimando tal acción, supuesto en el cual el tribunal deberá dar traslado al ejecutado para que efectúe las alegaciones que estime convenientes antes de proceder a alzar la suspensión<sup>923</sup>. Aunque debemos tener claro que no existe ninguna obligación de la Audiencia Provincial de remitir la sentencia dictada.

Si ha sufrido daños y perjuicios el ejecutante en dicha suspensión, podrá solicitar la indemnización correspondiente a través de los cauces ordenados en los artículos 712 y ss LEC (art. 45. 2 LA), para ello deberá presentar un escrito en el que mencione detalladamente los daños y perjuicios sufridos, valorando su importe y aportando todo documento útil para determinar el valor y las alegaciones efectuadas. De ello se dará traslado al ejecutado beneficiado de la suspensión quien en un plazo de diez días hábiles deberá contestar lo que a su derecho convenga. Si no se pronuncia al respecto, se entenderá que acepta lo propuesto por la contraparte, aunque evidentemente también podrá oponerse expresamente, y se dará lugar a una tramitación que seguirá los pasos del juicio verbal que concluirá mediante un auto que será apelable. También será posible que el juez encargado nombre a un perito a instancia de parte o por propia iniciativa para que evalúe los daños y perjuicios, supuesto en el cual, las partes tendrán diez días para examinarlo y tras dicho examen se celebrará la vista.

En lo que al alzamiento de la ejecución respecta se aplicarán, por remisión, los artículos 533 y 534 LEC. En este sentido se pronuncia el artículo 54. 2 LA cuando indica: “*Se alzará la ejecución, con los efectos previstos en los artículos 533 y 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando conste al tribunal que ha sido estimada la acción de anulación*”. Dicho alzamiento lo realizará el juez *ex officio*, lo que no impide que la parte interesada así lo solicite. Diferenciamos la revocación total y parcial de condenas dinerarias (art. 533

---

<sup>923</sup> ESPADA MÉNDEZ, A., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., p. 424.

LEC) y la de condenas no dinerarias (art. 534 LEC). Pero no debemos confundirnos, pues si bien la ley se remite a los preceptos relativos a la ejecución provisional, la ejecución es definitiva y no debe inducirnos a error dicha remisión.

Gracias a la remisión de la ley arbitral a los artículos 533 y 534 de la LEC se evita que cuando un laudo ha sido ejecutado, la parte ejecutada tenga que iniciar un nuevo procedimiento frente al ejecutante, pues en cambio, será suficiente con que se dirija al mismo tribunal que despachó la ejecución del laudo<sup>924</sup>.

De esta manera, si se trata de una condena dineraria se sobreseerá la ejecución y el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado (art. 533 .1 LEC), mientras que si la condena es no dineraria, la ley distingue entre condena a dar y a hacer: si se hubiere condenado a la entrega de un bien determinado, se restituirá éste al ejecutado, en el concepto en que lo hubiere tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien (art. 534. 1 LEC); si la restitución fuese imposible, de hecho o de derecho, el ejecutado podrá pedir que se le indemnicen los daños y perjuicios, que se liquidarán por el procedimiento establecido en los artículos 712 y siguientes. Por último, si ésta consistiera en hacer alguna cosa y ésta hubiese sido realizada, se podrá pedir que se deshaga lo hecho y que se indemnicen los daños y perjuicios causados (art. 543 .2 LEC). Sin embargo, nada dice la ley de la revocación de las condenas de no hacer que si han sido ejecutadas y pueden haber causado importantes daños; en este último supuesto -consideramos- el único remedio posible será el de proceder a la indemnización de los daños y perjuicios que le han sido provocados.

Debemos tener en cuenta el supuesto de hallarnos ante una anulación parcial del laudo, no total, supuesto que contempla el artículo 45. 3 *in fine* LA y que señala: "*Si la anulación afectase sólo a las cuestiones a que se refiere el apartado 3 del artículo 41 y subsistiesen otros pronunciamientos del laudo, se*

---

<sup>924</sup> ESPADA MÉNDEZ, A., *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., p. 424

*considerará estimación parcial, a los efectos previstos en el apartado 2 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*".

Con base en ello, si la revocación de la sentencia fuese parcial, sólo se devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, anualmente, desde el momento de la percepción, el tipo del interés legal del dinero (art. 533 2 LEC). La ley no recoge expresamente el supuesto de revocación parcial de condena no dineraria, por lo que consideramos que si nos encontramos ante condena a la entrega de determinadas cosas se deberá devolver la parte que no debió recibir más rentas, frutos o productos, o el valor de la utilización del bien, mientras que si se condenó a hacer se deshará la parte que no debió realizarse más daños y perjuicios. Si se condenó a no hacer la consecuencia será la indemnización<sup>925</sup>.

No debemos olvidar que también puede suceder que, despachada la ejecución, se interponga la acción de anulación pero el ejecutado no solicite la suspensión de la ejecución como venimos comentando; recordemos que la suspensión se solicita únicamente a instancia de parte. Nos preguntamos entonces que puede ocurrir en el supuesto en que dicha anulación sea aceptada (pues si es desestimada no se produce efecto alguno en la ejecución). Al respecto, si la ejecución todavía no ha terminado, ésta deberá paralizarse de oficio en tanto el juez conozca de dicha anulación, pero puede ocurrir que la ejecución ya haya finalizado y en este supuesto nos encontramos ante una laguna en la ley arbitral, donde consideramos, siguiendo a PARDO IRANZO, que la ejecución no podrá quedar afectada por la sentencia de anulación respecto de terceras personas que actuaron de buena fe, pero si respecto de las partes, en la medida de lo posible se tendrá que volver a la situación anterior, pues la anulación impugna la cosa juzgada<sup>926</sup>.

### **3) Ejecución de laudos internacionales**

Al encontrarnos en el arbitraje *on line*, en la gran mayoría de casos, ante supuestos internacionales no nos gustaría finalizar este apartado sin antes hacer referencia, aunque sean únicamente unas breves pinceladas, al

---

<sup>925</sup> PARDO IRANZO, V., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 1572.

<sup>926</sup> *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 1574.



reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros en España, pues debemos tener en cuenta que con base en el carácter internacional o transnacional de la Red, en gran número de ocasiones determinadas actuaciones sólo podrán ser ejecutadas por aquellas jurisdicciones en las que se encuentren localizadas las actividades que se pretenden cesar o ejecutar.

Hasta la ley arbitral de 1988 nuestro ordenamiento arbitral desconoció la posibilidad de llevar a cabo el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero. Con la regulación actual, la ejecución de los laudos extranjeros comprende dos etapas claramente definidas: a) El procedimiento por el que se lleva a cabo, con carácter previo, el reconocimiento u homologación del laudo, es decir, el exequátur del laudo por el que el Estado declara que un determinado laudo extranjero presenta en nuestro país la misma validez que un laudo español<sup>927</sup> y, b) El procedimiento para su ejecución en sentido propio.

#### **A) Regulación y aspectos fundamentales: el CNY**

El título IX de la ley arbitral regula el exequátur de laudos extranjeros, se trata de un título compuesto por un solo precepto: el artículo 46 LA, precepto que se limita a señalar en primer lugar, que se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español y a continuación, que el exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, en adelante CNY, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión<sup>928</sup>.

El CNY regula el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en el que se solicita dicho reconocimiento y ejecución<sup>929</sup>. España se vinculó al CNY en 1977 sin formular reserva alguna a este Convenio, por lo que resultará aplicable con

---

<sup>927</sup> La homologación o exequátur consiste en que el Estado declara que la resolución emanada en un ordenamiento jurídico extranjero tiene la misma validez en España que una resolución análoga aquí dictada. GOÑI, J. L., "Eficacia y ejecución del laudo arbitral", RCEA, 1994, p. 66.

<sup>928</sup> Consiste en una técnica de remisión que se utiliza en otros ordenamientos de nuestro entorno como, por ejemplo, en Alemania. Vid. & 106.1 ZPO alemán.

<sup>929</sup> Vid. EYZAGUIRRE ECHEVERÍA, R., "Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (ONU), Nueva York 1958", RVD, 1993, pp. 9 – 32. La Convención tuvo su origen en un proyecto propuesto por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

independencia de la naturaleza comercial o no de la controversia y de si el laudo ha sido o no dictado en un Estado parte en el Convenio aplicándose, por tanto, a todo tipo de laudo arbitral. Dicha regulación conlleva la innecesariedad de la existencia de un régimen legal interno de exequátur de laudos extranjeros, como hacía la ley arbitral de 1988; la misma Exposición de Motivos de nuestra ley arbitral así lo manifiesta.

En España se ha pasado, como ha puesto de relieve RAMIRO BROTONS, desde las dificultades que incitaba la obtención del *exequátur* de un laudo extranjero, a la asunción plena y sin reservas del CNY, en condiciones incluso más abiertas a los intereses internacionales que las aceptadas por Estados como Alemania, Austria, EEUU, Francia o Unión Soviética, entre otros<sup>930</sup>.

El CNY no establece un procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos, sino que se limita a indicar en su artículo III: "*Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada*". Por lo que la ejecución de laudos extranjeros se sustanciará según el procedimiento establecido en nuestro ordenamiento procesal civil para las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, es decir, según lo dispuesto en los artículos 951 a 958 de la LEC de 1881, pues la vigente LEC ha manifestado la subsistencia de dichos preceptos en su Disposición Derogatoria Única hasta la aprobación de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil que todavía no ha sido promulgada<sup>931</sup>.

Dicho procedimiento se deberá llevar a cabo con arreglo a las condiciones que se establecen en el CNY, y en todo caso, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales

---

<sup>930</sup> *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los convenios internacionales y su aplicación en España*, EDERSA, Madrid, 1980, pp. 52 y ss.

<sup>931</sup> La técnica legislativa empleada por el Convenio fue la de remitir al ordenamiento interno de cada Estado, donde es invocado el laudo, la regulación del procedimiento en cuestión. Así, no se introduce un nuevo procedimiento, cuestión que suele ser rechazada por los diversos Estados, muy celosos en regular el Derecho Procesal de forma autónoma, y además hubiese sido muy complicado el establecer un mecanismo unitario y homogéneo para todos los Estados. REBOLLO GONZÁLEZ, J.C., "El sistema convencional en la ejecución de laudos arbitrales extranjeros", *Revista del Poder Judicial*, nº 53, 1999, p. 357.

nacionales (art. III CNY)<sup>932</sup>. Una vez reconocido el laudo en nuestro ordenamiento jurídico, el laudo producirá los efectos determinados por la ley del Estado de origen del laudo.

No debemos olvidar que el artículo VII CNY, así como el 46. 2 LA introducen el principio de *favor executionis* o principio de favorabilidad en beneficio del laudo, en el sentido de la posible invocación de normas de otros convenios e incluso de normas internas que incorporen reglas más favorables para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros<sup>933</sup>.

El órgano competente para dicho exequátur será, en virtud del artículo 8. 6 LA, el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros. Este órgano, si bien tradicionalmente ha sido el Tribunal Supremo, en la actualidad es el juzgado de primera instancia, pues tras la reforma del artículo 85 LOPJ realizada por la LO 19/2003 de 23 de diciembre, se añadió un párrafo quinto al mencionado artículo que se pronuncia del siguiente modo: "*Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil... 5. De las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal*". No olvidemos aquí, de nuevo, la reforma introducida por la LO 8/2003 para la reforma de la ley concursal que atribuye competencia a los Juzgados de lo Mercantil en los asuntos atribuidos en materia de arbitraje a los juzgados de primera instancia.

El procedimiento para obtener dicho reconocimiento y ejecución es extremadamente sencillo. La parte que lo solicite deberá presentar junto a la demanda, el original de la sentencia y del convenio arbitral o bien una copia de estos documentos que reúnan las condiciones requeridas para su autenticidad

---

<sup>932</sup> Vid. STS de 9 de octubre de 2003 (JUR 2003/7231), en la que se declara que se ha infringido el artículo III CNY.

<sup>933</sup> Entre otros, destacamos los siguientes convenios multilaterales: Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas de Arbitraje de 24 de septiembre de 1923, ratificado por RD de 6 de mayo de 1926, Convenio de Ginebra de 26 de septiembre de 1927, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, ratificado el 15 de enero de 1930 (antecedente inmediato del anterior), Convenio Europeo o Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional, ratificado por España en 1975, que se limita a conflictos de carácter comercial y entre personas con domicilio o residencia en un estado contratante, etc. Asimismo encontramos, entre otros, acuerdos bilaterales de España con: Alemania Federal (1988), Colombia (1908), Francia (1969), Italia (1973), Checoslovaquia (1988), Brasil (1989), Tratado China (1992), Bulgaria (1993), etc.

y en su caso, una traducción de esos documentos al idioma oficial del país donde se pretende el reconocimiento (art. IV CNY). Con la presentación de la demanda se inicia el procedimiento del "exequátur" que se tramitará de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada.

El CNY presume que los laudos arbitrales provenientes de los Estados contratantes serán reconocidos y ejecutados, pero esta presunción se desvirtúa en determinadas ocasiones, supuestos que el mismo Convenio enumera taxativamente en su artículo V CNY, distinguiendo aquellos motivos que son estimables a instancia de parte y aquellos que lo son de oficio, por lo que sólo se podrá denegar el exequátur por alguno de los siete motivos que indicamos a continuación:

a) Motivos estimables a instancia de parte: 1) Que las partes del acuerdo arbitral estén sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable, 2) Que la parte contra la cual se invoca no ha sido debidamente notificada y consiguientemente no ha podido hacer valer sus medios de defensa<sup>934</sup>, 3) Que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo o por el contrario contenga decisiones que exceden los términos del mismo, 4) Que la constitución del tribunal arbitral, o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado a lo plasmado por las partes en el convenio o a la ley del país donde se ha llevado a cabo el arbitraje y por último, 5) Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes, o haya sido anulada o suspendida.

b) Motivos estimables de oficio: 1) El objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía arbitral conforme a la ley del país en que se pretenda el reconocimiento y 2) Que el reconocimiento y ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público de ese país<sup>935</sup>.

No coinciden las causas de oposición al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras entre el Convenio de Nueva York y la Ley de arbitraje española, ya que la LA omite algunas de las causas apreciables a instancia de parte contemplada en el CNY como la de falta de capacidad, el no respeto a los derechos de defensa del ejecutado y la falta de obligatoriedad del laudo.

---

<sup>934</sup> Vid. ATS de 31 de mayo de 2005, (JUR 2005/167348).

<sup>935</sup> Vid. ATS de 20 de junio de 2000, (RJ 2000/4656).

La solicitud de reconocimiento deberá ser notificada a la otra parte, quien gozará de un plazo de treinta días para comparecer y si así lo hace contará con un plazo de nueve para contestar y hacer valer sus alegaciones<sup>936</sup>. En dicho procedimiento también se contará con la participación del Ministerio Fiscal quien también podrá contestar en un plazo de nueve días. El juzgado de primera instancia resolverá el reconocimiento mediante auto contra el cual no cabrá recurso alguno. Este mismo órgano será el que proceda a la ejecución de acuerdo con lo dispuesto en las leyes nacionales<sup>937</sup>.

