

VNIVERSITAT E VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo y Procesal
Área de Derecho Procesal

Programa de Doctorado en Derecho, Empresa y Justicia



TESIS DOCTORAL

ANULACION DEL LAUDO ARBITRAL: MOTIVOS

Presentada por:

Manuel Jesús Chuquimia Zeballos

Dirigida por:

Dra. Dra. h.c. Silvia Barona Vilar

Catedrática de Derecho Procesal

Valencia, 2015

AGRADECIMIENTOS

A la Universitat de València, sin cuya cooperación no hubiera sido posible que muchos profesionales de Bolivia y, en particular de Santa Cruz de la Sierra, nos hubiéramos introducido en el apasionante mundo de la investigación.

Al selecto y magnifico grupo de profesores españoles quienes, dejando sus tareas habituales, cruzaron el Atlántico y llegaron para transmitirnos sus sabias enseñanzas y conocimientos.

A mi maestra, amiga y tutora, la Dra. Dra. h.c. Silvia Barona Vilar; quien con sus enseñanzas e impulso ha hecho posible mi participación y culminación en el Programa de Doctorado en Derecho, Empresa y Justicia.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS.....	I
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA PRETENSIÓN PROCESAL ANULATORIA DEL LAUDO ARBITRAL	11
I. LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL PREVISTA EN LA LEY 60/2003, DE ARBITRAJE.....	11
1. Precedentes inmediatos	15
1.1. <i>La Ley de 22 de diciembre de 1953</i>	16
1.2. <i>La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la LEC</i>	17
1.3. <i>La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje</i>	17
2. La clase de pretensión que se ejercita: Pretensión constitutiva	18
3. Profusión conceptual en torno al laudo, materia de la pretensión de anulación	23
3.2. <i>Laudo total y laudo parcial</i>	28
3.3. <i>Laudos que deciden “otras cuestiones”</i>	29
3.4. <i>Laudo impugnabile y laudo inimpugnabile</i>	31
II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN CONTEMPLADA EN LA LEY 60/2003	33
1. El Interés procesal nace de la ley	36
2. La acción origina un proceso donde se ejercita una pretensión anulatoria.....	38
3. Es un proceso de anulación de la validez del laudo	39
III. EL OBJETO DEL PROCESO DE ANULACIÓN.....	42
1. Acerca del concepto y de los componentes del objeto del proceso ..	42

2. El objeto del proceso que se origina en el ejercicio de la acción de anulación que prevé la Ley de Arbitraje.....	46
3. Los elementos constitutivos de la pretensión anulatoria del laudo arbitral.....	47
3.1. <i>El petitum: Objeto inmediato y objeto mediato</i>	48
3.2. <i>La causa petendi, causa de pedir o fundamento de la pretensión</i>	49
1) La causa de pedir en las pretensiones de tutela constitutivas.....	49
2) Hechos constitutivos de la pretensión procesal	50
3) Hechos que identifican la causa de pedir	53
IV. LOS SUJETOS DEL PROCESO ANULATORIO.....	54
1. El órgano jurisdiccional competente	54
1.1. Competencia objetiva	55
1.2. Competencia territorial	56
2. Las partes	58
2.1. Concepto de parte procesal	59
2.2. Requisitos de aptitud para ser parte	60
1) Capacidad	61
2) Postulación	62
3) Gravamen	65
2.3. Legitimación	67
1) Concepto.....	68
2) Legitimación activa	72
3) Legitimación pasiva	79
V. DE LA ACTIVIDAD RELACIONADA CON EL EJERCICIO DE LA PRETENSIÓN ANULATORIA.....	82
1. Presupuestos previos habilitantes para el ejercicio de la acción anulatoria.	82
1.1. <i>La denuncia previa</i>	83

1.2.	Planteamiento de excepciones	85
1.3.	Petición de rectificación por extralimitación parcial del laudo.	86
2.	Cumplimiento del procedimiento especializado	87
2.1.	<i>Cauce procesal</i>	87
2.2.	<i>De la demanda</i>	88
2.3.	<i>De los medios probatorios que deben presentarse junto con la demanda</i>	89
2.4.	<i>Admisión de la demanda</i>	92
2.5.	<i>Actitudes del demandado que ha sido citado con la demanda</i> .	93
	1) <i>Allanarse a la pretensión del actor.</i>	93
	2) <i>Asumir actitud de mera expectativa</i>	94
	3) <i>Contestar oponiéndose a la pretensión del actor.</i>	94
2.6.	<i>De la contestación a la oposición del demandado</i>	95
2.7.	<i>Sentencia</i>	97
3.	Planteamiento de la acción dentro del plazo establecido	100
4.	Invocación expresa de uno o más motivos de anulación	103
	VI. ENUNCIACIÓN DE LOS MOTIVOS DE ANULACIÓN	104
	CAPÍTULO SEGUNDO. ANULACIÓN DEL LAUDO PORQUE EL CONVENIO ARBITRAL NO EXISTE O NO ES VÁLIDO (ARTICULO 41.1.a LA).....	107
I.	EL CONVENIO ARBITRAL	108
1.	Consideraciones Generales	108
2.	Requisitos formales del convenio arbitral.....	110
1.1.	<i>El convenio debe ser escrito</i>	111
1.2.	<i>Convenio como cláusula incorporada a un contrato</i>	113
1.3.	<i>Convenio como acuerdo independiente</i>	116
	1) <i>Documento firmado por las partes</i>	116
	2) <i>Intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios</i>	117
	3) <i>Incorporación de un convenio por remisión</i>	117

4) Intercambio de escritos	117
5) Convenio contenido en soporte electrónico, óptico o de otro tipo	118
2. Requisitos esenciales o de contenido del convenio arbitral.....	119
2.1. Concurrencia de los requisitos de formación de los contratos	119
2.2. Manifestación de voluntad.....	120
2.3. Voluntad de las partes y derechos disponibles.....	120
2.4. La controversia como objeto del convenio	121
3. La relación jurídica como origen de la controversia	122
4. Efectos de la suscripción del convenio arbitral	123
4.1. Efecto positivo	124
4.2. Efecto negativo	125
II. LA OPOSICIÓN DE LAS EXCEPCIONES DE “EXISTENCIA O VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL”: PRESUPUESTO PARA INVOCAR EL MOTIVO	127
1. Momento en que debe presentarse la excepción.....	128
1.1. A más tardar, en el momento de presentar la contestación.....	128
1.2. Con posterioridad a la contestación, si la demora se justifica	129
1.3. Efecto que provoca el no oponer oportunamente la excepción ...	132
2. Impugnación del laudo que resuelve la excepción	135
2.1. Resolución con carácter previo.....	135
2.2. Resolución conjunta con la causa principal.....	136
III. LOS ALCANCES DEL MOTIVO DE ANULACIÓN POR INEXISTENCIA O INVALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL	136
1. Precisiones conceptuales	136
1.1. De la nulidad	136
1) De la nulidad textual	138
2) De la nulidad virtual.....	138

1.2. De la anulabilidad	139
2. Los conceptos de “inexistencia” e “invalidéz” en la Ley de arbitraje	140
3. Algunos específicos motivos de ineficacia del convenio arbitral ...	142
3.1. Inexistencia del convenio	142
3.2. Inexistencia por ausencia de un requisito esencial del convenio	143
3.3. Invalidéz por vicios de los elementos esenciales del convenio	144
3.4. Invalidéz por inobservancia del elemento objetivo del convenio	145
3.5. Invalidéz relacionada con el aspecto formal del convenio	145
3.6. Invalidéz por inobservancia de la condición o plazo al que fue sometido el convenio	146
3.7. La determinación de la validez del convenio por remisión a otras normas	147
4. Efectos que provoca la estimación de la pretensión anulatoria	147
IV.LA CONVALIDACION DE LOS MOTIVOS DE INVALIDEZ	148
1. La convalidación de los motivos de anulabilidad	148
2. La convalidación de los motivos de nulidad	149
V. EL ARBITRAJE INSTITUIDO POR TESTAMENTO.....	152
1. Naturaleza jurídica y características	153
2. Limite subjetivo	154
3. Las “diferencias” relativas a los límites objetivos	155
4. El marco conceptual de donde surge el objeto del arbitraje	156
5. La inexistencia o invalidéz del convenio testamentario.....	156
CAPÍTULO TERCERO. MOTIVOS DE ANULACIÓN RELACIONADOS CON LA ACTIVIDAD DECISORIA DE LOS ÁRBITROS.....	159