El CNY se compone de dieciséis preceptos, no entraremos en detalle en el estudio de todo ellos por exceder del objeto de nuestro trabajo y existir numerosos estudios al respecto<sup>938</sup>, únicamente queremos dedicarnos al estudio del artículo IV CNY que indica aquellos documentos que deben presentarse con la demanda a la hora de solicitar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, así como del artículo II del CNY relativo al acuerdo por el que las partes deciden someter la controversia a arbitraje, por afectar plenamente estos dos preceptos al arbitraje *on line*.

No queremos finalizar este apartado, sin antes realizar una breve reflexión relativa al panorama actual dentro del marco de la Unión Europea, donde, en virtud del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se trata de simplificar los trámites necesarios para un reconocimiento y un exequátur rápido de las decisiones dictadas por una jurisdicción de un Estado Miembro, por medio de un procedimiento simple y uniforme en el que se reconoce automáticamente toda decisión adoptada en un Estado Miembro, sin procedimiento particular<sup>939</sup>.

Se ha venido defendiendo por los operadores arbitrales internacionales la posibilidad de un reconocimiento automático los laudos en los países de la Unión Europea, al estilo de las sentencias judiciales. Tal vez en un futuro no lejano, se adopte o extienda dicho reconocimiento a las decisiones arbitrales;

---

<sup>936</sup> Si por el contrario no comparece, el tribunal proseguirá el conocimiento de los autos dándose también traslado al Ministerio Fiscal.

<sup>937</sup> En el supuesto en el que se deniegue la homologación, se devolverá el laudo a quien lo haya presentado (art. 958 LEC de 1881).

<sup>938</sup> Vid., entre otros, ESPLUGUES MOTA, C., *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. BARONA VILAR, S.), cit., pp. 1575 – 1619.

<sup>939</sup> Diario Oficial L 12 de 16 de enero de 2001.

hasta que ello suceda, seguiremos acudiendo al procedimiento de exequátur previsto en el CNY.

## **B) El laudo arbitral electrónico internacional**

La adopción de las nuevas tecnologías en la sociedad actual nos lleva a debatir en el seno de la comunidad arbitral internacional los elementos decisivos y claves para implantar estas nuevas herramientas en los procesos arbitrales. Las cuestiones más importantes que se pretenden combatir son: a) la forma del convenio arbitral electrónico, ¿se cumplen los requisitos de forma exigidos en la Convención de Nueva York, cuando el convenio se ha formulado a través de medios electrónicos?, b) ¿es viable un proceso arbitral llevado a cabo sólo y exclusivamente a través de estos medios?, c) ¿puede el laudo emitirse de forma electrónica?, etc<sup>940</sup>.

### **a) Planteamiento de la cuestión**

Hemos mencionado en el apartado anterior que el artículo IV CNY señala que para obtener el reconocimiento y la ejecución de los laudos internacionales, la parte que lo solicite deberá presentar junto con la demanda: a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad y, b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad<sup>941</sup>.

Al respecto, nos encontramos con un grave problema cuando ante un arbitraje *on line* nos hallamos, pues en primer lugar nos preguntamos si el original del laudo puede presentarse en soportes electrónicos cuando el arbitraje se ha llevado a cabo *on line* y, por tanto, el laudo se ha dictado por los mismos medios por los que se ha desarrollado el proceso arbitral y, en segundo lugar, en lo que se refiere a la aportación del convenio arbitral, debemos tener presente que el artículo II CNY exige que el convenio por el que

---

<sup>940</sup> PAZ LLOVERAS, E., "Reconocimiento y ejecución de laudos dictados en el extranjero", Asociación española para el Derecho digital, en [http://www.e-global.es/confianza/reconocimiento\\_laudos.doc](http://www.e-global.es/confianza/reconocimiento_laudos.doc), (fecha consulta: 22/2/2006).

<sup>941</sup> Interesante resulta el ATS de 5 de mayo de 1998 (RJ 1999/4296) por el que se desestima la causa de oposición basada en la inexistencia de «acuerdo por escrito» de sumisión a arbitraje.

las partes se obligan a someter a arbitraje sus conflictos deberá plasmarse por escrito, manifestando expresamente: *La expresión de acuerdo 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*<sup>942</sup>.

A modo de síntesis, el CNY requiere la forma escrita del acuerdo de arbitraje para varios efectos: a) Para la validez del acuerdo de arbitraje (art. II.1 y .2 CNY), b) Para solicitar a un juez ante el cual se haya entablado un juicio respecto de una controversia que haya sido objeto de un acuerdo de arbitraje, que remita a las partes al arbitraje (art. II.3 CNY) y, c) Para cumplir el requisito indispensable de presentación del acuerdo de arbitraje, al solicitar a un juez o a una autoridad competente el reconocimiento y la ejecución de un laudo (art. IV CNY).

Nos planteamos, entonces, si la exigencia de forma escrita contemplada en el artículo II CNY debe interpretarse ampliamente, conforme a la realidad de nuestros tiempos, admitiendo las nuevas formas de comunicación que la telemática nos ofrece o si por el contrario, debemos ceñirnos estrictamente al mensaje literal de dicho Convenio; asimismo nos cuestionamos la posibilidad de la existencia de convenios arbitrales acordados de forma verbal como ocurre en la práctica internacional<sup>943</sup>.

---

<sup>942</sup> No olvidemos que el CNY es de 1958 y en aquel entonces se desconocía la posible existencia futura de las tecnologías de la información con las que contamos hoy en día. Por el contrario, nuestro derecho procesal se muestra más acorde con la realidad de los nuevos tiempos, y en este sentido el artículo 9.3 LA si bien también exige que el convenio conste por escrito, admite los nuevos medios de comunicación proclamando: *“El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo”*.

<sup>943</sup> Son numerosos las posturas, comentarios e interpretaciones que se han realizado respecto a la exigencia de la forma escrita del convenio arbitral del CNY; entre otros, vid. FRIEDLAND PAUL, D., “Courts’ Misapplication of the Agreement in writing requirement for enforcement of an arbitration agreement under the New York Convention”. Mealey’s International Arbitration Report. 15, vol. 13, n° 5, mayo 1998; KAPLAN, N., manifiesta firmemente la necesidad de modernizar el CNY en, “Is the need for writing as expressed in the New York Convention and the Model Law out of step with commercial practice?”, 5. Asian Pac. Law Revue. 1 (1996); AGUILAR ALVAREZ, G., “Article II (2) of the New York convention and the Courts”, Kluwer Law international, The Hague, Netherlands, 2004; DE WITT, N., “Online international arbitration: nine issues crucial to its success”, 12 American Review of International Arbitration, 441, 2001 y LEW, J., MISTELIS, L y KRÖLL, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Nueva York, 2003, pp. 130 – 141.

## **b) Soluciones en el seno de la UNCITRAL**

Soluciones a todos estos problemas están tratando de encontrarse en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Las actividades de la UNCITRAL en el campo del arbitraje comercial internacional han sido numerosas, por ello podemos decir que su contribución al arbitraje es definitiva.

Entre los cuerpos legales más significativos de la UNCITRAL nos encontramos con: el Reglamento de Arbitraje de 1976, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996, las Notas sobre la Organización del Proceso Arbitral de 1996<sup>944</sup> y por último, la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas de 2001.

La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante LMA) en sus artículos 7, 8. 1 y 35, contiene disposiciones muy semejantes a las del CNY<sup>945</sup>. La única diferencia la encontramos en que la definición de lo que se entiende por "escrito" es más amplia en la LMA pues admite expresamente otros medios de telecomunicación mientras que el CNY se limita a aceptar, únicamente, "*canje de cartas o telegramas*". Esta Ley Modelo otorga la posibilidad de que el pacto arbitral pueda constar en cualquier forma de comunicación, al establecer en su artículo séptimo, párrafo segundo: "*el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje consta por escrito cuando esté consignado en un documento*

---

<sup>944</sup> La finalidad de estas Notas consiste en ayudar a los profesionales del arbitraje, estudiando las cuestiones sobre las que puede ser útil adoptar oportunamente decisiones con miras a la organización de un proceso arbitral. No debemos olvidar que las Notas no imponen precepto alguno que resulte vinculante para los árbitros o para las partes. Dentro de estas Notas nos encontramos con puntos interesantes, que resultan aplicables a los procedimientos de arbitraje a distancia. Entre ellas destacamos las siguientes:

8.- *Las consultas podrán realizarse en una o en más reuniones, así como por correspondencia o medios de telecomunicación, como el telefax y las llamadas a distancia o medios de telecomunicación, o por otros medios electrónicos.*

36.- *Podrá convenirse en intercambiar documentos, no sólo en soporte papel sino también en alguna forma electrónica distinta del telefax (por ejemplo por correo electrónico, o en discos magnéticos u ópticos) o bien únicamente en forma electrónica...*

37.- *Cuando este previsto el intercambio de documentos en forma electrónica, será útil convenir en cuestiones como las siguientes: soportes de datos y sus características técnicas, programas informáticos que se utilizarán para la preparación de expedientes o ficheros electrónicos...*

42.- *En función del volumen y de la clase de documentos que deban examinarse puede considerarse la conveniencia de adoptar medidas prácticas sobre aspectos como los siguientes: si los escritos deberán presentarse como documentos de papel o por medios electrónicos, o por uno y otro medio.*

<sup>945</sup> Como su propio nombre indica, se trata de una ley modelo, y por tanto, de un texto meramente indicativo que puede ser susceptible de modificaciones por parte de los Estados que lo hagan suyo.



*firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra*<sup>946</sup>. Lo que no hace la Ley Modelo es admitir los convenios arbitrales verbales, pues si bien admite las nuevas tecnologías, continúa exigiendo el requisito de la forma escrita de dicho convenio.

En la actualidad existe un grupo de trabajo dentro de la UNCITRAL que está estudiando como resolver todas estas cuestiones; es el grupo de trabajo II (Arbitraje y Conciliación) quien está tratando de revisar el artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional así como debatiendo un proyecto de instrumento interpretativo relativo al párrafo 2) del artículo II del CNY<sup>947</sup>.

En este grupo prevalece la opinión de que no es recomendable hacer una enmienda a la CNY; los problemas que se crearían serían de mayor magnitud que los beneficios derivados de dicha enmienda, pues se podría generar incertidumbre sobre los acuerdos en que fuera dudoso que se haya cumplido el requisito de la forma escrita y además, llevaría mucho tiempo hacer la enmienda, e incluso transcurriría mucho más tiempo antes de que los países la ratificaran o se adhirieran a la enmienda (actualmente hay 134 Estados parte en la CNY).

---

<sup>946</sup> A su vez, el artículo 6 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico señala que cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta. Demos entender la expresión "accesible para su ulterior consulta" como sinónima de "inalterabilidad" o "durabilidad" de los documentos electrónicos. Además, el artículo 8 de esta misma Ley indica que cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos: a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar.

Si estas previsiones hubieran sido incluidas en el CNY se eliminaría los problemas de los acuerdos electrónicos arbitrales, así como de los laudos electrónicos.

<sup>947</sup> En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la UNCITRAL consideró que había llegado el momento de perfeccionar el régimen legal del arbitraje. Encomendó dicha labor al Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) y decidió que entre las cuestiones prioritarias que éste habría de examinar figurase la del requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje. En los párrafos 5 a 24 del documento A/CN.9/WG.II/WP.135 y en el documento A/CN.9/WG.II/WP.139, figura el resumen más reciente de las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo sobre estas cuestiones. Vid. los trabajos preparatorios, su evolución, propuestas, etc. en: <http://www.uncitral.org>.

Por ello, en el seno de la UNCITRAL se ha propuesto que se elimine en la LMA el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje y así en los países en que se adopte la modificación de la LMA, el problema de la validez legal del acuerdo de arbitraje ya no se plantearía. En relación al reconocimiento y la ejecución del laudo, como no se exigiría la presentación del acuerdo de arbitraje, en virtud de la aplicación del principio del régimen más favorable enunciando en el artículo VII CNY, el problema quedaría resuelto.

La propuesta del Grupo de Trabajo a utilizar como base para sus deliberaciones se plasma en el siguiente texto revisado de la Ley Modelo:

*“Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje*

*1) El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.*

*2) El acuerdo de arbitraje deberá constar en un escrito. Por ‘escrito’ se entenderá cualquier forma de texto escrito que puede abarcar, sin limitaciones, un mensaje de datos que deje constancia del acuerdo de arbitraje o que de otro modo sea accesible para su ulterior consulta.*

*3) Por ‘mensaje de datos’ se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.*

*4) Además, un acuerdo de arbitraje figurará por escrito cuando conste en él un intercambio de escritos de demanda y de contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra.*

*5) A fin de disipar dudas, la referencia hecha en un contrato o en un acuerdo de arbitraje independiente a un escrito que contenga una cláusula compromisoria constituirá un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que la referencia implique que la cláusula forma parte del contrato o del acuerdo de arbitraje independiente, prescindiendo de si el contrato o el acuerdo de arbitraje independiente se han celebrado verbalmente, de forma deducible de los actos*

*o por medios que no sean escritos. En tal caso, el escrito que contenga la cláusula compromisoria constituirá el acuerdo de arbitraje a los efectos del artículo 35<sup>948</sup>.*

Además, proponen también modificar el párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo, a fin de omitir el requisito de la presentación del acuerdo de arbitraje. El texto que se propone quedaría como se plasma a continuación:

*“2) La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original del laudo debidamente autenticado o copia certificada del mismo. Si el laudo no estuviera redactado en español, la parte que lo invoque deberá presentar una traducción a este idioma de dichos documentos, hecha por perito oficial.”*

No debemos olvidar que asimismo en la UNCITRAL se está elaborando un Proyecto de Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en el contexto de los contratos internacionales, pero esta vez se encarga de ello el grupo de trabajo IV (comercio electrónico). En este grupo se expresó apoyo en favor de incluir una referencia al CNY en el proyecto de convención, cuyas disposiciones muy bien podían arrojar luz sobre el sentido de lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo II de esa Convención acerca del

---

<sup>948</sup> Vid. el Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 43º período de sesiones, Viena, 3 a 7 de octubre 2005 (A/CN.9/589), las observaciones sobre el proyecto de texto de la disposición legal modelo sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje por la que se revisa el artículo 7 de la Ley Modelo en: A/CN.9/WG.II/WP.136, pp. 3 y ss, párrafos 5 – 13, y la Nota de la Secretaría al respecto, realizada en el 44º período de sesiones, Nueva York, 23 a 27 de enero 2006 en A/CN.9/WG.II/WP.139.

Respecto a este último párrafo del artículo 7 de la propuesta de reforma, el Grupo de Trabajo convino en que un acuerdo de arbitraje puramente verbal no debería considerarse formalmente válido en virtud de la Ley Modelo (A/CN.9/508, párr. 27). No obstante, se convino también que, como criterio general, la mención de un documento contractual escrito o de un vínculo con tal tipo de documento que contenga una cláusula compromisoria debería ser suficiente para que quedara formalmente reconocida la validez del acuerdo de arbitraje (ibíd.). Se citaron ejemplos de situaciones en que la mención, en un contrato verbal, de un conjunto de reglas de arbitraje debería aceptarse por dejar suficiente constancia de la existencia y del contenido del acuerdo de arbitraje, particularmente cuando el conjunto de reglas contuviera una cláusula compromisoria modelo. A fin de tener en cuenta la objeción según la cual la mera referencia, en un contrato verbal, a un conjunto de reglas de arbitraje no siempre debería considerarse suficiente para darse por cumplido el requisito de la forma escrita, puesto que, de por sí, un conjunto de reglas de procedimiento no debería considerarse equivalente a un documento contractual que contiene una cláusula compromisoria, el Grupo de Trabajo consideró que se insertara en el texto una condición conforme a la cual habría que recurrir al derecho interno o a otro derecho aplicable para determinar si la referencia a tales reglas de arbitraje bastaba para que se considerara que la cláusula formaba parte del contrato o del acuerdo de arbitraje independiente, a pesar de que el contrato o el acuerdo de arbitraje independiente hubieran sido celebrados verbalmente, se dedujeran de los actos de las partes o se hubieran concertado por otros medios no escritos (A/CN.9/WG.II/WP.136, párr. 11).

requisito de la forma escrita y demás requisitos del texto de la Convención relativos a las comunicaciones escritas. Este proyecto, concretamente su artículo 9, proclama el principio general de libertad de forma, aclarando sus párrafos 4º y 5º que se entiende por “original”<sup>949</sup>. Estos dos últimos párrafos se expresan de la siguiente manera:

*“4. En los casos en que la ley requiera que un contrato o cualquier otro tipo de comunicación se presente o conserve en su forma original en el texto, o prevé consecuencias de la falta de un original, se reunirá ese requisito respecto de una comunicación electrónica si:*

*a) Existe seguridad fidedigna de la integridad de la información que contiene a partir del momento en que se generó en forma definitiva, en tanto comunicación electrónica o de otra manera; y b) en los casos en que se requiera que la información que contiene se presente, esa información se pueda exhibir a la persona a la que se ha de presentar.*

*5. Para los fines del apartado a) del párrafo 4: a) los criterios para evaluar la integridad consistirán en si la información se ha mantenido completa y sin alteraciones, aparte de la adición de todo endoso o cambio que surja en el curso normal de la comunicación, almacenamiento y exhibición; y b) la norma de fiabilidad requerida se evaluará atendiendo el propósito para el cual se generó la información y atendidas todas las circunstancias pertinentes”.*

En el artículo 19 de la Convención se incluye el CNY en una lista de instrumentos internacionales a los que será aplicable dicha Convención; con dicha inclusión manifiesta este grupo de trabajo, se obtendría una definición uniforme de la expresión “forma escrita”, definición más propicia al desarrollo de las prácticas tecnológicas en el arbitraje comercial internacional, por lo que contribuiría a uniformar la interpretación y aplicación del párrafo 2) del artículo II

---

<sup>949</sup> Artículo 9 del Proyecto de Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en el contexto de los contratos internacionales: “1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención obligará a que un contrato o cualquier otra comunicación tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular 2. Cuando la ley requiera que un contrato o cualquier otra comunicación conste por escrito, se cumplirá ese requisito si la comunicación electrónica contiene información accesible para su ulterior consulta” 3. Cuando la ley requiera que un contrato o cualquier otra comunicación sea firmado por una parte o prevea consecuencias de la falta de firma se considerará que se reúne ese requisito en relación con una comunicación electrónica si: a) Se utiliza algún método para identificar a esa parte y para indicar que esa parte aprueba la información que figura en la comunicación electrónica; y b) El método utilizado es fiable según corresponda a los fines para los que se generó o se notificó la comunicación electrónica atendidas todas las circunstancias del caso, así como de cualquier acuerdo pertinente...”.

CNY. Además, sería una forma de resolver el requisito de presentar el original del acuerdo de arbitraje que se impone en el apartado b) del párrafo 1 del artículo IV CNY<sup>950</sup>.

### **c) Reflexiones finales**

A modo de conclusión, consideramos que los problemas que puedan derivarse del artículo II CNY, debemos interpretarlos conforme al actual artículo 7 de la Ley Modelo, precepto que admite la utilización de las nuevas tecnologías, al igual que sucede en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, aún tendremos que esperar a la aprobación de los convenios arbitrales orales que, de momento, no están amparados legalmente.

En lo que al artículo IV CNY relativo a la entrega del original del laudo se refiere, debemos manifestar que hoy por hoy sigue la creencia, aunque nosotros no la compartamos, que los documentos electrónicos son siempre copias, tal vez porque se considere que el original del documento electrónico son los datos almacenados en el disco duro donde fue originalmente gravado; llevar el disco duro a las Cortes resulta una tarea difícil, por lo que tenemos que aunar fuerzas y conseguir la equiparación del documento electrónico al documento papel en todas sus dimensiones. En nuestra opinión, en el mundo de Internet y de las nuevas tecnologías de la información no tiene sentido alguno hablar de original y copias cuando ante un documento electrónico nos hallemos, estos términos en el contexto electrónico pierden su significado, pues cualquier copia de una información digitalizada, es absolutamente idéntica a la original.

A pesar de lo dicho *supra*, debemos ser conscientes, que si bien defendemos la igualdad del documento electrónico y el documento en soporte papel, la respuesta que se desprende del tenor literal del CNY puede llegar a ser interpretada, por algunos, como negativa ante estos nuevos medios de comunicación, lo que requiere ciertas cautelas que desembocan en la práctica, en que a pesar de que no lo compartamos, se aconseje que junto a la emisión electrónica del laudo se proceda asimismo a la aportación de una versión en soporte papel del laudo electrónico con la firma de los árbitros manual, en aras

---

<sup>950</sup> A/CN.9/WG.II/WP.132, párrafo 12.

a no encontrarse con la sorpresa de ver rechazado en el extranjero el reconocimiento de un laudo.

Son tan complejas todas estas cuestiones que se aboga por un estudio profundo del tema, como el que está realizando la UNCITRAL. Resultaría sumamente ventajoso que se tratara de crear una “Ley modelo de arbitraje virtual” en la que se necesitarán expertos en electrónica e Internet así como en arbitraje internacional para crear una legislación que permita la viabilidad del arbitraje electrónico. Es por ello conveniente que en un futuro no muy lejano, UNCITRAL emita disposiciones específicas para administrar procedimientos de arbitraje telemático que sirvan de modelo para conseguir un adecuado marco legal, en consonancia con el resto de la legislación internacional del arbitraje<sup>951</sup>.

---

<sup>951</sup> KAUFMANN-KOHLER considera que para beneficiarse plenamente de las ventajas de la justicia en línea, especialmente de su accesibilidad, hay que asegurar la ejecución por otras vías, sin pasar por los tribunales, y propone tres categorías de medios alternativos: a) El recurso al mecanismo de garantía financiera, es decir, el bloqueo del montante de dinero en cuestión en una cuenta de garantía, una especie de seguro que cubra los riesgos de la no ejecución del laudo, b) Un control técnico, pues en determinadas ocasiones, las herramientas tecnológicas permiten una especie de auto-ejecución de las decisiones de ODR, es lo que ocurre en el procedimiento UDRP de la OMPI en materia de nombres de dominio, donde diez días después de la decisión del árbitro, el nombre de dominio es anulado o transferido a la parte victoriosa, y por último c) La reputación, a través de las marcas de confianza o “trust marks”, el sitio correrá el riesgo de perder clientes y podrá sentirse presionado a la hora de ejecutar el laudo. “La resolución de litigios en línea...”, p. 21.

# **Conclusiones**





**PRIMERA-** La solución extrajudicial de los conflictos (*ADR-Alternative Dispute Resolution*) despierta desde hace ya unos años un llamativo interés por parte de legisladores, juristas, etc. que reclaman, cada vez con mayor intensidad, su implantación en el tráfico jurídico. Así, en razón de la difusión que en las últimas décadas han experimentado los mecanismos de ADR y la patente necesidad de búsqueda de nuevos medios de solución de controversias alternativos al poder judicial han incitado que el arbitraje, como medio de solución extrajudicial de conflictos, haya resultado un atractivo objeto de estudio.

Las ADR surgen porque ofrecen la perspectiva de una solución a los conflictos más rápida ágil, efectiva y, para muchos, más cercana al ciudadano que los tribunales ordinarios. Son diferentes sus manifestaciones, pero son el arbitraje y la mediación los dos medios alternativos a la justicia que de mayor éxito han gozado en la práctica.

El arbitraje es una institución heterocompositiva de solución de conflictos alternativa a la vía judicial que se fundamenta en la libertad. Son las partes quienes libremente someterán la controversia surgida entre ellas, siempre y cuando se trate de una materia disponible, a la decisión del árbitro. Esta libertad se refleja en nuestra ley arbitral en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes se convierten en protagonistas de todo el proceso, configurando las reglas y procedimiento arbitral, ya directamente o ya a través de la incorporación por referencia, a saber, mediante el sometimiento a una institución arbitral, quien administra el arbitraje desde el marco jurídico que le da sus normas reglamentarias.

De entre todas las ADR, es el arbitraje el único medio alternativo cuyo laudo final ostenta fuerza de cosa juzgada y es título ejecutivo, al igual que una sentencia judicial.

**SEGUNDA-** Con la aprobación de la nueva Ley Arbitral 60/2003 de 23 de diciembre, se produce un giro en la concepción que los diversos legisladores

españoles habían venido sosteniendo. Hay una apuesta por la institución arbitral. La opción legislativa española ha sido la de asumir la Ley Modelo de 21 de junio de 1985 elaborada en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para la unificación del Derecho Mercantil Internacional. Una apuesta que implica riesgos, en todo caso, por cuanto se está extrapolando una norma de las denominadas “soft law” al derecho positivo español, norma que emerge desde unos parámetros claramente mercantiles, y que –obvia decir- debería haber sido adaptada en algunos casos con mayor dosis de realismo a la cultura jurídica española. Empero, es innegable que la apuesta es ambiciosa y que transmite la credibilidad del legislador español en que el arbitraje funcione en nuestro país. Es más, de la Ley 60/2003 se deriva la intencionalidad de afianzar el arbitraje institucional –punto de referencia indudable para la potenciación del arbitraje-, no solo dedicando un precepto específico a esta modalidad de administrar el arbitraje sino que a lo largo de toda la ley se demuestra claramente la vocación en favor de estos arbitrajes administrados.

Los rasgos que han definido esta ley se pueden resumir en los puntos siguientes:

1º) Proclamación de la autonomía de la voluntad de las partes que reina a lo largo de todo el proceso arbitral y se manifiesta en la adopción de múltiples decisiones, tales como: el lugar en el que desean que se lleve a cabo el arbitraje, el idioma del procedimiento, el número de árbitros que debe dirimir la controversia, la renuncia a la tutela cautelar arbitral, la negación de la prórroga del plazo para dictar el laudo, etc.

2º) Preferencia por el arbitraje de derecho al de equidad, en defecto de acuerdo por las partes, invirtiéndose, con ello, la regla contenida en la Ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988.

3º) Principio de intervención mínima judicial en el arbitraje, delimitándose aquellos supuestos en los que los jueces pueden actuar en sede arbitral tanto para ayudar –como ocurre en el supuesto del nombramiento de los árbitros- como para ejercer una función de control – tal y como sucede en la acción de anulación o en el exequátur de los laudos extranjeros-. Debe entenderse con ello que el legislador apuesta por la vida autónoma del arbitraje, sin perjuicio de la intervención judicial en lo que es estrictamente necesario o en lo que puede colaborar en la efectividad del sistema arbitral.

4º) Relevantes han sido las novedades introducidas en materia arbitral, al permitir la ley tanto la adopción de medidas cautelares por los jueces, incluso cuando se trate de medidas cautelares *ante causam*, como por los árbitros, ello sin perjuicio de su posterior ejecución siempre por los órganos jurisdiccionales. La convivencia entre ambos sistemas es alternativa, aun cuando pueden llegar a producirse problemas de integración que traspasen el comportamiento de buena fe exigido por las partes y al que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley.

5º) Se asientan y esclarecen numerosos aspectos del convenio arbitral que en otros tiempos provocaron serios debates doctrinales y jurisprudenciales, relativos a la forma del convenio, sus efectos, autonomía del mismo respecto al contrato principal, etc. En tal sentido, es indudable que la jurisprudencia que las Audiencias había venido generando en estos últimos años ha sido punto de referencia innegable en esta opción legal.

6º) Control de los árbitros de su propia competencia, que es lo que la doctrina alemana ha denominado *kompetenz – kompetenz*, así como de otras cuestiones tales como la validez del convenio, litispendencia, etc. Se introduce con ello una posible audiencia previa que permite desde que las partes puedan llegar a un acuerdo, sea total o sea parcial, pasando por la posible subsanación de defectos procesales, amén de resolver cuestiones como la competencia, la validez del convenio u otras, que afectan –o pueden afectar- al desarrollo mismo del proceso arbitral. No obstante, será decisión arbitral la de resolver en este trámite previo las mismas o resolverlas en el momento de decisión final del proceso, máxime en aquellos supuestos en que existe una intrínseca conexión con la cuestión de fondo. De este modo, se trata de posponer la decisión para evitar prejuzgar la cuestión principal.

7º) Empleo de las nuevas tecnologías. Se ha producido una clara apuesta del legislador arbitral por la utilización de las nuevas tecnologías en el proceso arbitral, tanto con carácter general, llegando a convertirse el proceso arbitral en un arbitraje telemático, como a través de la realización de determinados actos, como los de comunicación a través de las notificaciones realizadas mediante medios de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permita el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción, y lo mismo se permite en la

conformación del convenio arbitral, la realización de actuaciones a través de las videoconferencias, etc.

8º) Introduce una diversidad nominativa en las clases de laudos, al referirse al laudo que pone fin al proceso arbitral junto con el denominado laudo parcial, que es el que permite resolver a lo largo del curso del proceso algunas de las cuestiones litigiosas, y hacerlo parcialmente, o bien es aquel que se dicta para adoptar medidas cautelares –o denegarlas- amén de para resolver la kompetenz-kompetenz o la validez o invalidez del convenio.

9º) Se confirma la naturaleza jurídica de la anulación como un proceso de impugnación de la validez de la cosa juzgada del laudo arbitral. La posición sostenida en la jurisprudencia menor ha sido punto de referencia para consolidar que la anulación no es un recurso, sino una acción de anulación frente a la cosa juzgada del laudo, esclareciendo que ante el laudo no se puede interponer recuso alguno, siendo la acción de anulación y la revisión del laudo, los dos únicos medios impugnatorios existentes.