I. PRESUPUESTOS PARA INSTAR LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO POR VÍA DE LOS MOTIVOS QUE INVOLUCRAN LA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS	159
1. Oposición de la excepción de exceso de la competencia de los árbitros	160
1.1. <i>Acerca de la incongruencia</i>	161
1.2. <i>Sobre la indisponibilidad de las materias</i>	162
2. La petición de rectificación de la extralimitación parcial del laudo	162
II. ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL POR QUE LOS ÁRBITROS HAN RESUELTO SOBRE CUESTIONES NO SOMETIDAS A SU DECISIÓN (ARTICULO 41.1.c LA).....	164
1. Consideraciones generales.....	164
2. Principio dispositivo: Origen del deber de congruencia.....	166
2.1. <i>Concepto y fundamentos del principio dispositivo</i>	166
2.2. <i>Manifestaciones del principio dispositivo</i>	168
2.3. <i>Limitaciones</i>	169
3. <i>Acerca de la congruencia</i>	170
3.1. <i>Concepto</i>	171
3.2. <i>La concretización de la congruencia en la Ley de Arbitraje.</i>	174
3.3. <i>¿Cuándo debe entenderse cumplido el deber de congruencia? ...</i>	176
4. La incongruencia	179
4.1. <i>Concepto</i>	180
4.2. <i>Modalidades</i>	181
5. La incongruencia en el motivo de anulación	184
5.1. <i>Solo contempla el componente objetivo del proceso</i>	185
5.2. <i>Acerca de “las cuestiones no sometidas a su decisión”</i>	186
5.3. <i>Flexibilización del deber de congruencia en materia arbitral</i>	189

5.4. La falta de exhaustividad o la denominada “incongruencia omisiva”	192
5.5. La llamada “incongruencia por error”	195
6. Efectos de la sentencia que estima la pretensión anulatoria	197
III. ANULACIÓN DEL LAUDO POR HABER RESUELTO SOBRE CUESTIONES NO SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE (ARTÍCULO 41.1.e LA)	197
1. Lo que preveía la Ley 36/1988	198
2. Materias susceptibles de arbitraje conforme a derecho	199
2.1. Acerca de la arbitrabilidad.....	199
1) El contexto de la normativa principista	199
2) La arbitrabilidad en la norma del artículo 41.1.e de la Ley de Arbitraje	201
2.2. La libre disposición conforme a derecho.....	202
2.3. Existencia de controversia	205
3. Acerca de las materias indisponibles o excluidas del arbitraje	207
3.1. Lo que preveía la derogada Ley de Arbitraje 36/1988.....	208
1) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución....	208
2) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición	210
3) Las cuestiones donde debía intervenir el Ministerio Fiscal.....	210
3.2. Lo que prevé la Ley 60/2003, de arbitraje	211
4. Exclusión del arbitraje laboral	215
4.1. Fundamentos de la exclusión	216
4.2. La normativa especializada que rige la materia	217
5. Efectos de la sentencia que estima la pretensión anulatoria	219
IV. ANULACIÓN DEL LAUDO POR INFRACCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO (ARTÍCULO 41.1.f LA).....	219

1.	Opiniones doctrinales acerca del concepto de orden público	220
2.	El orden público, límite de la autonomía de la voluntad	225
3.	La jurisprudencia en torno al orden público	227
3.1.	<i>La interpretación de los límites de los derechos fundamentales ..</i>	228
3.2.	<i>Orden Público, Derechos Fundamentales y libertades públicas .</i>	230
3.3.	<i>La indeterminación del concepto.....</i>	231
3.4.	<i>La anulación del laudo por infracción al orden público implica ingresar a considerar el fondo del pronunciamiento.</i>	233
4.	Precisiones conceptuales delimitadoras del motivo en análisis.....	234
4.1.	Marco conceptual de la acción de anulación como elemento delimitador del concepto de orden público.....	234
4.2.	<i>El orden público material y el orden público procesal</i>	236
4.3.	Derechos, garantías y principios cuya infracción conlleva vulneración del orden público	238
5.	Efectos de la sentencia que estima la pretensión anulatoria	239

**CAPÍTULO CUARTO. MOTIVOS DE ANULACIÓN RELACIONADOS
CON LA INFRACCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL** 241

I. LA ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL POR 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 (ARTÍCULO 41.1.b. LA)..... 241

1.	Ejercicio pleno de los derechos reconocidos a las partes en el proceso arbitral.....	243
1.1.	<i>Consideraciones generales</i>	243
1.2.	<i>Proscripción de la indefensión</i>	245
1.3.	<i>El Derecho de Defensa</i>	248

1.4.	<i>La formulación de la norma y la indefensión que proscribe el motivo en análisis</i>	250
2.	El régimen de comunicaciones y notificaciones	253
2.1.	<i>El concepto de “acto de notificación y comunicación” contenido en el artículo 5 de la Ley de arbitraje</i>	254
2.2.	<i>La normativa relativa a las notificaciones o comunicaciones que contempla la Ley de arbitraje</i>	257
1)	<i>La realización o cumplimiento del acto de comunicación o notificación</i>	257
2)	<i>El computo de los plazos</i>	266
3.	Primer sub motivo: La parte no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro	268
3.1.	<i>Alcances del sub motivo que analizamos</i>	269
1)	Notificaciones	269
2)	Designación de árbitro	270
3.2.	<i>Fundamentos que sustentan este sub motivo de anulación</i>	272
1)	Preautela la Independencia e Imparcialidad del árbitro	272
2)	Identifica la persona del árbitro	275
4.	Segundo sub motivo: Indebida notificación con las actuaciones arbitrales.....	276
4.1.	<i>Concepto de acto procesal</i>	276
4.2.	<i>De las actuaciones arbitrales</i>	277
1)	Procedimiento arbitral establecido por voluntad de las partes ...	278
2)	Procedimiento arbitral supletorio	278
4.3.	<i>Concretización del sub motivo de anulación en la Ley 60/2003, de arbitraje</i>	279
1)	Formas de desarrollar el procedimiento arbitral	279
2)	Identificación de las actuaciones	279

5. Tercer sub motivo: La imposibilidad de la parte de hacer valer sus derechos	282
5.1. <i>Lo que se entiende por imposibilidad de “hacer valer sus derechos”</i>	283
1) <i>En la fase de alegaciones</i>	284
2) <i>Con relación a la actividad probatoria, sea a propuesta de las partes o por iniciativa del árbitro.</i>	284
5.2. <i>Presupuestos para invocar el sub motivo de anulación</i>	285
6. Efectos de la sentencia que estima la pretensión anulatoria	288
II. ANULACIÓN DEL LAUDO PORQUE LA DESIGNACIÓN DE 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 (ARTICULO 41.1.d LA)	288
1. Primer sub motivo: Infracción del procedimiento en la designación de árbitros	289
1.1. <i>Requisitos e incompatibilidades</i>	291
1.2. <i>Nombramiento de árbitros</i>	304
1.3. <i>Posibilidades en las que la designación de árbitros no se ha ajustado al acuerdo de las partes o a la Ley</i>	316
2. Segundo sub motivo: Infracción del Procedimiento arbitral	326
2.1. <i>Sobre el procedimiento arbitral</i>	326
2.2. <i>Lo que debe entenderse por “desajuste” del procedimiento arbitral respecto del acuerdo de partes o del previsto por Ley</i>	330
2.3. <i>En especial, el laudo pronunciado fuera de plazo</i>	337
3. Efectos que produce la sentencia que acoge la pretensión	345
CONCLUSIONES	347
BIBLIOGRAFIA	359