**TERCERA-** En las últimas décadas hemos sido testigos de un mundo cambiante consecuencia de una revolución tecnológica que ha incidido en nuestras vidas. Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en general e Internet en particular, están incorporándose de forma acelerada a todos los ámbitos económicos, culturales, sociales en la llamada sociedad de la información que presenciamos hoy en día.

Esta revolución técnica exige una revolución jurídica que supone, por un lado, la adaptación del derecho a estas nuevas realidades y, por otro, la regulación de los nuevos aspectos que el entorno digital plantea. El mundo del Derecho no ha podido permanecer impasible ante tales innovaciones y cambios, se ha visto afectado y tiene que reaccionar; debe comenzar a ofrecer soluciones a los nuevos conflictos que van surgiendo, adaptándose a las circunstancias emergentes.

En este orden de ideas, las ADR sí han reaccionado, han ido evolucionando y desarrollándose, surgiendo nuevas propuestas de medios de resolución extrajudicial de los conflictos, hasta alcanzar su máximo esplendor, cuando sin contentarse con el camino recorrido, decidieron

adaptarse a los nuevos tiempos y empezar a funcionar *on line*, desarrollando sus actividades a través de los nuevos medios de comunicación. Dejamos de hablar de las ADR (*Alternative Dispute Resolution*) para dar un salto a las ODR (*Online Dispute Resolution*), en donde el arbitraje *on line* ostenta un papel fundamental.

Dentro de la problemática del ciberespacio, son las ODR quienes deben implantarse porque son las únicas que pueden realmente insertarse dentro de una arquitectura de gestión rápida de los conflictos, funcionando a bajo coste y estructuralmente muy cerca de los ciudadanos, ofreciendo alternativas a la justicia, requeridas en el mundo cibernético e inexistentes hasta el momento, pues los tribunales estáticos no están todavía adaptados a los litigios del comercio electrónico, o a cualesquiera otros que surjan en la Red.

Es en este entorno donde ha cobrado una relevancia primordial el arbitraje *on line*, como regulador de las relaciones que surgen en el ciberespacio. Las ODR, y en concreto el arbitraje, son los instrumentos más adecuados para resolver las disputas derivadas de las nuevas tecnologías, lo que explica que la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico 34/2002 así como la Directiva de la que proviene - Directiva 200/31 de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior- así lo hayan recogido. Además, contamos con el apoyo de nuestra ley arbitral que consciente de la necesaria adaptación a los tiempos modernos ha introducido la posibilidad del empleo de las nuevas tecnologías en el arbitraje.

El arbitraje es una institución que, sobre todo en su vertiente comercial internacional, como indica la misma Exposición de Motivos de su ley reguladora, ha de evolucionar al mismo ritmo que el tráfico jurídico, so pena de quedarse desfasada. En esta línea, han sido grandes los avances que ha implantado la nueva regulación, resultando sumamente relevante el progreso y desarrollo producido desde la rigidez formal que presidía la antigua Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953, hasta alcanzar la libertad formal del convenio arbitral en la Ley de 1988 y finalmente, hoy en día contar con una ley que, dando un paso más, incluso permite expresamente la realización de arbitrajes a través de medios electrónicos.

**CUARTA-** El arbitraje *on line* no es una modalidad de arbitraje, sino que es la misma institución pero que se lleva a cabo por los nuevos medios de comunicación, ofreciendo las mismas garantías y rigiéndose por los mismos presupuestos que un arbitraje llevado a cabo por medios tradicionales.

Son diversas las referencias en la nueva ley a la utilización de las tecnologías de la información en el proceso arbitral, siendo principalmente cuatro las materias que se han visto especialmente afectadas en lo que al arbitraje electrónico se refiere:

1º) El mismo nacimiento del arbitraje. El origen de todo arbitraje y presupuesto imprescindible de su existencia, es el convenio arbitral en el que las partes deciden someter su controversia a esta vía de solución de conflictos. Al respecto, nuestra ley arbitral si bien exige que el convenio se formalice por escrito, ello no presenta óbice alguno a su celebración por medios electrónicos. La exigencia de la forma escrita no supone ningún tipo de obstáculo al documento electrónico, resultando posible convenir un arbitraje mediante un acuerdo arbitral celebrado por medio del intercambio de mensajes de correo electrónico e incluso a través de una página web, ya que la ley arbitral lo que hace es reforzar el criterio antiformalista del convenio y aunque mantiene la exigencia de que éste conste por escrito, amplía el cumplimiento del requisito de la forma escrita a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia de su contenido y que permitan su posterior consulta.

En todo caso, para que pueda permitirse la sumisión al arbitraje de forma telemática, deberá acreditarse la autenticidad del convenio, la autenticación de las partes manifestantes, la integridad del texto así como el tiempo y emisión de la recepción, requerimientos que se verán cumplidos gracias a la utilización de la firma electrónica que surge para dar seguridad a los documentos electrónicos, así como para dotarles de un instrumento análogo a la firma manuscrita.

2º) La nueva ley arbitral permite que, salvo acuerdo de las partes en contrario, los árbitros puedan decidir si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, práctica de pruebas y la emisión de conclusiones, o si por el contrario, las actuaciones se deberán sustanciar exclusivamente por escrito. Por tanto, refleja la ley la flexibilidad del procedimiento arbitral, que

podrá ser predominantemente escrito, siempre y cuando las circunstancias del así caso lo aconsejen.

En todo caso, en el supuesto en que las audiencias se lleven a cabo, se realizarán en el arbitraje *on line* a través de la videoconferencia, eliminando la necesidad de los encuentros personales de las partes en conflicto y entre éstas y los árbitros, y en donde a través de un foro electrónico, cada una de las partes actuará como si en presencia del resto de partes se encontrara.

Consideramos que no hubiera estado de más que se hubiera previsto expresamente en la nueva ley arbitral la posibilidad de su utilización en el arbitraje, aunque tal disposición puede obviarse al no prohibirse su uso y presidir en todo momento la supremacía de la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de fijar las reglas del proceso, pudiendo éstas practicar las audiencias a través de videoconferencia cuando así lo decidan de común acuerdo.

3º) En lo que a las notificaciones y comunicaciones se refiere, la ley arbitral considera válidas aquellas que se han realizado por medios electrónicos, telemáticos o infotelemáticos o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, siempre y cuando quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras así como del momento en que se hicieron. En consecuencia, en el arbitraje *on line* estos actos de comunicación se llevarán a cabo principalmente vía e-mail, consiguiendo una celeridad y eficacia en las comunicaciones difícilmente superada por cualquier otro medio de comunicación.

4º) Finalmente la conclusión del procedimiento arbitral, asimismo, se podrá llevar cabo a través de los nuevos medios de comunicación, pues la nueva ley otorga la posibilidad de que el laudo que dicten los árbitros conste por escrito en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo; entendiéndose que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta. Además, la ley ha suprimido el requisito de la protocolización del laudo exigida hasta el momento, lo que ha supuesto la eliminación de un importante obstáculo al arbitraje *on line*, con el que hoy ya no contamos.

**QUINTA-** La experiencia de estos últimos cinco años ha sido decisiva en la evolución del empleo de las nuevas tecnologías en el mundo del Derecho y especialmente en la aparición en escena de las denominadas ODR. En su presentación en sociedad el escepticismo era una constante y su carácter de excepcionalidad permitía a los incrédulos asumirlas como realidad en el ámbito propio de los cauces de tutela jurídica. La consolidación de estas ODR es hoy una realidad imparable.

Tal vez todavía en ciertos ámbitos parezca ciencia ficción, si bien es indudable que los centros de arbitraje pueden recibir automáticamente la demanda, las notificaciones se desarrollan por correo electrónico, los distintos centros de arbitraje se pueden conectar permanentemente, consultando leyes y bases de datos en la Red. Se ha comenzado a hablar de la posibilidad de la secretaría automática con inteligencia artificial conectada a la Red que vigile las condiciones del proceso, proporcionando a los árbitros la legislación y los instrumentos necesarios para realizar sus trabajos en el idioma natal de los árbitros, etc. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que actualmente ya existen todos los medios o soportes posibles que pueden convertir en realidad este proceso que parece fantástico.

Si bien es cierto que, por el momento, arbitrajes totalmente en línea son escasos en nuestro país. Repárese que en un sistema jurídico como el español, en el que la formación y la cultura jurídica han incidido esencialmente en lo litigioso, el recurso al arbitraje no ha sido lo habitual. Desde esa concepción, si acudir al arbitraje comienza, en determinados sectores del ordenamiento jurídico, a ser lo común, a partir de esta cultura arbitral es posible pensar en que se sirvan de los instrumentos de eficacia que las nuevas tecnologías ofrecen a los operadores jurídicos. Avala cuanto exponemos las referencias que pueden hacerse en este momento, como realidad, del empleo de las nuevas tecnologías en sede judicial. A medida que la sociedad española se ha ido tecnificando y se ha ido sumergiendo en el desarrollo tecnológico, estos medios se han convertido en instrumentos esenciales de la vida jurídica española. Es por ello previsible que lo mismo sucederá con el sistema arbitral on line.

Opinamos que el proceso arbitral *on line* puede otorgar innumerables ventajas al propio arbitraje, siempre y cuando se establezcan las debidas



garantías para asegurar la autenticación de los mensajes que se notifican, la integridad de los documentos y las fundamentales cuestiones de confidencialidad y defensa de la privacidad.

Son dos las razones principales de su éxito y desarrollo: 1) facilitan el acceso a la justicia, incluso en determinadas situaciones podemos afirmar que son los únicos medios de acceder a ella, principalmente cuando se trate de conflictos con consumidores donde la cuantía en litigio es poco relevante o intervienen personas de distintos países y, 2) otorgan una confianza al comercio electrónico antes desconocida, pues la confianza en este tipo de comercio basado en el uso de tecnologías seguras debe ir asimismo acompañado de una "confianza psicológica", en el sentido de que cuando surjan conflictos, los usuarios puedan saber que existen medios de resolución eficaces.

Pero el arbitraje *on line*, en el que las distintas fases del procedimiento, desde su origen con la decisión de sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje hasta su conclusión final con la comunicación del laudo, pasando por diversas etapas, tales como alegaciones y la práctica de la pruebas, se desarrollan a través de Internet, plantea cuestiones adicionales cuyo tratamiento debe merecer un especial estudio en el futuro, principalmente aquellas cuestiones relativas a los mecanismos a emplear para agilizar la confidencialidad del procedimiento, para acreditar que las notificaciones han tenido lugar debidamente, etc.

**SEXTA-** Mientras la regulación española en general y, concretamente nuestra ley arbitral, convalidan y otorgan un respaldo legal a la validez del convenio arbitral y a la utilización de los medios electrónicos en el arbitraje, por el contrario, el Convenio de Nueva York de 1958 sobre "Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras" (CNY) se ha quedado obsoleto y arcaico, lo que provoca a una cierta inseguridad jurídica en la práctica cuando ante arbitrajes internacionales nos encontremos, por todo ello consideramos que lo más conveniente será apoyar los trabajos e iniciativas que se están llevando a cabo en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), trabajos que, ante la dificultad de

enmendar dicho convenio, se desarrollan en aras a elaborar un instrumento interpretativo que solucione las dudas e incertidumbres existentes.

Además, si bien reconocemos que con la llegada de la nueva ley arbitral, se ha realizado un avance a la hora de otorgar factibilidad a este tipo de arbitraje, ésta no ha sido lo suficientemente atrevida, y las referencias a los nuevos medios de comunicación y a las nuevas tecnologías de la información resultan escasas, será pues su práctica e implantación quien promueva este nuevo medio de solución de controversias.

Es evidente la necesidad de un estudio, modificación y regulación de las relaciones jurídicas que pueden llevarse a cabo a través de la Red, así como del arbitraje como medio de solución de los conflictos que puedan surgir. Pero debemos ser conscientes de que el paso previo a todo ello, es decir, a un cambio legislativo, para conseguir la factibilidad de desarrollar procedimientos arbitrales electrónicos o virtuales, es conseguir un cambio de mentalidad, la sociedad debe afianzarse en relación con estos nuevos medios, con estas nuevas herramientas que han dejado de ser desconocidas, pues son ya una realidad patente. En estos días aún no podemos contar con la existencia de una cultura mediadora o arbitral instalada en nuestro país, pero estos medios de resolución extrajudicial de conflictos poco a poco van adquiriendo firmeza y su éxito se va implantando.

Debemos concienciar a los ciudadanos de que gracias a la inmediatez de las comunicaciones, la facilidad de la tecnología para almacenar y recuperar información, y las innumerables ventajas que Internet ofrece, el llevar a cabo un arbitraje *on line*, resulta idóneo para satisfacer las necesidades e intereses de las partes en conflicto y puede resultar un medio sumamente eficaz para resolver numerosas disputas, especialmente aquellas que necesiten de soluciones rápidas y eficaces y/o, entren en juego personas de diferentes países, elevando así el conflicto a transnacional.

En definitiva, consideramos que el arbitraje *on line* irá progresivamente en aumento a medida que se incremente el tráfico comercial electrónico internacional. Se ha convertido ya en instrumento de comercio, consumo y relaciones personales, un elemento de nuestro paisaje, lo que hace pensar que los arbitrajes *on line* se van a ir desarrollando. Su éxito y, en general de los mecanismos de ODR vendrá, pues, determinado por las necesidades del

mercado, por la confianza y seguridad que le otorgue a los usuarios y en último lugar, por la eficacia de las decisiones que se alcancen. Lo lejos o lo cerca que estamos de que se produzca, sólo depende del marco legislativo y de un importante cambio de mentalidad en los ciudadanos.



# **Bibliografía**



## BIBLIOGRAFÍA

ABDEL WAHAB, M., "La technologie sape-t-elle la confiance? La confidentialité et la sécurité dans l'arbitrage en ligne", *La Technologie au service du règlement des différends commerciaux*, Supplément spécial - Bulletin de la CCI, 2004.

ABELLÁN TOLOSA, L., "El nuevo proyecto de arbitraje virtual para consumidores de la comunidad Valenciana", trabajo presentado en el I congreso Derecho y Tics, Valencia, noviembre 2004.

AGUILAR ALVAREZ, G., "Article II (2) of the New York convention and the Courts", *Kluwer Law international*, The Hague, Netherlands, 2004.

ALÁN RODRIGUEZ, M. A., "¿Qué es la Videoconferencia?", <http://132.248.75.130/video/qvc.html>, Junio 1997.

ALBADALEJO GARCIA, M., "La ominosa tentativa de hacer irrecorrrible el laudo de Derecho que infringe las normas debidas aplicar", *Revista de Derecho Privado*, Marzo, 1999.

ALMAGRO NOSETE, J., "La nueva ley española de arbitraje", *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairen Guillén*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

- "Jurisdicción y arbitraje", *Butlletí nº 2*, Tribunal Arbitral de Barcelona, 1991.

ALONSO UREBA, A., y ALCOVER GARAU, G., "La Firma Electrónica", *Derecho de Internet, Contratación Electrónica y Firma Digital*, AAVV, (coords. MATEU DE ROS, R. y CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J.M), Aranzadi, Pamplona, 2000.

ALVAREZ ALARCÓN, A., "Intervención jurisdiccional en el arbitraje", AAVV, (coord. LORCA NAVARRETE), *Comentario breve a la Ley de arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1989.

ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, AAVV, (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), Thomson Aranzadi, Madrid, 2004.

AMBROGOI, R., "Virtual justice: resolving disputes on line", *Bench and Bar of Minnesota*, Febrero, 2005.

ANDRÉS CIURANA, B., "Las instituciones arbitrales nacionales (desarrollo, fundamento y consolidación del arbitraje institucional)", *Actualidad Civil*, nº 3, 2001.

ARANGUENA FANEGO, C., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. MATEO SANZ, J.), Lex Nova, Valladolid, 2004.

AREILZA CARVAJAL, J., "¿Quién gobierna Internet?" en [http://www.nuevarevista.net/2000/agosto/nr\\_articulo70\\_3.htm](http://www.nuevarevista.net/2000/agosto/nr_articulo70_3.htm), agosto 2000.

ARMENTA DEU, T., *La acumulación de Autos*, Montecorvo, Madrid, 1997.

ARSIC, J., "International commercial arbitration on the Internet. Has the future come too early?", 14 *Journal of International Arbitration*, nº 3, septiembre 1997.

ARTUCH IRIBERRI, E., "El convenio arbitral defectuoso", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1995.

BANACLOCHE PALAO, J., "De la revisión de las sentencias firmes", *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, AAVV, (junto a DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I. y VEGAS TORRES, J.), Civitas, Madrid, 2001.

- *Las diligencias preliminares*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

BARONA VILAR., S., "Comentario al AAPP de 25 de noviembre de 1994", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XI, 1995.

- Comentario a la SAP Granada de 25 de enero de 1999, "Jurisprudencia española de arbitraje interno", *Revista de la Corte española de arbitraje*, volumen XIV, 1999.

- *Contratación Internacional*, AAVV (coord. ESPLUGUES MOTAS, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- *Solución extrajudicial de conflictos (ADR)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- "Jurisprudencia española de arbitraje interno", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002.

- "Algunas consideraciones en torno a las medidas cautelares en los procesos arbitrales tras la Ley 1/2000, de 7 de enero", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo II, 2002.

- *Tutela de los consumidores y usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- "El plazo para interponer la anulación del laudo. Naturaleza jurídica", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, volumen XIX, 2004.



- *Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Thomson Civitas, Madrid, 2004.

- *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, (junto a MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L, MONTÓN REDONDO, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- *Derecho jurisdiccional II. Procesal civil*, (junto a MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L, MONTÓN REDONDO, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- "El procedimiento arbitral", conferencia impartida en el I Seminario de arbitraje, Gran Canaria, 19 y 20 de diciembre de 2005.

- "Dudas sobre la constitucionalidad del régimen de notificaciones y comunicaciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2006.

- "Facultades del juez en la ejecución arbitral", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2006, en prensa.

BARRAL VIÑALS, I., "La confianza del consumidor en el e-commerce", en [http://www.e-global.es/confianza/newsletter04\\_2002.htm](http://www.e-global.es/confianza/newsletter04_2002.htm), 11 de febrero 2002.

BENEKHEF, K. y GELNAS F., *Le règlement en ligne des conflits, enjeux de la cyberjustice*, Romillat, Paris, 2003.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.), Tecnos, Madrid, 1991.

BERENGUER GIMÉNEZ, L., "El arbitraje de la OMPI en materia de nombres de dominio", *Régimen jurídico de Internet*, AAVV, (coord. CREMADES GARCÍA, J.), La Ley, Madrid, 2002

BOLÁS ALFONSO, J., "Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial", *Notariado y Contratación electrónica*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2001.

BONNET, V., BOUDAUD, K., GAGNEBIN, M., HARMS J. y SCHULTZ, T., "Online Dispute Resolution Systems as Web Services", *ICFAI Journal of Alternative Dispute Resolution* nº 57, 3 de Julio de 2004.

BUFFA, F., *Il processo civile telematico, la giustizia informatizzata*, Cosa & Come, Milan, 2002.

CACHARD, O., "La régulation internationale du marché électronique", Bibliothèque de droit privé, tomo 365, Paris, 2002.

CADARSO PALAU, J., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, AAVV, (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), Thomson Aranzadi, Madrid, 2004.

CALAMANDREI, P., *Estudio sobre el proceso civil*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

CALDERÓN CUADRADO, P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1992.

- *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*, (junto a ORTELLS RAMOS, M.), Comares, Granada, 1996.

- "El nuevo régimen legal de medidas cautelares o la difícil búsqueda de un justo equilibrio entre intereses contrapuestos", *Revista jurídica de Catalunya*, nº 4, 2001.

CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial internacional*, Tecnos, Madrid, 1989.

CAMPO VILLEGAS, E., "Problemas de forma en el laudo arbitral", *Anuario de Justicia Alternativa, especial Ley 60/2002, de 23 de diciembre de Arbitraje*, nº 5, 2004.

- "Convenio arbitral y rigidez formalista", *Revista jurídica de Catalunya*, nº 1, 2000.

CARDENES, S., "El principio de intermediación y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso, con especial referencia a la videoconferencia", *XVIII Jornadas iberoamericanas y XI uruguayas de Derecho Procesal*, Uruguay, septiembre 2002.

CASAS VALLÉS, R., "Política uniforme para la resolución de conflictos en materia de nombres de dominio", *Régimen jurídico de Internet*, AAVV, (coord. CREMADES GARCÍA, J.), La Ley, Madrid, 2002.

CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J. M., "La protección de los consumidores", *Derecho de Internet, Contratación Electrónica y Firma Digital*, AAVV, (coords. MATEU DE ROS, R. y CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J. M.), Aranzadi, Pamplona, 2000.

CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, (junto a MERINO MERCHÁN), Civitas, Madrid, 1991.

- "Valoración crítica de la nueva ley de arbitraje", *La Ley*, nº 5945, febrero 2004.

CHING, L., "Electronic signatures: A Comparison of American and European Legislation", *25 Hastings International and Comparative Law Revue*, 2002.

CHOCRÓN GIRALDEZ, A., *Principios procesales en el Arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2000.

CLAROS ALEGRIA, P., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, AAVV, (coord. HINOJOSA SEGOVIA, R), Difusión jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2004.

COEN, J.R., *International Commercial Arbitration: American Principles and Practice in a global context*, Translational Publishers Inc, Nueva York, 1997.

CORDERO CUTILL, I., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. MATEO SANZ, J.), Lex Nova, Valladolid, 2004.

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

- *El arbitraje de Derecho Privado, Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Civitas, Navarra, 2005.

CORRAL, C. y CRUZ, F., "Videoconferencia y tele-educación en la Universidad Carlos III de Madrid: Infraestructuras", <http://www.rediris.es/rediris/boletin/50-51/ponencia15.html>.

CREMADES GARCÍA, J., *"El Paraíso digital"*, Plaza y Janés, Barcelona, 2001.

CREMADES SANZ PASTOR, B., "El convenio arbitral", texto de la conferencia impartida el 13 de febrero de 2003 en el ciclo de conferencias de la Academia del Notariado, Ilustre Colegio de Notarios de Madrid.

CUBILLO LÓPEZ, I., "La prueba de peritos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Tribunales de Justicia* nº 4, 2002.

CUCARELLA GALIANA, L., "Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la jurisprudencia reciente", *Tribunales de Justicia*, nº 3, marzo 1997.

- "Arbitraje y proceso de revisión", *Revista Vasca de Derecho Procesal*, nº 1, 2000.

- "Arbitraje y tutela cautelar en la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil", Tribunales de Justicia, nº 12, diciembre 2000.
- "Litispendencia y arbitraje", *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 1, Bosch, Barcelona, 2001.
- "La potestad de los árbitros para decretar medidas cautelares", *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 5, 2004.
- *El procedimiento arbitral*, Publicaciones del Real colegio de España, Bolonia, 2004.

DAVARA RODRIGUEZ, M. A., *Anuario de Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)*, Davara & Davara, 2004.

DAVARA DE MARCOS, I., "El Arbitraje en Internet", *Actualidad Informática Aranzadi*, Octubre, 2000.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Comentarios a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R.), Tecnos, Madrid, 1991.

- "La posición del consumidor y ejercicio de sus derechos", *Estudios sobre el Derecho del Consumo*, Iberdrola, Bilbao, 1991.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M y ECHEVARRÍA BARBERO, J.M., "Comercio electrónico. Requisitos legales para su desarrollo", *Régimen jurídico de Internet*, AAVV, (coord. CREMADES GARCÍA, J.), La ley, Madrid, 2002.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa procesal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

DE LA OLIVA SANTOS, A., y DIEZ- PICAZO, I., *Derecho Procesal Civil, El Proceso de declaración conforme a la ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

DE LOCHT, P., "Les modes de règlement extrajudiciaires des litiges", *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et proposition de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*, (coord. MONTERO, E.), Cahiers du centre de recherches informatique et droit, nº 19, Bruselas, Bruylant, 2001.

DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado en Internet*, Civitas, Madrid, 2000.

DE WITT, N., "Online international arbitration: nine issues crucial to its success", *12 American Review of International Arbitration*, nº 441, 2001.

DELEBECQUE, P., "La transmisión de la clause compromissoire (a propos de l'arret cass.civ. 1re, 6 novembre 1998)", *Revue de l'arbitrage*, nº 1, 1991.

DELGADO KLOOS, C., y GARCÍA RUBIO, C., "Historia de Internet", *Régimen jurídico de Internet*, AAVV, (coord. CREMADES GARCÍA, J.), La Ley, Madrid, 2002.

DIEZ- PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "El pacto compromisorio y la nueva Ley de arbitraje", *Anuario de Derecho Civil*, tomo VII, fascículo IV, oct-dic 1954.

- *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, AAVV, (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), Thomson Aranzadi, Madrid, 2004.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L y GUILLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil II*, Tecnos, Madrid, 1989.

ELOY RUIZ HERRERO "El comercio electrónico", *Revista de Derecho de la Universitat de Valencia*, nº 8, julio-diciembre 2001.

ESCOLÁ BESORA, M. E., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, AAVV, (coord. YAGÜEZ VELASCO, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004,

ESPADA MÉNDEZ, A., *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, AAVV, (coord. ARIAS LOZANO, D.), Thomson, Navarra, 2005.

ESPLUGUES MOTA, C., "El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional", *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

- *Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Thomson Civitas, Madrid, 2004.

ESTEBAN CASTILLO, E., "La fe pública judicial ante las nuevas tecnologías", *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 6, enero-febrero 2000.

EYZAGUIRRE ECHEVERÍA, R., "Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (ONU), Nueva York 1958", *Revista Vasca de Derecho Procesal y arbitraje*, 1993.

FELDTMANN, B., VON FREYHOLD, H y VIAL, E. L., "*The cost of legal obstacles to the disadvantage of the consumers in the single Market*", Informe de la Comisión

Europea, DG: Consumer Policy and consumer Health Protection, Bruselas, Junio, 1998.

FEMENIA, N., "Resolución de disputas en y por Internet, los métodos alternativos en el espacio cibernético", Intermediación.com, accesible en <http://www.intermediacion.com/online.htm>.

FERNÁNDEZ – BALLESTEROS, M.A., *La ejecución forzosa y la medidas cautelares*, Iurium, Madrid, 2001.

- *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, AAVV, (coords. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER J. M y VALLS GOMBAU, J. F.), Iurium, Barcelona, 2001.

- "Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares", *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, AAVV, (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), Thomson Aranzadi, Madrid, 2004.

- *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, AAVV, (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), Thomson Aranzadi, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., "Notas en torno al artículo 12 de la ley de arbitraje", *Actualidad civil*, 1997- 4.

FONT SERRA, E., "La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español", *Justicia* 89, Bosch, Barcelona, 1989.

FRANCO ARIAS "La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de arbitraje del 2003", *Anuario de Justicia Alternativa, Especial Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje*, nº 5, 2004.

FRIEDLAND PAUL, D., "Courts' Misapplication of the Agreement in writing requirement for enforcement of an arbitration agreement under the New York Convention". *Mealey's International Arbitration Report*. 15, vol. 13, nº 5, mayo 1998.

GALDAMEZ P., "Seguridad informática", *Actualidad TIT*, Revista del Instituto Tecnológico de informática, nº 1, 2003.

GARBERÍ LLOBREGAT., J., *Comentarios a la ley de arbitraje*, AAVV (coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.), Tecnos, Madrid, 1991.

- *Comentarios a la ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje*, (coord. GARBERÍ LLOBREGAT, J), Bosch, Barcelona, 2004.

GARCIA RUBIO, M. P., "El convenio arbitral en la ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988", *Revista Española de Arbitraje*, 1988 -1989.

GARCÍA-ARGUDO MENDES, J., "El convenio arbitral y el pacto arbitral electrónico en el arbitraje interno o doméstico", *Actualidad Informática Aranzadi*, Octubre 2001.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Cedecs, Barcelona, 1999.

GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

- "Eficacia subjetiva del arbitraje", *Actualidad civil*, nº 4, 1999.

GELINAS, F., "Splendeurs et misères de la célérité: bilan du système de règlement des différends relatifs à l'adressage Internet", *Les Cahiers de l'Arbitrage, Journal Spécial des Sociétés*, nº 2002/1, junio 2002.

GETE-ALONSO y CALERA, M. C., "Contrato de compromiso", *La Ley* nº 2, 1989.

GIRSBERGER, D., y SCHRAMM., D., *Cyber-arbitration*, *European Business Organization Law Review*, nº 3, 2002.

GISBERT POMATA, M., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, AAVV, (coord. HINOJOSA SEGOVIA, R), *Difusión jurídica y Temas de Actualidad Ed.*, Barcelona, 2004.

GISBERT ZAMORA, M., "El arbitraje institucional en la Ley 60/2003 de 23 de diciembre", *Revista de Derecho de los Negocios de La Ley*, nº 163, septiembre, 2004.

GOLDBERG, S., *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, Aspen Law & Business, Nueva York, 1999.

GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho jurisdiccional II. Procesal civil* (junto a MONTERO AROCA, J., BARONA VILAR, S., MONTÓN REDONDO, A.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

GÓMEZ JENE, M., *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, AAVV, (coord. ARIAS LOZANO, D.), Thomson, Navarra, 2005.

GONZÁLEZ MALABIA, S., "Las nuevas tecnologías en la ley de enjuiciamiento civil", *Revista Electrónica de Derecho Informático*, nº 44, marzo 2002.