PAGINAS DE INTERNET**367**

ABREVIATURAS

A.P.	Audiencia provincial
AA.PP.	Audiencias provinciales
AA.VV.	Autores varios
AJA	Anuario de Justicia Alternativa
CC	Código Civil
CE	Constitución española
cit.	Citado
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional
Coord.	Coordinador (a)
Coords.	Coordinadores (as)
CV	Comunidad Valenciana
Ed.	Editor
etc.	etcétera
FJ	Fundamento jurídico
LA 36/1988	Ley 36/1988, de arbitraje, de 5 de diciembre
LA	Ley 60/2003, de arbitraje, de 23 de diciembre
LEC	Ley No. 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero
LM	Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MMS	Sistema de mensajería multimedia
Nº.	Número
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SMS	Servicio de Mensaje Corto
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Ult. Cit.	Ultima cita
UNCITRAL	United Nations Commision for the International Trade Law

INTRODUCCIÓN

Uno de los más importantes medios heterocompositivo de solución de controversias que, en paralelo a la jurisdicción ordinaria, los Estados ponen a disposición de los ciudadanos, indudablemente lo constituye el Arbitraje. Esa importancia está reflejada no solo en los alcances de las previsiones legislativas que se adoptan sino, en el recurrente incremento de su utilización, consecuencia de haberse comprobado sus bondades como un sistema rápido y eficaz en la solución de disputas cuya base fundamental, según sabemos, es el principio de autonomía de la voluntad que despliega su efecto negativo al desplazar a la jurisdicción ordinaria cuando, de por medio, se tiene concluido un convenio arbitral.

La realidad española no es ajena a ese contexto por lo que, tomando como base fundamental la Ley 60/2003, de 3 de diciembre, de arbitraje, y sus modificaciones contenidas en la Ley 11/2011, de 20 de mayo, hemos asumido como Tema uno de los aspectos, si se quiere, más controvertidos y que viene suscitando comentarios y opiniones doctrinales y, a la vez, dando lugar a una profusa jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y ahora de las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Nos estamos refiriendo al único medio que el legislador, dentro de un proceso arbitral y sobre la base de motivos tasados, ha diseñado para impugnar un laudo arbitral pronunciado por los árbitros: La acción de anulación del laudo arbitral.

Dentro de ese ámbito hemos seleccionado aquellos específicos motivos previstos en el artículo 41 numeral 1) de la Ley, es decir, aquel elenco tasado de motivos por los cuales un laudo pronunciado por los árbitros puede ser anulado si se verifica la concurrencia de los presupuestos configuradores de dichos motivos. El Tema de la tesis, por ello, gira en torno al análisis del

alcance de cada uno de los motivos establecidos en dicha norma; de ahí el título que se adopta: Anulación del laudo arbitral: Motivos.

Son varias las razones por las cuales se ha decidido trabajar sobre esta temática, de las cuales mencionamos algunas:

- *Los programas de cooperación de la Universidad de Valencia:* Tenemos el convencimiento de que en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra – Bolivia, residencia del doctorando, desde la época en que se ha iniciado la cooperación de la Universidad de Valencia a través de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno de Santa Cruz - Bolivia, principalmente en la implementación de los programas de Maestría, primero, y luego de Doctorado, el espectro jurídico ha sufrido cambios cualitativos; podríamos decir que el escenario jurídico tiene un antes y un después, no solo con relación a materia arbitral, sino al Derecho en general.

La calidad de la enseñanza que impartieron docentes venidos expresamente por vía de la mencionada cooperación, no solo que ha despertado inusitado interés en la formación personal de cada maestrante o doctorando, sino que esa calidad se ha visto reflejada en la actividad cotidiana y ha despertado el interés por la producción literaria investigativa donde se ven plasmados aquellos conocimientos sobre el Derecho. Es un hecho verificable en el día a día por quienes estamos directamente relacionados con la actividad de la administración de justicia.

Uno de esos temas que ha despertado inusitado interés por la naciente inquietud sobre la temática y por el escaso tratamiento doctrinario local ha sido precisamente el arbitraje y, aunque la promulgación de la Ley

1770 de 10 de marzo de 1997, de arbitraje y conciliación de Bolivia¹, significó un especial impulso a esta forma de solución de disputas, consideramos que en nuestra realidad el sistema se encuentra aún en su etapa embrionaria, razón especial que incentiva su estudio desde la óptica de un Juez.

- *La condición de Juez del doctorando*: Hemos tenido la suerte de ser participe en los programas de Maestría y Doctorado, a los que hicimos referencia, en circunstancias en que, el suscrito doctorando, llevaba aproximadamente quince años ejerciendo la función de Juez en materia civil. Hacemos esta especial referencia por cuanto, la Ley No. 1770, de 10 de marzo de 1997, de Arbitraje y Conciliación de Bolivia, prevé que son los Jueces de Partido en Materia Civil Comercial los competentes para conocer los casos de “auxilio judicial” que prevé dicha Ley; son los denominados casos de “intervención judicial” que prevé el artículo 7 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje española.

Podríamos decir que, en materia arbitral, a salvo de ciertos ensayos, artículos y seminarios promovidos principalmente por una institución

¹ La Ley No.1770, de 10 de marzo de 1997, de Arbitraje y Conciliación, es la que en la actualidad se encuentra vigente en Bolivia. Tiene como precedente el derogado Título V del Libro IV del Código de Procedimiento Civil en el cual se encontraban previstos los denominados Procesos Arbitrales; dicha normativa establecía una diferenciación clara del tratamiento del arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad, a los cuales los identificaba como “Proceso Arbitral de Derecho” y “Juicio de arbitadores o amigables componedores”, respectivamente. El Código de Procedimiento Civil boliviano al que hacemos referencia, ha sido aprobado y promulgado por Decreto Ley No.12760 de 7 de agosto de 1.975 y se encuentra vigente a partir del 2 de abril de 1.976, el cual ha sido elevado a rango de Ley por el art.1º de la Ley 1760 de 28 de febrero de 1.997. El referido CPC, ha sido derogado en lo que respecta al Título V del Libro IV mediante el art.98 de la Ley No.1770, de 10 de marzo de 1997, de Arbitraje y Conciliación. Diremos aquí también que, en el momento de conclusión de este trabajo, en Bolivia se tiene promulgada la Ley 439 de 19 de noviembre de 2013 que contiene el nuevo Código Procesal Civil cuya vigencia plena estaba prevista inicialmente para el 6 de agosto del 2014 pero que, debido a diversos motivos, se postergó la misma hasta el 6 de agosto de 2015, aunque parte del mismo viene aplicándose anticipadamente por virtud de la propia Ley.

administradora de arbitraje del medio, los estudiosos del derecho no se habían preocupado por este sistema de solución de controversias, hoy la situación va cambiando. Confieso que en su momento no pasó por mi mente dedicarme al estudio del arbitraje pues, como se comprenderá, gráficamente resulta ser la “vereda del frente” de la jurisdicción ordinaria de la cual soy parte ya por mucho tiempo, por lo mismo, lo consideraba un tema intrascendente para el oficio al cual ya le había dedicado parte de mi vida. Cuán errada resultó esa mi primera impresión pues, precisamente resultó mucho más apasionante escudriñar sobre lo que poco o nada se había escrito, me refiero a la Ley de arbitraje boliviana.

Mi condición de Juez en Materia Civil Comercial cuya competencia, entre otros, es el de conocer los asuntos relacionados con las materias de “auxilio judicial” que la Ley de arbitraje boliviana prevé, resultó, a la postre, el principal aliciente para dedicarme a la investigación, principalmente, del único medio de impugnación del laudo pronunciado por los árbitros. Y que mejor oportunidad para profundizar los conocimientos sobre esta materia, que elaborar esta tesis sobre la base de la Ley de arbitraje española vigente, la cual, con ciertas variaciones, contempla los mismos motivos de anulación de la Ley boliviana.

- *El “recurso” de anulación en la abrogada Ley de arbitraje española y en la vigente Ley de arbitraje boliviana:* Uno de los aspectos de coincidencia entre la abrogada Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje española, y la Ley 1770, de 10 de marzo de 1997, de Arbitraje boliviana, aún vigente, ha sido precisamente la formulación del único medio de impugnación del laudo arbitral con la denominación de “recurso”: En la abrogada ley española lo encontramos en los artículos 45 al 51 y, en la Ley boliviana lo encontramos en los artículos 62 al 67, aunque su tratamiento procesal difiere en gran medida pues, en aquella

se ingresaba directamente con el escrito presentado ante la Audiencia Provincial, en tanto que, en la Ley boliviana se prevé un tratamiento *sui generis* asignándole competencia a los árbitros, que han pronunciado el laudo impugnado, para conocer del escrito del “recurso”, su admisibilidad y, en su caso, la “concesión del recurso” ante el Juez de Partido en Materia Civil Comercial.

La forma en que ha sido concebido el único medio de impugnación en la Ley española abrogada, dio lugar a que la doctrina se pronunciara cuestionando la normativa y concluyendo que, en los hechos, de lo que se trataba era de una verdadera acción de anulación del laudo arbitral basado en motivos tasados; el legislador de la Ley 60/2003, asume esa posición.

No ocurre lo mismo con la Ley boliviana pues ésta no ha sufrido modificaciones hasta el momento. Esa híbrida forma del tratamiento procesal del denominado “recurso de anulación” aún se mantiene vigente y, en no pocas situaciones, se ha podido advertir que son los propios árbitros quienes, basados en las facultades que la Ley prevé, han llegado incluso a inadmitir el “recurso” y, consecuencia de ello, se habilita el cauce de la compulsa como si en realidad se tratara de un recurso en sede judicial.

Estamos entonces ante la presencia de una concepción superada por la legislación española y, por ello, resultan relevantes los estudios que demuestran que, el denominado “recurso” no es tal y que, más bien, resulta ser una verdadera acción de anulación, situación ésta que debe replicarse en la legislación boliviana; por lo pronto, no dudamos que el análisis que aquí iremos desarrollando en el curso de este trabajo, aun no siendo la temática central el “tratamiento procesal”, tendrá sus repercusiones en nuestra realidad.

El estudio de cada uno de los motivos que contempla la Ley 60/2003 y sus modificaciones pertinentes contenidas en la Ley 11/2011, objetivo central de este trabajo, tiene por finalidad describir los alcances de cada uno de ellos, concretamente, determinar cuáles son las principales variables que se presentan en cada uno de los motivos; delimitar los sub motivos que los componen y establecer los presupuestos que la Ley prevé para su configuración y que sirva como fundamento para que el laudo pronunciado por los árbitros pueda ser anulado. Dada la importancia que viene adquiriendo esta forma de solución extrajudicial de conflictos a partir de la nueva normativa y que, en palabras del Preámbulo de la Ley 11/2011 “ha supuesto un avance cualitativo de entidad en la regulación de esta institución, estableciendo un nuevo marco para el arbitraje interno e internacional...”, consideramos un aporte el establecer sistemáticamente los alcances de los referidos motivos de anulación.

Si bien el trabajo se centra en el análisis de la normativa española y solo en consideración al arbitraje interno, no se ingresa a un análisis comparativo con la legislación boliviana, sin embargo los objetivos tienen directa relación con la realidad de dicha normativa en materia de anulación del laudo arbitral. Esta afirmación tiene sustento en el breve análisis comparativo que hicimos anteriormente, principalmente, nos estamos refiriendo al elenco de motivos de anulación del laudo que, tanto la normativa española como la boliviana, adoptan para sí los lineamientos generales de la Ley Modelo UNCITRAL. Dicho en palabras más simples; al estudiar los motivos de anulación que prevé la Ley 60/2003, de Arbitraje española, también estamos estudiando los motivos que prevé la Ley 1770/1997², de Arbitraje boliviana; claro está, tomando en

² En el artículo 63 de la Ley 1770, de 10 de marzo de 1997, de Arbitraje y Conciliación de Bolivia, se especifican los motivos de anulación: “*Artículo 63.- Causales de anulación. I. La autoridad judicial competente anulará el laudo arbitral, por las siguientes causales: 1. Materia no arbitrable. 2. Laudo arbitral contrario al orden público. II. La autoridad judicial competente también podrá anular el laudo cuando la parte recurrente pruebe cualquiera de las siguientes causales: 1. Existencia de los casos de nulidad o anulabilidad del convenio arbitral, conforme a normas del Código Civil. 2. Falta de notificación con la designación de*

cuenta la importancia que hoy reviste la doctrina y jurisprudencia española desarrollada sobre la temática y que enriquece mucho más el conocimiento de este instituto del derecho arbitral como mecanismo de cierre a cargo de un Juez de Partido en Materia Civil Comercial según la legislación boliviana.

Debemos agregar también que, la importancia del estudio y delimitación de los motivos de anulación, tiene relación con la naturaleza misma del arbitraje, es decir, con aquella finalidad de que las controversias sometidas a este sistema de solución de disputas, se desenvuelva en un plano de objetividad y agilidad, desechando la utilización del único medio de impugnación como un mecanismo dilatorio o como un medio para impedir la ejecución de laudo pronunciado; precisados los alcances de los motivos, las opciones del mal uso de la pretensión anulatoria se ven reducidos.

Dada la naturaleza de nuestro análisis -investigación jurídica- se ha recurrido al método dogmático; en ese sentido, partiendo de un análisis exegético de las normas relativas a los motivos de anulación del laudo arbitral, pasando por una crítica de las mismas basado en la lógica jurídica, se concluye en una sistematización donde se asigna, a cada una de esas normas, el sentido y alcances que le corresponde. Se analizan casos jurisprudenciales concretos donde se ha tenido la oportunidad de aplicar la normativa que nos ocupa, de manera tal que, los preceptos relativos a la temática, los hemos trasladado a la realidad concreta como fuente del conocimiento científico.

El trabajo estructuralmente está dividido en Capítulos, el primero de los cuales contempla unas iniciales consideraciones generales en torno a la acción de anulación, su naturaleza y componentes del proceso anulatorio, es decir, el

un árbitro o con las actuaciones arbitrales. 3. Imposibilidad de ejercer el derecho de defensa. 4. Referencia del laudo a una controversia no prevista en el convenio arbitral o inclusión en el mismo de decisiones y materias que exceden el referido convenio arbitral, previa separación de las cuestiones sometidas a arbitraje y no sancionadas con anulación. 5. Composición irregular del Tribunal Arbitral. 6. Desarrollo viciado del procedimiento, que vulneren lo pactado, lo establecido en el reglamento adoptado o lo prescrito en la presente ley. 7. Emisión del laudo fuera del plazo previsto por el artículo 55 parágrafo I de la presente Ley”.

objeto, los sujetos y la actividad que se despliega en el ejercicio de la pretensión anulatoria. Con ello se pretende establecer un marco general en torno al cual se mueven las distintas variables que componen cada motivo de anulación.

En el análisis de cada uno de los motivos de anulación, no se sigue la sistemática de la Ley, más bien se los sistematiza y se los agrupa tomando en cuenta la variable principal de cada uno de ellos:

El motivo previsto en el artículo 41.1.a) de la Ley de Arbitraje, es decir, “*que el convenio arbitral no existe o no es válido*”, está dominado por una sola variable: el convenio arbitral. La finalidad de este Capítulo II es el establecer cuándo es inexistente y cuando es ineficaz el convenio.

En el Capítulo III, agrupamos a aquellos motivos cuya común y esencial variable es la actividad decisoria del o de los árbitros; aquí incluimos los motivos previstos en los literales c), e) y f) del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje.

Como se tendrá oportunidad de ver, en estos motivos es la decisión del juez el tema en común y que se traduce en el pronunciamiento del laudo sobre cuestiones respecto de las cuales las partes no les han autorizado ni vía convenio ni vía alegaciones; o que esa decisión está afectada por la inarbitrabilidad de la cuestión; o que, en su actividad decisoria, se ha incurrido en infracción de algún derecho fundamental con afectación del orden público.