- *Tutela Judicial del Comercio Electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GONZÁLEZ SORIA, J., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, AAVV, (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), Thomson Aranzadi, Madrid, 2004.
- GONZALO QUIROGA, M., "Globalización, deslocalización y arbitraje privado internacional: ¿Utopía o realidad de un orden público transnacional?", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2000-2001.
- GOÑI, J. L., "La revisión judicial del laudo en el arbitraje internacional", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1990.
- GRAHAM, J., "La delocalización del arbitraje virtual", *Revista Electrónica Derecho Informático*, nº 101, febrero 2002.
- GUASP DELGADO, J., *El arbitraje en el derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956.
- *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.
- GUZMAN FLUJA, V., *Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- HASCHER, D., "L'exécution provisoire en arbitrage international", *Etudes en l'honneur de J. F. Poudret*, publ. Faculté de droit Université de Lausanne, Lausanne, 1999.
- HERNÁNDEZ – TEJERO GARCIA, M., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, AAVV, (coord. HINOJOSA SEGOVIA, R.), Difusión jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2004.
- HERNÁNDEZ BURRIEL, J., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, AAVV, (coord. HINOJOSA SEGOVIA, R.), Difusión jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2004.
- HERNANDEZ FERNANDEZ, A., "Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo *on line* en el marco del sistema español de protección de los consumidores", *Revista de Derecho de la Universitat de Valencia*, nº 2, noviembre 2003.
- HERRERO DE MINON, M., "El orden público en el recurso de anulación del laudo. Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales", *Tapia*, nº 74, enero- febrero 1994.



HIERRO HERNÁNDEZ-MORA e HINOJOSA SEGOVIA, R., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, AAVV, (coord. HINOJOSA SEGOVIA, R.), Difusión jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2004.

HORNE, J., "Online Dispute Resolution: legal and technical aspects", *ODR workshop, Online Dispute Resolution: legal and technical aspects*. Actas de *ICAIL 2003 workshop*, Escocia, 28 de Junio 2003. International Association for Artificial Intelligence and Law.

- "Alternative dispute resolution in the European Union". *ODR workshop, Online Dispute Resolution: legal and technical aspects*. Actas de *ICAIL 2003 workshop*, Escocia, 28 de Junio de 2003. International association for Artificial Intelligence and law.

INZA, J., "Firma electrónica", *Libro de ponencias de Mundo Internet'97. II Congreso Nacional de usuarios de Internet*, Madrid, 1997.

ISCAR DE HOYOS, J., "La ejecución forzosa del laudo arbitral. Aspectos prácticos", *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de Tribunales arbitrales según la nueva Ley de arbitraje 60/2003*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005.

JIMÉNEZ FORTEA, J., *La tutela de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

JOVÉ PONS, M. A., "La administración del arbitraje por persona jurídica, con especial referencia al Tribunal Arbitral de Barcelona", *Justicia*, 1997.

JUÁREZ MELGAR, M, y RIVERA NEUTZE, A., "El arbitraje virtual", I congreso de Arbitraje, Panamá, 18-24 octubre 1999, <http://www.inter-mediación.com>.

JULIÁ BARCELÓ, R., *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y la prueba del contrato electrónico (EDI)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

KALLEL, S., "Arbitrage et commerce électronique", *Revue de droits des affaires internationales*, nº1, 2001.

KAPLAN N., "Is the need for writing as expressed in the New York Convention and the Model Law out of step with commercial practice?", *5. Asian Pac. Law Revue*, nº 1, 1996.

KATSH, E. Y RIFKIN, J., *Online dispute resolution. Resolving conflicts in cyberspace*, Jossey Bass, San Francisco, 2001.

KATSH, E., "Adding trust systems to transaction systems: the role of online dispute resolution". Forum de Naciones Unidas: *Online Dispute Resolution*, Ginebra, 6-7 Junio 2002.

- "Bringing online dispute resolution to virtual worlds: creating processes through code", *New York Law School Law Review*, 2004- 2005.

KAUFFMANN-KHOLER, G., "Arbitration agreements in online business to business transactions". *Law on international business and dispute settlement in the 21st century*, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel (ed.), Munich, 2001.

- "La resolución de los litigios en línea- perspectivas y retos del contencioso internacional contemporáneo", *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, nº 4, 2003.

- *ODR: Challenges for contemporary justice*, Kluwer Law International (junto a SCHULTZ, T.), Holanda, 2004.

KUNER, C., "Current ICC activities in the area of e-commerce", *Suplemento electrónico de Vindobona journal of international commercial law and arbitration*, nº 6, 2002.

LANDAU TOBY, "The requirement of a written form for an arbitration agreement, when written means oral", XVI Congreso ICC, 12 – 15 Mayo 2002, Londres.

LANDONI SOSA, A., "Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional, con especial análisis de las cuestiones referentes a la prueba, a las medidas cautelares y las comunicaciones procesales", *XIII Jornadas iberoamericanas y XI uruguayas de derecho procesal*, Uruguay, Septiembre 2002.

LEDÓ YAGÜE, F., *Comentarios a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, R.), Tecnos, Madrid, 1991.

LETE ACHIRICA, J., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. MATEO SANZ, J.), Lex Nova, Valladolid, 2004.

LEW, J., MISTELIS, L y KRÖLL, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Nueva York, 2003.

LLANEZA GONZÁLEZ, P., *Internet y comunicaciones digitales*, Bosch, Barcelona, 2000.

LOPEZ DE ARGUMEDO PINEIRO, A., "Medidas cautelares en el arbitraje internacional y nacional", *La Ley*, nº 3, mayo 2000.

LÓPEZ ORTIZ, A., "Arbitraje y Nuevas Tecnologías", *Revista de la Contratación Electrónica* nº 51, julio- agosto 2004.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., "Comercio electrónico y «acceso de los consumidores a la Justicia»", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2003, nº 571.

LORCA NAVARRETE, A.M., *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Tecnos, Madrid, 1989.

- *Comentarios a la ley de arbitraje*, Dykinson, Madrid, 1991.

- *Derecho de Arbitraje Español*, Dykinson, Madrid, 1994.

- *Arbitraje Multimedia*, Dykinson, Madrid, 2000.

- *Tratado de Derecho de arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2002.

- "El uso de la videoconferencia en el arbitraje", *Diario La Ley*, nº 5839, Madrid, septiembre 2003.

- "La ejecución del laudo arbitral en los supuestos en que se ha ejercitado acción de anulación ¿es definitiva o provisional?", *La Ley*, nº 6220, 30 de marzo de 2005.

- *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, AAVV, (coord. LORCA NAVARRETE, A. M), Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004,

LYNCH, K., *The forces of economic globalization: challenges to the Regime of International arbitration*, Kluwer Law International, Holanda, 2003.

MAGNUSSON SJÖBERG, C., "XML as a tool for legal validity in a security context". Actas de la conferencia: XML Europe 2002, 19 – 24 Mayo 2002, Barcelona.

MAGNUSSON SJÖBERG, C., y LUNDBLAD, N., "Making money from information standards: legal issues and cost structures in XML-related projects", Actas de la conferencia: XML Europe 2003, 5 – 8 mayo 2003, Londres.

MAGRO SERVET, V., en "¿Pueden adoptarse medidas cautelares en el procedimiento arbitral?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 29 de noviembre 2001, nº 510.

- "Los juzgados de los mercantil y su competencia en materia de arbitraje", *Diario La Ley*, año XXV, nº 6034, junio, 2004.

MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La Litispendencia*, Bosch, Barcelona, 1999.

MALUQUER DE MOTES, C., "La solución extrajudicial de los conflictos: códigos de conducta y arbitraje electrónico", *La regulación del comercio electrónico*, AAVV, (coord. BARRALS VIÑALS, I.), Dykinson, Madrid, 2003.

MANTILLA – SERRANO, F., *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005.

MARTÍN OSTOS, J., "El recurso de anulación contra el laudo arbitral", AAVV, (coord. LORCA NAVARRETE, A.), *Comentario breve a la Ley de arbitraje*, Instituto Vasco Derecho Procesal y Arbitraje, San Sebastián, 1989.

- "El recurso de anulación contra el laudo arbitral", *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, AAVV, (coord. LORCA NAVARRETE, A. M), Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., "El arbitraje y mediación como fórmulas de resolución de los conflictos derivados del uso de la propiedad intelectual a través de Internet", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 231, Madrid, enero-marzo 1999.

- "Las medidas cautelares durante la pendencia de un arbitraje interno o internacional (a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1988)", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, mayo 1999.

- "Algunas reflexiones acerca del posible control de oficio de la existencia de convenio arbitral en la audiencia previa en la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista de Derecho de la Universitat de Valencia*, nº 1, noviembre, 2002.

- "La tutela de la transmisión digital de obras: ¿jurisdicción, arbitraje y mediación on line o el procedimiento administrativo de impugnación de nombres de dominio?, (2001-2002)", *Quince años de encuentro sobre Informática y Derecho*, AAVV, (coord. DAVARA RODRIGUEZ, M.), Tomo II. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002.

- *El arbitraje como solución de conflictos en propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
  - *El Arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
  - "La tutela de la transmisión digital de obras: ¿jurisdicción, arbitraje y mediación on line o el procedimiento administrativo de impugnación de nombres de dominio?", AAVV, (coord. DAVARA RODRIGUEZ, M.), *Quince años de encuentro sobre Informática y Derecho*, Tomo II, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002.
  - *La tutela de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
  - *Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Estudios de Derecho Mercantil, nº 50, Civitas, Universitat de les Illes Balears, 1998.
- MASCARELL NAVARRO, M. J., *Comentario breve a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. MONTERO AROCA), Madrid, 1990.
- MATEU DE ROS, R., *Derecho de Internet, Contratación Electrónica y Firma Digital*, AAVV (coords. MATEU DE ROS, R. y CENDOYA MENDEZ DE VIGO J. M), Aranzadi, Pamplona, 2000.
- MC. LUHAN, M., *Explorations in Communication*, Beacon Press, Boston, 1960.
- MEDRANO I MOLINA J. M., *Diligencias de investigación y tecnologías de la información y de la comunicación*, Trabajo de investigación inédito, Valencia, 2004.
- MELOS VÁZQUEZ, L., "El Derecho Procesal y las nuevas tecnologías con especial referencia a las comunicaciones procesales vía e-mail", *XVII jornadas iberoamericanas y XI uruguayas de derecho procesal*, Uruguay, Septiembre, 2002.
- MENKEL- MEADOW, C., LOVE, L., SCHNEIDER, A. y STERNLIGHT, J., *Dispute Resolution, Beyond the Adversial Model*, Aspen publishers, Nueva York, 2005.

MERINO MERCHÁN, J., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, (junto a CHILLÓN MEDINA), Civitas, Madrid, 1991.

- "El convenio arbitral electrónico", INJEF.com, 12 de enero de 2001.
- "El pacto de arbitraje telemático", *Régimen jurídico de Internet*, AAVV, (coord. CREMADES GARCÍA, J.), La ley, Madrid, 2002.
- "Valoración crítica de la nueva ley de arbitraje", (junto a CHILLÓN MEDINA), La Ley, nº 5945, febrero 2004.
- *El estatuto y la responsabilidad del árbitro, Ley 60/2003 de arbitraje*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, Tecnos, Madrid, 1979.

- *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990.
- *La legitimación en el proceso civil*, Estudios de Derecho Procesal, Civitas, Madrid, 1994.
- "La cosa juzgada: conceptos generales", *Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada, costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)*, Consejo CGPJ, Madrid, 1995, (curso dirigido del Consejo General del Poder Judicial).
- *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- *El proceso de ejecución, títulos ejecutivos, demanda ejecutiva y oposición a la ejecución*, (junto a FLORS MATIES, J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- *Los recursos en el proceso civil*, (junto a FLORS MATIES, J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002.
- *Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- *Derecho jurisdiccional I. Parte General*, (junto a GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A y BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- *Derecho jurisdiccional II. Procesal civil*, (junto a GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR y MONTÓN REDONDO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MONTERO, E., "Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et proposition de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique". *Cahiers du centre de recherches informatique et droit*, nº 19, 2001.

MONTES REIG, L., "Sobre la posibilidad de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral UNCITRAL y en el arbitraje en general", *Revista jurídica de Cataluña*, nº 3, 1999.

MONTON REDONDO, "Medios de reproducción de la imagen y el sonido", *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 2000.

MORAND, C. *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruselas, 2001.

MORENO CATENA, V., *El Proceso Civil, Doctrina, jurisprudencia y formularios*, AAVV, (coord. SALINAS MOLINA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- *El Proceso Civil, Doctrina, jurisprudencia y formularios*, AAVV, (coord. SALINAS MOLINA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MORENO NAVARRETE, M., *Contratos electrónicos*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

MULAS, V., "El comercio a través del móvil", *Régimen jurídico de Internet*, AAVV, (coord. CREMADES GARCÍA, J.), La Ley, Madrid, 2002.

MULLERAT, R., "La anulación del laudo arbitral", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1995.

MUNNÉ CATARINA, F., "Efectos jurídicos derivados del inicio del arbitraje", *Anuario de Justicia Alternativa, Especial ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje*, nº 5, 2004.

MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000.

MUÑOZ SABATE, L., "Sobre la irrecurribilidad del laudo", *La Ley* nº 4, 1990.

- "Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral", *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 3, 1991.

- *Jurisprudencia arbitral comentada (Sentencias del Tribunal supremo, 1891 – 1991)*, Bosch, 1992.

- *Cuadernos de Derecho Judicial, arbitraje, mediación y conciliación*, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 1995.

- "Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española", *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 2, Bosch, Barcelona, 2001.

- "El convenio arbitral posterior a la controversia en la contratación privada", *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 3, 2002.

- "El Reglamento de la Institución arbitral a la luz de la nueva Ley de Arbitraje", *Anuario de Justicia Alternativa, Especial Ley 60/2003*, nº 5, 2004.

NETTO, A. N., "Malaysia: Cyber Laws Passed to Support High-Tech Dreams", International Press Service, 4 de abril de 1997, <http://us.cryptosoft.de/snews/apr97/02049700.htm>.

NIEVA FENOLL, J., "La prueba en documento multimedia", *Instituciones del nuevo proceso civil*, Economist & jurist, Barcelona, 2000.

- "Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición", *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 3, 2002.

O'CALLAGHAN, X., "El contrato de compromiso, según la ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988", *Actualidad Civil*, nº 1, 2 - 8 de enero de 1989.

OEHMKE T., *Oehmke commercial arbitration*, Thomson/West, Minnesota, 2003.

OLAVARRIA IGLESIA, J., *Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Thomson Civitas, Madrid, 2004.

OLIVENCIA RUIZ, M., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, AAVV, (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), Thomson Aranzadi, Madrid, 2004.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *La ejecución de laudos arbitrales*, Bosch, Barcelona, 1996.

- *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000.

ORTEGO PEREZ, F., "La tutela cautelar en el arbitraje", *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de la práctica arbitral según la nueva ley de arbitraje 60/2003*, (AAVV), Instituto Vasco de Derecho Procesal y Arbitraje, San Sebastián, 2005.

ORTELLS RAMOS. M, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990.