En el Capítulo IV incluimos dos motivos en los cuales encontramos coincidencia por cuanto en ellos se trata de precautelar que, en el desarrollo del procedimiento arbitral adoptado, se cumpla el acuerdo de las partes y las normas de la Ley de Arbitraje. Concretamente nos estamos refiriendo a los motivos previstos en los literales b) y d) del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje. Aquí, es el desarrollo del procedimiento el que se encuentra en entredicho, ya porque los actos de comunicación no se han cumplido

debidamente o ya porque el sistema del proceso de designación de árbitros o el mismo procedimiento arbitral adoptado, tampoco se ha cumplido.

Las conclusiones que al final se exponen, no pueden ser ajenas al contenido y análisis del desarrollo del trabajo; constituyen un compendio sintético de lo tratado respecto a cada uno de los motivos de anulación. En ellas, el doctorando ha tratado de reflejar una idea precisa de lo que ha sido el desarrollo de la temática y los resultados concretos que se han obtenido.

En suma, consideramos que el trabajo constituye un instrumento de apoyo que permite el ejercicio del control jurisdiccional a través de la determinación correcta de los alcances de cada uno de los motivos de anulación, lo cual se traduce en el control de la validez y eficacia del convenio; la arbitrabilidad de la materia y, por ende, de la controversia; la situación de los sujetos que intervienen; el cumplimiento del procedimiento pactado o el que la Ley establece y la actividad decisoria de los árbitros.

Manuel Jesús Chuquimia Zeballos

CAPÍTULO PRIMERO. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA PRETENSIÓN PROCESAL ANULATORIA DEL LAUDO ARBITRAL

Es necesario tener una visión general de lo que el legislador ha tomado en cuenta para establecer el control jurisdiccional del arbitraje; aquí nos vamos a referir a aquellos aspectos relacionados con una de las modalidades de control -que resulta el tema de este trabajo- como lo es la acción de anulación prevista en la Ley 60/2003, de arbitraje, de 23 de diciembre (LA), en concreto, aquellos precedentes inmediatos, lo que se debe entender por la acción de anulación, las resoluciones susceptibles de la acción y la profusión terminológica utilizada por el legislador arbitral relacionada con los elementos que hacen a la impugnación que aquí analizamos y, además, a aquellos elementos que hacen la pretensión procesal anulatoria.

I. LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL PREVISTA EN LA LEY 60/2003, DE ARBITRAJE

La Ley No.60/2003, de 23 de diciembre, ha despertado muchas expectativas por todo cuanto se venía analizando con relación a su precedente la Ley No.36/1988, de 5 de diciembre. En efecto, no otra cosa puede significar los inmediatos comentarios que tenemos al alcance respecto de esa nueva ley, fruto principalmente de la permanente preocupación del cómo se venían dando los acontecimientos emergentes de los nuevos avances tecnológicos, las opiniones doctrinarias y los fallos jurisprudenciales los cuales, indudablemente han influido decididamente en el ánimo del legislador.

Un elemento decisivo en la configuración de la nueva LA es el hecho de que el legislador asume -y así lo declara en la exposición de motivos- la

notable influencia de la Ley Modelo (LM) de la CNUDMI³ -UNCITRAL⁴, iniciales en inglés- sobre arbitraje comercial internacional que fuera aprobada por la CNUDMI el 21 de junio de 1985, al finalizar el 18 periodo anual de sesiones. La Asamblea en su resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, recomendó que todos los Estados examinaran debidamente la LM, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional. Se pretendía con ello que la LM fuera la base de las leyes de arbitraje de los diferentes Estados miembros y la Ley de arbitraje lo toma como fundamental referencia al tiempo que introduce sustanciales cambios con relación a su precedente.

Sobre el particular, es la propia Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje la que se encarga de identificar sus inspiraciones e innovaciones que pueden resumirse en las siguientes:

1°. Sostiene que la Ley encarna esa sensibilidad que ha demostrado España sobre la necesidad de armonización de las normas en materia de arbitraje.

2°. Sostiene que el principal criterio inspirador del régimen arbitral español es la Ley Modelo elaborada por la CNUDMI, de 21 de junio de 1985.

3°. Sigue las recomendaciones de las Naciones Unidas en el sentido de que adopta como base la LM y toma en cuenta, además, los trabajos de la CNUDMI con el objeto de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral.

4°. Su redacción facilita su difusión entre operadores pertenecientes a áreas económicas con las que España mantiene relaciones comerciales con miras a obtener mayor certidumbre, de dichas áreas, sobre el contenido del

³ CNUDMI, corresponde a las iniciales de: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

⁴ UNCITRAL: United Nations Commission for the International Trade Law.

régimen del arbitraje adoptado y, por ende, impulsar los convenios arbitrales con sede en España.

5°. Respecto del control judicial del arbitraje, la Exposición de Motivos ya nos aclara que se evita la expresión “recurso” para identificar la acción de anulación como un proceso de impugnación de la validez del laudo, manteniéndose un elenco de motivos tasados y adoptándose un procedimiento ágil como lo son los cauces del juicio verbal.

Sobre esa base, la doctrina⁵ ha venido destacando los cambios producidos y las características de la Ley de Arbitraje, entre las que podemos mencionar:

1°. Queda en evidencia la supremacía del principio de la autonomía de la voluntad, principalmente en lo concerniente al convenio arbitral y al procedimiento lo que, en esencia, constituye una opción menos formalista.

2°. Unifica los dos regímenes optando por la corriente monista, dando un régimen común al arbitraje interno y al arbitraje internacional, frente a la opción dualista que prevé tratamiento normativo distinto para los referidos arbitrajes.

3°. Favorece el arbitraje comercial internacional aunque su normativa es válida para la mayoría de los casos del arbitraje interno que no tengan regulación especial.

4°. A diferencia de LA 36/1988 donde prevalecía el arbitraje en equidad, se opta por dar preferencia al arbitraje de derecho en defecto del acuerdo de partes.

5°. Integración de las nuevas tecnologías, por ejemplo, en el sistema de notificaciones o en la acreditación del convenio arbitral.

⁵Entre otros podemos mencionar: BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Ed. Thomson – Civitas, 1º edición, Madrid, 2004, pp. 67 – 73; PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, Ed. Thomson – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 61 – 67; CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés: *El Procedimiento Arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje)*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004, pp. 28 – 30.

6°. Establece un elenco de supuestos de intervención judicial, aunque ello no debe suponer un *numerus clausus*.

7°. Adopción de las medidas cautelares por los árbitros, aunque su ejecución siempre es competencia del ámbito jurisdiccional.

8°. Respecto de los árbitros, se establece una sucesión de posibilidades para su designación, a quienes se permite el control de su propia competencia como actuación pre arbitral.

9°. Permite la ejecución del laudo pronunciado en tanto se encuentre pendiente la acción de anulación.

Ese cúmulo de innovaciones no obedece única y simplemente al hecho de seguir los lineamientos de la LM, sino que más bien es el resultado sincrético de un conjunto de acontecimientos que, además de la referida ley, lo constituyen, por ejemplo, las modificaciones que se habían producido ya en la LEC 1/2000 y que tienen que ver con el sistema de arbitraje, entre ellas: Por virtud del artículo 63 LEC el arbitraje dejó de ser una excepción procesal para quedar equiparado a un supuesto de falta de jurisdicción que puede hacerse valer a través de la declinatoria; El hecho de que se permita en el arbitraje la posibilidad de adoptar medidas cautelares según señala el artículo 722 LEC y, además, la equiparación que se hace del laudo firme a la sentencia judicial firme y su calidad de título ejecutivo, lo que prevé el artículo 517 LEC⁶.

Vigente a partir del 10 de junio de 2011, con la Ley 11/2011⁷, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, se pretende contribuir al fomento de los

⁶ ALVAREZ SANCHEZ DE MOVELLAN, Pedro: “Algunas Cuestiones sobre la Anulación Judicial del Laudo en la Ley 60/2003, de arbitraje”, Diario La Ley, Año XXV, No.6108, 18 de octubre de 2004, pp. 1- 2.

⁷ La Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, ha sido publicada el 21 de mayo de 2011 y ha entrado en vigencia a partir del 10 de junio de 2011 cuenta con un único artículo: Con relación a LA: Añade art.11.bis, art.11.ter, art.14.3, art.17.4 y art. 21.1.2; Da nueva redacción al art.8.1, art.8.4, art.8.5, art.8.6, art.11.1, art.14.1.a, art.15.1, art.15.7, art.28.1, art.37.2, art.37.3, art.37.4, art.39.1, art.39.2, art.39.4, art.42.1, art.43; da nueva redacción a la denominación art.39. Con relación a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley

medios alternativos de solución de conflictos, entre ellos, el arbitraje. Esta ley, en su artículo único, entre otros, modifica la Ley 60/2003 que, como se dice en el Preámbulo, se ha mostrado mejorable.

La mencionada Ley 11/2011, en lo que concierne a la Ley 60/2003, establece una reasignación de las funciones judiciales de apoyo al arbitraje; regula la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que surjan en el ámbito de las sociedades de capital y se incluyen modificaciones con el objetivo de potenciar la capacidad y responsabilidad de los árbitros y las propias instituciones arbitrales e incrementar la seguridad jurídica. Por otra parte, modifica la competencia para el conocimiento de la tramitación de la acción de anulación y el exequátur de los laudos extranjeros atribuyendo tal competencia a las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad, manteniendo la competencia de los Tribunales de Primera Instancia para la ejecución.

A todo lo anterior no cabe duda que también ha contribuido significativamente la invalorable opinión de la doctrina y de la jurisprudencia que con mucha anticipación ya había dado las pautas, con base en el análisis y en las críticas a la LA 36/1988, respecto de las lagunas y deficiencias de dicha Ley que tornaban en imperiosa la necesidad de una reformulación del sistema de arbitraje español que, como tenemos expuesto, han desencadenado ahora en la Ley 60/2003, de arbitraje, y en sus reformas introducidas por la Ley 11/2011.

1. Precedentes inmediatos

Aquí veremos aquellos precedentes que podemos considerar los más relevantes y porque son los inmediatos referentes de los medios de

Concursal: Da nueva redacción al art.8.4 y art.52.1. Respecto de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC): Da nueva redacción al art.722.1. Con relación al RD de 3 de febrero 1881, Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil: Da nueva redacción al art.955.

impugnación de un laudo que prevé la Ley de Arbitraje, aclarando que sólo nos vamos a referir a aquella impugnación que tiende a invalidar la eficacia del laudo pronunciado dentro de un procedimiento arbitral.

1.1. La Ley de 22 de diciembre de 1953

En materia de impugnación del laudo, nos parece importante partir del análisis de la promulgación de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953 cuya virtualidad principal fue la de derogar toda la normativa que, en materia de arbitraje, se encontraba vigente.

Los aspectos más importantes de dicha Ley se resumen en lo siguiente:

1°. Fusiona los dos tipos de arbitraje que existían hasta ese momento, es decir, el arbitraje estricto y la amigable composición.

2°. Mantiene vigente la distinción entre arbitraje de derecho y arbitraje de equidad.

3°. Suprime el recurso de apelación contra los laudos arbitrales de Derecho por considerar al arbitraje una institución desligada de la jurisdicción ordinaria.

4°. Admite la posibilidad de plantear, contra el laudo pronunciado en arbitraje de derecho, el recurso de casación por los motivos ordinarios y por medio del procedimiento común ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

5°. En el arbitraje de equidad no se admite la posibilidad de plantear ningún recurso ordinario.

6°. Para el arbitraje en equidad sólo se admite la posibilidad de plantear recurso de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo con base en los motivos previstos en la LEC vigente.

1.2. La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la LEC

Como sostiene BARONA VILAR⁸, surgieron muchos problemas en la aplicación de la Ley de Arbitraje de 1953, principalmente derivados de la falta de desarrollo de la regulación arbitral con remisión al proceso civil; la ausencia de seguridad jurídica derivada del vacío legal que daba lugar a interpretaciones diversas; la dificultad procedimental de aplicación de las normas del recurso de casación en la forma cuando se trataba de vicios procedimentales producidos en el arbitraje, todos los cuales se trataron de paliar a través de la Ley 34/1984, la que, en materia de impugnación del laudo se resumía a lo siguiente:

- 1°. Modifica el recurso de casación en lo concerniente a la unificación del tratamiento de los recursos por infracción de ley y por quebrantamiento de forma.
- 2°. Mantiene la vigencia de la Ley de Arbitraje de 1953, acogiendo la anterior reforma respecto de la impugnación de los laudos de derecho.
- 3°. Se admite la posibilidad de plantear recurso de casación contra el laudo pronunciado en arbitraje de derecho ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.
- 4°. En cuanto al arbitraje en equidad, se admitió la posibilidad de plantear, contra el laudo dictado, la nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo por los motivos señalados en el artículo 1733 LEC.
- 5°. Se negaba la posibilidad de corregir deficiencias de la decisión de los árbitros y el examen de fondo del asunto en los arbitrajes en equidad.

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

Con la Ley 36/1988 se modifica sustancialmente el sistema de control del arbitraje que existía en la Ley de 1953 y su modificación introducida en

⁸ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1º edición, cit., p. 1335.

la Ley 34/1984, específicamente, se desecha la posibilidad de plantear la doble modalidad de impugnación ya si se trata de arbitraje de derecho o ya de arbitraje de equidad.

Las modificaciones introducidas se resumen en las siguientes:

1°. Implementó un sistema unificado de impugnación en un solo “recurso”, desechando la dualidad del control que existía cuando se trataba de arbitraje en derecho o arbitraje en equidad.

2°. Se establece un elenco tasado de motivos de anulación en los cuales necesariamente debe sustentarse el “recurso”.

3°. Se estableció un único procedimiento para el tratamiento del recurso por ante la AP.

4°. Descarta toda posibilidad del control de fondo de lo decidido en el laudo.

5°. El sentido del control del arbitraje quedo resumido en la garantía de que, el inicio, desarrollo y término del procedimiento arbitral, fuere adecuado a lo prescrito legalmente y que el laudo pronunciado no sea contrario al orden público.

Sobre este “recurso” la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de demostrar que dicha denominación no era coincidente con la naturaleza jurídica de esa modalidad de control del arbitraje y que, más bien, se trataba de una verdadera acción de anulación, opiniones que, como dijimos, consideramos que fueron gravitantes a la hora de concebir la nueva modalidad de control del sistema de arbitraje en la Ley 60/2003.

2. La clase de pretensión que se ejercita: Pretensión constitutiva

En torno a la naturaleza de la acción de anulación veremos que la misma origina un nuevo proceso donde se ejercita una pretensión y, teniendo en cuenta su carácter extraordinario, se hace necesario precisar la clase de

pretensión que se ejercita, concretamente, trataremos de establecer la clase de resolución que se obtiene en el supuesto de acogerse la pretensión.

Si la pretensión procesal es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración, esa declaración de voluntad variará según la naturaleza de la actuación que se persigue, así, podrá ser una pretensión de conocimiento o de ejecución⁹.

Las pretensiones de cognición -nos interesa éstas por la naturaleza de la acción de anulación-, son aquellas en las que se solicita del juez el pronunciamiento de una declaración de voluntad que recibe el nombre de sentencia y, dentro de las cuales se distinguen¹⁰:

1°. Pretensión declarativa: A través de la cual se busca la certeza de una situación jurídica ya existente con anterioridad a la decisión que se traduce en la simple declaración de esa situación jurídica. Estas pueden ser positivas o negativas.

2°. Pretensión constitutiva: Se persigue del juez la creación, modificación o extinción de una situación jurídica. En este caso, la manifestación de voluntad que se traduce en el pronunciamiento de la sentencia, deberá producir un estado jurídico, que antes no existía, en la situación o conjunto de situaciones a las cuales la pretensión se refiere.