- *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*, (junto a CALERÓN CUADRADO, M. P.), Comares, Granada, 1996.

- *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000.

- "Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional", *XVIII Jornadas iberoamericanas y XI uruguayas de derecho procesal*, Uruguay, Septiembre 2002.

ORTSCHEIDT, J., "L'exécution provisoire des sentences arbitrales", *Revue de l'arbitrage*, nº 1, 2004.

PALAO MORENO, G., *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VLAR, S.), Civitas, Madrid.

PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

PARDO IRANZO, V., *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VLAR, S.), Civitas, Madrid.

- "¿Ejecución provisional del laudo?", *Homenaje a Mariano Peset*, AAVV, en prensa.

PAZ LLOVERAS, E., "Reconocimiento y ejecución de laudos dictados en el extranjero", Asociación Española para el Derecho Digital, [http://www.e-global.es/confianza/reconocimiento\\_laudos.doc](http://www.e-global.es/confianza/reconocimiento_laudos.doc).

PAZ-ARES, C., "El comercio electrónico (una breve reflexión de política legislativa)", *Derecho de Internet, Contratación Electrónica y Firma Digital*, AAVV (coords. MATEU DE ROS, R. y CENDOYA MENDEZ DE VIGO J. M.), Aranzadi, Pamplona, 2000.

PEDRAZ PENALVA, E., "El proceso y sus alternativas", *Cuadernos de Derecho Judicial, arbitraje, mediación, conciliación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

PÉREZ MARTÍNEZ, J y FEIJOO GONZÁLEZ, C., Gretel 2000, grupo de Regulación de las Telecomunicaciones, *Convergencia, competencia y regulación en los mercados de las Telecomunicaciones, el audiovisual e Internet*. Colegio oficial de Ingenieros de Telecomunicación, AAVV, (coords. PÉREZ MARTÍNEZ, J. y FEIJOO GONZÁLEZ, C.), Madrid, 2000.

PHILIPPE, M., "Where is everyone going with online dispute resolution (ODR)?", *Revue de Droits des Affaires Internationales*, nº 2, 2002.

- "Netcase: une nouvelle ressource pour l'arbitrage CCI", *La Technologie au service du règlement des différends commerciaux*, Supplément spécial - Bulletin de la CCI, 2004.

PICÓ I JUNOY, J., "El nuevo sistema de notificaciones y plazos en el arbitraje", *Anuario de Justicia Alternativa. Especial Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje*, nº 5, Bosch, Barcelona, 2004.

- *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. MATEO SANZ, J.), Lex Nova, Valladolid, 2004.

- "La prueba pericial en el arbitraje", *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 6, 2005.

PIERANI, M Y RUGGIERO, E., *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversia online*, Cosa & Come, Milan, 2002.

POCH SERRATS, J., "Las medidas cautelares en el arbitraje", Tribunal Arbitral de Barcelona, *Bulletí* nº 7.

PONIEMAN, A., "El impacto de los métodos alternativos de resolución de controversias en los sistemas jurídicos sudamericanos y sus incidencias en los acuerdos de integración", <http://www.iadb.org/mif/v2/speeches/ponieman.html>.

POUDRET, J. F y BESSON, S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Schulthess Médias Juridiques SA, Zurich, 2002.

RAMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los convenios internacionales y su aplicación en España*, EDERSA, Madrid, 1980.

RAMOS MÉNDEZ, F., *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Atelier, Barcelona, 2005.

REBOLLO GONZÁLEZ, J.C., "El sistema convencional en la ejecución de laudos arbitrales extranjeros", *Revista del Poder Judicial*, nº 53, 1999.

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, Madrid, 1991.

RIBAGORDA GARNACHO, A., "Sistemas de certificación. La firma y el certificado digital", *Régimen jurídico de Internet*, AAVV, (coord. CREMADES GARCÍA, J.), La Ley, Madrid, 2002.

RICHARD, S., "Aproximación al sistema de nombres de dominio. Internet en la actualidad", *Quince años de encuentro sobre Informática y Derecho*, AAVV, (coord. DAVARA RODRIGUEZ, M.), Universidad Pontificia de Comillas, tomo II, Madrid, 2002.

ROCA AYMAR, J. L., "Las medidas cautelares en materia de arbitraje internacional: su eficacia según la ley española", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1994.

ROCA MARTINEZ, J. M., *Arbitraje e Instituciones arbitrales*, Bosch, Barcelona, 1992.

RODRÍGUEZ MERINO, A., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. MATEO SANZ, J.), Lex Nova, Valladolid, 2004.

ROSELLÓ MORENO, R., *El Comercio electrónico y la protección de los consumidores*, Cedecs, Barcelona, 2001.

ROSS, G., "ODR Developments en RU", Forum en *Online Dispute Resolution*, Palacio de las Naciones, Ginebra, 30 junio – 1 julio de 2003.

ROTH, M., "Laissez-faire videoconference: remote witness testimony and adversial truth", *UCLA Law Review*, Octubre, 2002.

RUBIO GIMENO, G., "Autorregulación y Marcas de Calidad: códigos de conducta en la Red", Newsletter electrónica nº 5, 19 de diciembre de 2002, disponible en [http://www.e-global.es/confianza/newsletter05\\_2002.htm](http://www.e-global.es/confianza/newsletter05_2002.htm).

RUIZ GIMENEZ, J. A., "El árbitro "escabino": hipótesis de la preceptiva especialización del árbitro como requisito esencial constitutivo de la capacidad para ser o actuar como árbitro en el ámbito de la Ley 36/1998 de arbitraje", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1, 2001.

- "El tratamiento de la excepción de convenio arbitral como declinatoria: de la excepción dilatoria a la declinatoria", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, XIII, Mayo 2001.

RUIZ MORENO, J. M., "Aspectos sobre la impugnabilidad del arbitraje en Derecho español", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1994.

RUIZ JIMENEZ, J. A., "El tratamiento de la excepción de convenio arbitral como declinatoria: de la excepción dilatoria a la declinatoria", *Revista Vasca de Derecho Procesal y arbitraje*, XIII, Mayo 2001.

RULE, C., *Online dispute resolution for business*, Jossey-Bass, San Francisco, 2002.

RULE, C., y VILLAMOR, C., "L'importance du langage dans le règlement en ligne des différends", *La Technologie au service du règlement des différends commerciaux*, Supplément spécial - Bulletin de la CCI, 2004.

SABATER MARTÍN, A., "El *dies a quo* de la firmeza del laudo", *Tribunales de Justicia*, nº 12, diciembre 2001.

SAN FELIPE LOBOS, G., "De abogados a ingenieros: quid pro quo", *Revista SIC (Seguridad en informática y comunicaciones)*, nº 54, abril de 2003.

SANCHIS CRESPO, C., *La prueba por soportes informáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- "Primeras jornadas sobre Comercio Electrónico", 5 y 6 de octubre 2000, Centro Cultural Bancaja, Valencia.

- *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000*, (junto a CHAVELI DONET, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

SANCIÑENA ASURMENDI, C., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. MATEO SANZ, J.), Lex Nova, Valladolid, 2004

SANTOFIMIA BARASTEGUI, C., "Sellado de tiempo (*Time-Stamping*)", *Trabajos de Seguridad en las Redes telemáticas en* <http://asignaturas.diatel.upm.es/seguridad/trabajos/>.

SCHÄFER, E., "La Visioconférence dans l'arbitrage", *Bulletin de la CCI*, vol 14/nº 1, 1<sup>er</sup> semestre 2003

SCHÄFER, E., "Les technologies de l'information dans l'arbitrage: activités du groupe de travail de la CCI", *La Technologie au service du règlement des différends commerciaux*, Supplément spécial - Bulletin de la CCI, 2004.

SCHULTZ, T., KAUFFMANN-KOHLER, G., BONNET, V., y LANGER, D., "Online Dispute Resolution: The State of the art and the issues", E-com research project de la Universidad de Ginebra, Ginebra, Diciembre 2001. <Http://www.online-adr.org>.

SCHULTZ, T., "An essay on the role of government for ODR. Theoretical considerations about the future ODR", *ADROnline Monthly*, Agosto 2003.

- *ODR: Challenges for contemporary justice*, Kluwer Law International (junto a KAUFFMANN-KOHLER, G), Holanda, 2004.

- *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*. Bruylant, Bruselas, pendiente de publicación.

SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, Munich, 1998

SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L, *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, AAVV, (coord. HINOJOSA SEGOVIA, R), Difusión jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2004.

SENÉS MOTILLA, C., "La ejecución forzosa de los laudos arbitrales", *La Ley*, nº 4, 1990.

- "Derechos de la persona en la audición a distancia de testigos en procesos penales", *Revista General Derecho*, nº 643, 1998.

- "Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa", *Colección Ley de Enjuiciamiento civil 2000*, AAVV, (coord. DÍEZ- PICAZO GIMÉNEZ, I.), *La Ley*, Madrid, 2000.

SERRA DOMINGUEZ, M., *Estudios de Derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.

SERRANO ALONSO, E., "El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988", *Actualidad Civil*, nº 8, 20-26 febrero 1989.

SHAH, A., "Using ADR to resolve online disputes", *Richmond Journal of Law and Technology*, Primavera, 2004.

SOLOVAY, N. y REED, C., "The Internet and dispute resolution. Untangling the Web", Law Journal Press, Nueva York, 2003.

STAMPA CASAS, G., "Motivos y propuestas para la reforma de la Ley de arbitraje", *Diario La Ley*, nº 5785, de 21 de mayo de 2003.

SURETTE, R y CLINTON TERRY, W., "Media technology ant the Courts: the case of closed circuit video arraignments", *The Media and Criminal Justice Policy: Recent Research and Social Effects*, Ray Surette ed., Miami, 1990.

TORIBIOS FUENTES, F., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. MATEO SANZ, J.), Lex Nova, Valladolid, 2004.

TRUDEL, P., "La *lex electronica*", *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruselas, 2001.

VAHRENWALD, A., *Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce. Report on legal issues. Part III: Types of Outof- Court Dispute Settlement*. Informe del *Joint Research Center* de la Comisión Europea, 29 mayo 2000, <econfidence.jrc.it>.

VAÑÓ VAÑÓ, M.J., "XML una herramienta al servicio del buen gobierno corporativo", *Revista Aranzadi y Nuevas Tecnologías*, nº 8, julio 2005.

VÁRADY, T., BARCELÓ, J. y VON MEHREN, A. T., *International Commercial arbitration. A Transactional Perspective*, West Group, St. Paul, Minnesota, 1999, p. 470.

VÁZQUEZ QUINTANA, J., "La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el arbitraje", *Actualidad Informática Aranzadi*, octubre 2001.

VELASCO NUÑEZ, E., "La videoconferencia llega a los juzgados", *La Ley*, II, 2002.

VERDERA SERVER, R., *Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Thomson Civitas, Madrid, 2004.

VERDERA Y TUELLS, E., "La elección del lugar y del idioma en el procedimiento arbitral", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1995.

VERGER GRAU, J., "La rebeldía en el arbitraje", *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 2, 2001.

VIDAL FERNÁNDEZ, B., *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje*, AAVV, (coord. MATEO SANZ, J.), Lex Nova, Valladolid, 2004.

VON FREYHOLD, H., GESSNER, V., VIAL, E. L. y WAGNER, H., *The cost of judicial Barriers for consumer in the single market*, Informe de la Comisión Europea, DG Consumer Policy and Consumer Health Protection, Bruselas, 1996.

YAÑEZ VELASCO R., *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, AAVV, (coord. YAÑEZ VELASCO, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

## **Direcciones web de interés**





## **DIRECCIONES WEB DE INTERÉS**

<http://asignaturas.diatel.upm.es>

<http://centros.uv.es>

<http://ecommerce.wipo.int>

<http://econfidence.jrc.it>

<http://enciclopedia.us.es>

<http://europa.eu.int>

<http://europcs.info>

<http://odr.jrc.it>

<http://resolutionforum.org>

<http://us.cryptosoft.de>

<http://vmag.org>

<http://www.uncitral.org>

<http://www.aap.es>

<http://www.abcdelinternet.com>

<http://www.adndrc.org>

<http://www.aece.org>

<http://www.alfa-redi.org>

<http://www.arbforum.com>

<http://www.arbiter.wipo.int>

<http://www.aryme.com>

<http://www.aryme.com>

<http://www.bbonline.com>

<http://www.cambrabcn.es>

<http://www.camera-arbitrale.com>

<http://www.cibertribunalperuano.org>

<http://www.citec.com.au>

<http://www.clicknsettle.com>  
<http://www.clicknsettle.com>  
<http://www.confianzaonline.org>  
<http://www.consumo-inc.es>  
<http://www.cybersettle.com>  
<http://www.eBay.com>  
<http://www.ecodir.org>  
<http://www.e-global.es>  
<http://www.e-mediation.nl>  
<http://www.e-mediator.con.uk>  
<http://www.eneutral.com>  
<http://www.eresolution.org>  
<http://www.feste.com>  
<http://www.iadb.org>  
<http://www.i-courthouse.com>  
<http://www.inter-mediacion.com>  
<http://www.interneutral.com>  
<http://www.iris.sgdg.org/mediation>  
<http://www.jamsadr.com>  
<http://www.law.washington.edu>  
<http://www.legalXML.org>  
<http://www.lexml.de>  
<http://www.maa.net>  
<http://www.mediate.com>  
<http://www.mediation.com.sg>  
<http://www.mediationfirst.com>  
<http://www.mju.es>

<http://www.moneyclaim.gov.uk>  
<http://www.novaforum.com>  
<http://www.nuevarevista.net>  
<http://www.ombuds.org>  
<http://www.online-adr.org>  
<http://www.onlineconfidence.org>  
<http://www.onlinemediators.com>  
<http://www.onlineresolution.com>  
<http://www.onnet.es>  
<http://www.rediris.es>  
<http://www.resolutionforum.org>  
<http://www.resolvenydispute.com>  
<http://www.reuna.cl>  
<http://www.servilex.com>  
<http://www.settleonline.com>  
<http://www.sld.cu>  
<http://www.squaretrade.com>  
<http://www.theclaimroom.com>  
<http://www.uncitral.org>  
<http://www.uv.es>  
<http://www.webmediate.com>  
<http://www.wipo.org>  
<http://www.cpradr.org>  
<http://www.arbitrajeacam.org>  
<http://www.odr.info>  
<http://www.uncitral.org>



# **Jurisprudencia**



## **JURISPRUDENCIA**

### **a) Audiencias provinciales**

SAP Asturias 9 de marzo 1993, (AC 1999/726)

SAP León 14 de junio 1993, (AC 1993/1258)

SAP Málaga 1 de septiembre 1993, (RA 1600)

SAP Cantabria 9 de septiembre 1993, (AC 1993/1601)

SAP Vizcaya 21 de diciembre 1993, (AC 1993/2375)

SAP Vizcaya 21 de diciembre 1993, (RA 2375)

SAP Madrid 1 de julio 1994, (AC 1994/1463)