⁹ GUASP DELGADO, Jaime, ARAGONESES, Pedro: *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 242 - 243. Partiendo de la definición sobre la pretensión, distinguen tres componentes: a) La pretensión es una declaración de voluntad, no de ciencia ni de sentimiento; se expresa lo que se quiere, no lo que se sabe o se siente. Aclara que esa declaración de voluntad no es afín a la de un negocio jurídico, sino más bien es una declaración petitoria. La significación jurídica de la pretensión la proporciona la referencia que en ella se contiene al derecho, por sostener su autor que lo reclamado coincide con lo establecido en el ordenamiento jurídico. b) Se reclama en la pretensión una cierta actuación del órgano jurisdiccional, especificada por el pretendiente, la que queda satisfecha procesalmente tanto si es efectivamente actuada como si, por las razones que se den, se rechaza su actuación. c) Siempre debe interponerse frente a persona determinada y distinta del autor de la reclamación, lo contrario, no correspondería dar el tratamiento procesal adecuado.

¹⁰ Ult. Cit.: pp. 244 - 245.

3°. Pretensión de condena: Se reclama del juez la imposición de una situación jurídica al sujeto pasivo de la pretensión, donde el objeto de la obligación siempre es una prestación.

En el ámbito de la LEC se distinguen las diferentes clases de tutela jurisdiccional, entre las que sobresalen las de condena, la declarativa y la constitutiva.

Comentando el artículo 5 LEC¹¹, MORENO CATENA¹² sostiene que éstas son las que se encuadran en la categoría de las pretensiones de cognición cuya característica común es que con las mismas se solicita del tribunal un conocimiento del objeto del proceso en primera instancia o en fase de recurso que le permita realizar un pronunciamiento de contenido variable que ponga fin al conflicto entre las partes.

El pronunciamiento en las tutelas meramente declarativas tiene por objeto la declaratoria de la existencia o inexistencia de un derecho o de una concreta relación jurídica y cuya finalidad es la de obtener certeza frente a situaciones jurídicamente discutidas.

En las de condena se busca dar certidumbre a un derecho o situación jurídica y además se busca la condena de la contraparte para obtener la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer.

En la tutela constitutiva se pretende obtener una modificación en una realidad jurídica existente ya mediante la constitución, ya por la modificación o ya por la extinción de un derecho, de una situación o una realidad jurídica. Estas, crean un derecho donde antes no lo había, modifican una situación jurídica o extinguen una relación jurídica antes existente.

¹¹ El artículo 5 LEC dice: “Artículo 5. Clases de tutela jurisdiccional. I. Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley”.

¹² MORENO CATENA, Víctor: “De la comparecencia y actuación en juicio”, en AA.VV., *El Proceso Civil*, volumen I, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2001, pp. 51 – 53.

Respecto de estas últimas, ORTELLS RAMOS¹³ hace una específica referencia a la modalidad extintiva de la tutela constitutiva y afirma que en ésta el cambio consiste en la extinción o terminación de una situación jurídica existente, dentro de las cuales existen supuestos de situaciones jurídicas de naturaleza procesal como es el caso de la revisión de la sentencia firme que elimina el límite puesto por la cosa juzgada a la potestad de resolución del órgano jurisdiccional sobre un caso concreto.

Sobre la base de los conceptos brevemente expuestos, a continuación vamos a exponer ciertas precisiones relacionadas con la especial forma en que ha sido concebida la acción de anulación, análisis del cual llegaremos a la conclusión respecto de la naturaleza de la resolución que se pronuncia:

1°. De entrada debe dejarse en claro que la resolución pronunciada no está en la categoría de las de condena, por cuanto, esta clase de pretensión persigue el pronunciamiento de una resolución que obligue al demandado a cumplir con una determinada prestación, sea de dar, hacer o no hacer. Así, queda por dilucidar si la clase de resolución se trata de una resolución merodeclarativa o constitutiva.

2°. El proceso arbitral y, en general, el arbitraje respecto de un caso concreto, tiene su punto culminante en el pronunciamiento del laudo. Como tal éste puede consistir en una resolución de condena, declarativa o constitutiva. En cualquier caso, el laudo pronunciado da certeza a una situación jurídica ya existente, obliga al cumplimiento de una prestación o crea una determinada situación jurídica donde antes no lo había.

3°. Ese derecho o esa relación o situación jurídica nacida a raíz del pronunciamiento del laudo, a la vez, por virtud de la acción de anulación que contempla la Ley de Arbitraje, es susceptible de ser sometido a un nuevo pronunciamiento que determinará su validez o invalidez, no únicamente del

¹³ ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho Procesal Civil*, quinta edición, Ed. Thomson – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 51 – 52.

laudo como acto de naturaleza procesal, sino de ese derecho o esa situación jurídica a los que dio origen.

4°. Cuando la resolución que pronuncia el órgano jurisdiccional estima la pretensión anulatoria que se ejercita a través de la acción de anulación prevista en la Ley de Arbitraje, surte efectos no sólo frente al laudo como tal, sino, esencialmente, frente a los derechos o situaciones jurídicas que ha originado aquel, es decir, son estos últimos los destinatarios de los efectos de la ineficacia dispuesta.

5°. Este último aspecto al que hicimos referencia se encuadra dentro de la pretensión constitutiva en su modalidad extintiva pues vuelve ineficaz por virtud de la extinción, como dijimos, no sólo el laudo pronunciado, sino los derechos y relaciones jurídicas creadas por aquel y, más aún, deja sin efecto el arbitraje mismo sostenido entre partes.

Compartimos el criterio de BARONA VILAR¹⁴ respecto de que la resolución del órgano jurisdiccional que estima la pretensión anulatoria es constitutiva porque, como sostiene, afecta a la situación de hecho creada por la invalidez arbitral, sustentando su posición en el sentido de que el laudo es válido y produce sus efectos desde el momento en que se dicta y, su invalidez, consecuencia de acogerse la pretensión de anulación, no es una pura declaración pues, dice, comporta una consecuencia sancionadora en la eficacia del arbitraje que es la anulación del laudo, elemento éste que tiene naturaleza constitutiva. Agrega que ello implica, a la vez, que se destruye lo que preexistía como consecuencia del laudo y se crea una situación de ineficacia que antes era inexistente.

¹⁴ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1° edición, cit., pp. 1358 – 1362.

En el mismo sentido se ha pronunciado FERNANDEZ – BALLESTEROS¹⁵, quien sostiene que la acción de anulación es una acción rescisoria por cuanto la sentencia que acoge es constitutiva y crea una situación nueva por cuanto a partir de ella el laudo que era firme, válido y ejecutivo, deja de serlo.

No es del mismo criterio HINOJOSA SEGOVIA¹⁶ quien considera que la sentencia que dicta la AP (hoy léase Salas de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad) tiene un carácter meramente declarativo, y se limita a la pretensión que se hace valer en este proceso. Agrega además que la sentencia tiene un simple carácter rescindente, y no rescisorio, lo cual significa que el tribunal ni puede sustituir la función arbitral ni, en consecuencia, decidir sobre el fondo de la cuestión. En esa misma línea YAÑEZ VELASCO¹⁷ sostiene que quien acciona la anulación ejercita una pretensión declarativa negativa cuyo objetivo es recibir tutela jurisdiccional meramente declarativa sobre alguno de los motivos de la anulación previstos en la Ley 60/2003, de arbitraje, criterios que no compartimos sustentados en la exposición acerca de las precisiones conceptuales que antes hicimos referencia.

3. Profusión conceptual en torno al laudo, materia de la pretensión de anulación

En torno a la pretensión de anulación que se ejercita en el proceso al cual da origen la acción de anulación prevista en la Ley arbitral, existe una profusión de conceptos y términos esencialmente relacionados al laudo arbitral.

¹⁵ FERNANDEZ-BALLESTEROS, Miguel Angel: “Acción de anulación del laudo”, en GONZALES SORIA, J. (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 412.

¹⁶ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: “De la anulación y de la revisión del laudo”, en DE MARTIN MUNOZ, Alberto, HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2006, pp. 513 – 514 y 565.

¹⁷ YAÑEZ VELASCO, Ricardo: *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 818.

Aquí pretendemos exponer esos aspectos que son recurrentes en la exposición de motivos y en el mismo texto de la Ley.