SAP Asturias 27 de febrero 1995, (AC 1995/203)

SAP Sevilla 27 de junio de 1995, (AC 1995/1106)

SAP Madrid 17 de octubre 1995, (RA 2555)

SAP Palma de Mallorca 13 de noviembre 1995, (AC 1995/2204)

SAP Baleares 4 de febrero 1997, (AC 1997/318)

SAP Valencia 13 de enero 1998, (AC 1998/2638)

SAP Segovia 6 de febrero 1998, (AC 1998/4249)

SAP Castellón 25 de abril 1998, (AC 1998/4465)

SAP Alicante 23 de septiembre 1998, (JUR 1998/ 8790)

SAP Madrid 24 de septiembre 1998, (AC 1998/1805)

SAP Vizcaya 19 de octubre 1998, (AC 1998/2018)

SAP Vizcaya 12 de febrero 1999, (AC 1999/617)

SAP Huelva 17 de mayo 1999, (AC 1999/1385)

SAP Palencia 10 de junio 1999, (AC 1999/1488)

SAP Madrid 15 de julio 1999, (AC 2000/82)

SAP Lérida 3 de septiembre 1999, (AC 1999/1754)

SAP Burgos 27 de septiembre 1999, (AC 1999/6578)

SAP Burgos 7 de octubre 1999, (AC 1999/7745)

SAP Burgos 8 de octubre 1999, (AC 1999/7747)  
AAP Gerona 8 de marzo 2000, (AC 2000/592)  
SAP Madrid 4 de abril 2000, (AC 2000/1776)  
SAP Granada 4 de abril 2000, (AC 2000/4506)  
SAP Barcelona 24 de mayo 2000, (JUR 2000/223881)  
SAP Madrid 26 de mayo 2000, (AC 2000/1993)  
SAP Vizcaya 29 de mayo 2000, (AC 2000/1246)  
SAP Madrid 29 de mayo 2000, (AC 2000/1994)  
SAP Barcelona 20 de julio 2000, (AC 2000/1525)  
SAP Asturias 25 de octubre 2000, (JUR 2000/311844)  
SAP Lugo 2 de noviembre 2000, (JUR 2001/46458)  
SAP Madrid 29 de septiembre 2000, (JUR 2000/312919)  
SAP Zamora 8 de febrero 2001, (AC 2001/231)  
AAP León 6 de marzo 2001, (JUR 2001/169880)  
SAP Palmas 15 marzo de 2001, (JUR 2001/170315)  
SAP Alicante 15 de marzo 2001, (JUR 2001/152730)  
SAP Madrid 12 de marzo 2001, (JUR 2001/158560)  
SAP Burgos 13 de marzo 2001, (JUR 2001/140397)  
SAP Palmas 15 de marzo 2001, (JUR 2001/170315)  
SAP Sevilla 29 de marzo 2001, (JUR 2001/233535)  
AAP Madrid 6 de junio 2001, (AC 2001/1602)  
SAP León 10 de julio 2001, (JUR 2001/287934)  
AAP Madrid 24 de septiembre 2001, (JUR 2002/9293)  
SAP Valencia 2 de octubre 2001, (JUR 2001/7358)  
SAP Valencia 4 de octubre 2001, (JUR 2001/7817)  
SAP Álava 22 de octubre 2001, (JUR 2002/217246)  
SAP Jaén 7 de noviembre 2001, (JUR 2002\19573)



SAP Baleares 28 de enero 2002, (JUR 2002/98428)  
SAP Sevilla 5 de febrero 2002, (JUR 2002/88888)  
SAP Madrid 8 de febrero 2002, (JUR 2002/124743)  
SAP Álava 27 de febrero 2002, (JUR 2002/219663)  
SAP Madrid 1 de marzo 2002, (JUR 2002/132065)  
AAP Córdoba 13 de mayo 2002, (JUR 2002/188085)  
AAP Asturias de 28 de junio 2002, (JUR 2002/251873)  
AAP Madrid 20 de julio 2002, (AC 2003/238)  
SAP Madrid 22 de julio 2002, (JUR 2003/49167)  
SAP Valencia 25 de julio 2002, (JUR 2002/253781)  
SAP Valencia de 27 julio 2002, (JUR 2002/253899)  
AAP Asturias 28 de junio 2002, (JUR 2002/251873)  
AAP Burgos 29 de julio 2002, (JUR 2002/233720)  
SAP Córdoba 13 de septiembre 2002, (JUR 2002/272433)  
SAP Madrid 24 de septiembre 2002, (JUR 2003/22969)  
SAP Vizcaya 25 de septiembre 2002, (JUR 2003/98815)  
SAP Almería 30 de septiembre 2002, (JUR 2002/273930)  
AAP Burgos 10 de octubre 2002, (JUR 2003/17604)  
SAP Alicante 2 diciembre 2002, (ARP 2003/587)  
SAP Murcia 19 de diciembre 2002, (JUR 2003/34628)  
SAP Madrid 30 de diciembre 2002, (JUR 2002/179886)  
SAP Vizcaya 14 de enero 2003, (AC 2003/138)  
SAP Tarragona 28 de enero 2003, (JUR 2003/1202)  
SAP Barcelona 1 de febrero 2003, (JUR 2004/14182)  
SAP Navarra 6 de febrero 2003, (JUR 2003/84464)  
SAP Valencia 19 de febrero 2003, (JUR 2003/94034)  
SAP Madrid 24 de febrero 2003, (JUR 2003/204734)

SAP Navarra 7 de mayo 2003, (JUR 2003/166929)  
SAP Barcelona 16 de mayo 2003, (JUR 2003/254634)  
SAP La Rioja 16 de junio 2003, (JUR 2003/211788)  
SAP Zaragoza 23 de junio 2003, (JUR 2003/190944)  
SAP Barcelona 3 de septiembre 2003, (JUR 2003/257051)  
SAP Lugo 10 de septiembre 2003, (JUR 2004/12021)  
AAP Castellón 11 de septiembre 2003, (JUR 2003/226107)  
SAP Madrid 24 de septiembre 2003, (JUR 2003/22969)  
AAP Barcelona 17 de octubre 2003, (JUR 2003/259572)  
SAP Barcelona 3 de noviembre 2003, (AC 2003/1763)  
SAP Badajoz 2 de diciembre 2003, (JUR 2004/51054)  
SAP Zaragoza 4 de noviembre 2003, (AC 2003/2324)  
SAP Asturias 17 de noviembre 2003, (JUR 2003/277672)  
SAP Santa Cruz de Tenerife 17 de noviembre 2003, (JUR 2004/31296)  
SAP Alicante 2 de diciembre 2003, (ARP 2003/587)  
SAP Asturias 9 de diciembre 2003, (AC 2003/ 1845)  
SAP Jaén 9 de diciembre 2003, (JUR 2004/ 20137)  
SAP Cantabria de 12 de febrero de 2004, (JUR 2004/82622)  
SAP Barcelona 14 de noviembre 2003, (JUR 2004/5079)  
AAP Barcelona de 25 febrero 2004, (JUR 2004/122355)  
AAP Madrid de 8 marzo 2004, (JUR 2004/249396)  
SAP Cáceres 24 de marzo 2004, (AC 2004/768)  
SAP Santa Cruz de Tenerife 26 de marzo 2004, (JUR 2004/135776)  
SAP Navarra 24 de mayo 2004, (JUR 2004/198818)  
SAP Almería 15 de abril 2004, (JUR 2004\152466)  
SAP Jaén 2 de julio 2004, (JUR 2004/257554)  
SAP Jaén 22 de julio 2004, (JUR 2004/256064)

AAP Madrid 7 de septiembre 2004, (JUR 2004/299208)  
SAP Barcelona 15 de septiembre 2004, (JUR 2004/ 307057)  
SAP Murcia 4 de octubre 2004, (JUR 2005/70173)  
AAP Madrid 19 de octubre 2004, (JUR 2005/8168)  
AAP Cáceres 2 de noviembre 2004, (JUR 2004/291123)  
SAP Madrid 29 de noviembre 2004, (JUR 2005/46130)  
AAP Barcelona 20 de diciembre 2004, (JUR 2005/56494)  
AAP Madrid 13 de abril 2005, (JUR 2005/173785)  
SAP Asturias 27 de enero 2005, (JUR 2005/110258)  
SAP La Coruña 27 de enero 2005, (AC 2005/821)  
SAP Guipúzcoa 28 de enero 2005, (AC 2005/254)  
AAP Madrid 28 de febrero 2005, (AC 2005/341)  
SAP Cantabria 3 de marzo 2005, (AC 2005/585)  
AAP Madrid 7 de marzo de 2005, (JUR 2005/87311)  
SAP Madrid de 7 de marzo de 2005, (EDJ 2005/87311)  
AAP Barcelona 21 de marzo 2005, (JUR 2005/111271)  
AAP Madrid 30 de marzo 2005, (JUR 2005/107110)  
SAP Cantabria de 8 de abril de 2005, (AC 2005/490)  
AAP Madrid de 14 de abril 2005, (EDJ 2005/126851)  
SAP Madrid 11 de abril 2005, (JUR 2005/173785)  
AAP Madrid 13 de abril 2005, (JUR 2005/173785)  
SAP Madrid de 14 de abril 2005, (EDJ 2005/126851)  
AAP Madrid 28 de abril 2005, (JUR 2005/122068)  
AAP Madrid 5 de julio 2005, (JUR 2005/185879)  
SAP Vizcaya 25 de septiembre 2005, (JUR 2003/98815)  
AAP Barcelona 20 de diciembre 2005, (JUR 2005/56494)  
SAP Segovia de 6 de febrero, (AC 1998/4249)

SAP Cáceres de 24 de marzo, (AC 2004/768)

**b) Tribunal Supremo**

STS 7 de julio 1944, (RJ 1944/908)

STS 24 de abril 1953, (RJ 1953/926)

STS 13 de mayo 1960, (RJ 1960/1729)

STC 28 de septiembre 1960, (RJ 1960/3149)

STS 28 de octubre 1963, (RJ 1963/4221)

STS 22 de octubre 1969, (RJ 1969/4893)

STS 14 de julio 1971, (RJ 1971/3241)

STS 6 de marzo 1978, (RJ 1978, 766)

STS de 25 de mayo de 1979, (RJ 1979/1894)

STS 13 de abril 1981, (RJ 1981/1538)

STS 25 de octubre 1982, (RJ 1982/5573)

STS 5 de julio 1984, (RJ 1984/4121)

STS 8 de mayo 1986, (RJ 1986/ 2347)

STS 13 de octubre 1986, (RJ 1986/ 5785)

STS 31 de octubre 1986, (RJ 1986/6066)

STS 5 de noviembre 1986, (RJ 1986/ 6208)

STS 15 de diciembre 1987, (RJ 1987/9507)

STS 22 de septiembre 1987, (RJ 1987/6189)

STS 9 de diciembre 1987, (RJ 1987/ 9284)

STS 15 de diciembre 1987, (RJ 1987/9507)

STS 4 de abril 1998, (RJ 1998/3038)

STS 28 de noviembre 1988, (RJ 1988/8716)

STS 4 de julio 1989, (RJ 1989/5296)

STS 20 de noviembre 1989, (RJ 1989/7894)

ATS 20 de diciembre 1990, (RJ 1990/10412)  
STS 14 de julio 1991, (RJ 1971/ 3241)  
STS 5 de febrero 1992, (RJ 1992/ 829)  
STS 7 de septiembre 1994, (RJ 1944/ 908)  
STS 23 de noviembre 1995, (RJ 1995/8433)  
STS 2 de diciembre 1996, (RJ 1996/8939)  
STS 3 de noviembre 1997, (RJ 1997/8251)  
ATS 5 de mayo 1998, (RJ 1999/4296)  
STS 22 de marzo 1999, (RTC 1999/34).  
STS 1 de junio 1999, (RJ 1999/4284)  
STS 12 de junio 1999, (RJ 1999/4735)  
STS 11 de diciembre 1999, (RJ 1999/9018)  
ATS 8 de febrero 2000, (RJ 2000/766)  
STS 11 de abril 2000, (RJ 426/2000)  
ATS 20 de junio 2000, (RJ 2000\4656)  
STC 2 de octubre 2000, (RTC 2000/229).  
STS 5 de octubre 2001, (RJ 2001/9045)  
STS 13 de julio 2001, (RJ 2001/ 5222)  
STS 20 de julio 2001, (RJ 2001/6863)  
STS 5 de octubre 2001, (RJ 2001/9045)  
STS 23 de mayo 2002, (RJ 2002/6420)  
STS 20 de junio de 2002, (RJ 2002/5256)  
STS 18 de octubre de 2002, (RJ 2001/8643)  
STS 6 de febrero 2003, (RJ 2003/850)  
ATS 4 de marzo 2003, (JUR 2003/87950)  
STS 26 de julio 2003, (RJ 2003/5861)  
STS 12 de julio 2004, (RJ 2004/7636)

STS 14 de septiembre 2004, (RJ 2004/5474)

STS 30 de septiembre 2004, (RJ 1994/7141)

STS 2 de marzo 2005, (2005/2724)

ATS 31 de mayo 2005, (JUR 2005/167348)

### **c) Tribunal Constitucional**

STC 24 de Abril de 1953, (RJ 1953/926)

STC 13 de Mayo de 1960, (RJ 1960/1729)

STC 25 de Octubre de 1982, (RJ 1982/5573)

STC 15 de abril 1986, (RTC 1986/43)

STC 15 de diciembre 1987, (RJ 1987/9507)

STC 16 de marzo 1988, (RTC 1988/ 43)

STC 23 de febrero 1989, (RTC 1989/54)

STC 7 de abril 1989, (RTC 1989/65)

STC 6 de noviembre 1989, (RTC 1989/184)

STC 22 de marzo 1991 (RTC 1991/62)

STC 10 de febrero 1992, (RTC1992/14)

STC 16 de noviembre 1992, (RTC 1992/190)

STC 17 de diciembre 1992, (RTC 1992/ 238)

ATC 20 de Julio 1993, (RTC 1993/259)

STC 4 de octubre 1993, (RTC 1993/ 288)

ATC 28 de octubre 1993, (RTC 1993/326)

STC 15 de enero 1996, (RTC 1996/1)

STC 20 de mayo 1996, (RTC 1996/82)

STC 2 de octubre 1997, (RTC 1997/160)

STC 26 de abril 1999, (RTC 1999/65)

STC 5 de diciembre 2002, (RJ 2002/10430)

**d) Tribunal Superior de Justicia**

STSJ Cataluña 4 de marzo 1993, (AC 1994/2846)

STSJ Navarra 30 de noviembre 2001, (RJ 2002/1453)

STSJ Aragón de 28 de noviembre 2003, (RJ 2003/8548)

**e) Juzgados de Primera Instancia**

Auto JPI Asturias 2 de junio 1999 (AC 1999/1071)

**f) Juzgados de lo Mercantil**

Auto JM Madrid 3 de noviembre 2004 (AC 2005/45)