3.1. *Laudo definitivo y laudo firme*

En lo que concierne a nuestro análisis – acción de anulación- , en el artículo 40 LA se hace referencia al término “definitivo” y, en la anterior redacción del artículo 43 LA (o sea antes de la modificación conforme la Ley 11/2011), se hacía referencia al término “firme”; de ahí la manera en que ponía en evidencia la concurrencia de dos circunstancias de la aplicación de dichos términos:

En primer lugar, como se constata en la Exposición de Motivos y del artículo 40 LA, el término “definitivo” sirve para referirse, en primer término, a aquellos laudos que ponen fin al procedimiento arbitral y que resuelven el fondo de la controversia y, por otro lado, para aquellos laudos que resuelven alguna parte de la controversia de fondo, o sobre otras cuestiones como son la competencia de los árbitros o las medidas cautelares, aspecto éste que tiene sustento en lo que previene el artículo 37 LA y en la exposición de motivos cuando expresa: *“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...”*.

En segundo lugar, en el artículo 43 LA se utilizaba la denominación de laudo “firme” para denotar aquella situación en que aquel producía efectos de cosa juzgada y, consiguientemente, quedaba expedita la vía de la revisión conforme las normas de la LEC para las sentencias firmes.

Parecía que el término “firme” estaba condicionado a que previamente se supere las circunstancias en que las partes podían hacer uso del derecho de accionar para ejercitar la pretensión de anulación del laudo, es decir, que la firmeza es una cuestión emergente de la concurrencia de la sentencia que

resuelve la pretensión de anulación o es producto del hecho de que las partes no hicieron uso de ella en el término previsto por la Ley de Arbitraje, o dicho de otro modo: que cuando se hace alusión a laudo “definitivo” no se producen efectos de cosa juzgada y, cuando se hacía alusión a laudo “firme”, sí se produce efectos de cosa juzgada¹⁸.

Pero por otra parte, ni la Ley 60/2003 lo determina expresamente ni la Exposición de Motivos clarifica ese hecho, es decir, que la calidad de firmeza no está condicionada por ninguna norma en forma expresa al hecho de que debe superarse las circunstancias relativas a la pretensión de anulación como condición previa para pretender la revisión. Podría pensarse entonces en que alguna de las partes pueda solicitar la revisión del laudo, aún pendiente el plazo para ejercitar la pretensión de anulación o, más aún, podría pensarse en que tanto la solicitud de revisión pueda plantearse cuando también se ha planteado la acción de anulación¹⁹.

Aquí no pretendemos dilucidar la problemática surgida de la utilización de uno y otro término, dado que nuestra intención sólo se limita a hacer una expresa referencia de dicha terminología con miras a establecer lo que debe entenderse por laudo definitivo²⁰, respecto del cual, consideramos nosotros que

¹⁸ Esta es la posición sostenida por: HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: “De la anulación y de la revisión del laudo”, en DE MARTIN MUÑOZ, Alberto, HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coords.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., pp. 507 – 508; En el mismo sentido GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004, p 963. Sostiene que el término “definitivo” se contrapone a la expresión laudo “firme” para denotar que, mientras que este último laudo produce los efectos inherentes a la cosa juzgada, el primero no los ocasiona.

¹⁹ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1º edición, cit., p 1351. Al respecto dice: “Argumentarse que contra el mismo cabe plantear en el plazo de dos meses la acción de anulación en absoluto condiciona la consideración de la firmeza del laudo”.

²⁰ Ult. Cit.: pp. 1346 – 1351. Son esclarecedores los comentarios de BARONA VILAR respecto de lo que considera laudo “definitivo” y laudo “firme”. Sostiene que la dicción del artículo 40 LA es equívoca y no hace diferenciación entre uno y otro, lo cual obliga a remitirse, por tratarse de conceptos que tienen significado claro y preciso en la dogmática procesal, a las previsiones de la LEC y la LOPJ; a ese su análisis suma el hecho de que el Título VII LA relativo a la ejecución forzosa del laudo, permite la ejecución del denominado laudo “definitivo”. Concluye diciendo que el laudo arbitral pronunciado como forma de finalización del proceso arbitral “... es firme desde el momento en que se dicta, entendiéndose por firmeza el

a los efectos del ejercicio de la pretensión de anulación por vía del proceso en sede judicial, el término “definitivo” debe entenderse, en primer lugar y con base en los artículos 38.1 y 40 LA, por aquel laudo que dilucida la controversia en el fondo de la cuestión planteada en forma ordinaria y, en segundo lugar, por aquel laudo que pone fin a las actuaciones arbitrales en forma extraordinaria en los casos previstos expresamente por ley.

Consideramos también que los términos “resolución” y “decisión” no constituyen otras modalidades de pronunciamientos de los árbitros equiparables al laudo; esa referencia que hace la Ley arbitral entendemos, conforme se previene en el artículo 35 LA, se trata de la actitud que asumen los árbitros para poner fin a la cuestión planteada, actitud que se traduce en el laudo que también tiene la calidad de “definitivo” por cuanto se trata de un pronunciamiento definitivo respecto de la cuestión específicamente planteada y de la cual no se admite ningún recurso²¹.

Laudo definitivo también lo constituyen aquellos pronunciamientos parciales -a los que haremos referencia en el apartado siguiente- del o de los árbitros relacionado con algún o alguno de los puntos controvertidos y que constituyen la cuestión litigiosa, los cuales pueden producirse en forma anticipada a la finalización de las actuaciones arbitrales.

efecto propio de las resoluciones, referido a las partes, por el que la resolución no puede ya ser recurrida por éstas...” En este último sentido también: HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: “De la anulación y de la revisión del laudo”, en DE MARTIN MUÑOZ, Alberto, HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, cit., p. 507, cuando sostiene que, lo que en realidad la LA considera laudo definitivo es un laudo firme por cuanto no admite recurso alguno.

²¹ MANTILLA- SERRANO, Fernando: *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, p. 229. El autor sostiene que laudo definitivo debe entenderse no como “laudo final” que pone fin al trámite arbitral, sino como aquel laudo que decide de manera definitiva la cuestión sobre la que versa. Admite la posibilidad de una acción de anulación también contra los laudos parciales como el relacionado a la competencia, medidas cautelares y cualquier otro laudo parcial, conclusión que llega del análisis de la exposición de motivos LA cuando expresa: “El laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable”.

Por último, también son laudos definitivos aquellos otros pronunciamientos que no tienen relación con la controversia de fondo pero que resuelven cuestiones relativas al procedimiento y actuaciones arbitrales. Son de esta clase aquellos laudos que resuelven excepciones, las relativas a la adopción de medidas cautelares, las relacionadas con los pronunciamientos sobre la terminación anticipada de las actuaciones arbitrales y otras.

En todos estos casos -a los que consideramos laudos definitivos- advertimos como denominador común el hecho de que no admiten ningún recurso y, por tanto, son laudos firmes. Como bien sostuvo en su día BARONA VILAR²², resultaba perturbadora la terminología utilizada en la Ley de Arbitraje cuando se hacía alusión a los términos “definitivo” y “firme” para referirse a la acción de anulación y a la posibilidad de la revisión de un laudo. Dicha autora, sobre la base de la configuración contenida en el artículo 207 LEC sostiene que, al laudo arbitral no se puede catalogar como “definitivo” por cuanto ello supone la impugnabilidad a través de los recursos y, más bien, concluye que el laudo que se pronuncia en un proceso arbitral tiene la categoría de “firme” por cuanto en ningún caso admite recurso alguno.

En esta línea sostenida por la profesora BARONA se ha mostrado el legislador español tras la reforma de 2011. En concreto, como consecuencia del punto DOCE de la Ley 11/2011, se modifica la redacción del artículo 43 que queda redactado de la siguiente manera: “*Cosa Juzgada y revisión de laudos.- El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes*”.

De lo que se trata entonces es de que, a través de la norma modificatoria se reafirma la firmeza del laudo a partir del momento de su emisión y que, a partir de ello, produce los efectos de cosa juzgada independientemente de que

²² BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1º edición, cit., pp.1485 – 1490.

se formule la acción de anulación por lo que, entendemos, de que el debate sobre la terminología de “definitivo” y de “firme” relacionado con el laudo, ha quedado concluido.

Debe dejarse en claro, sin embargo, que respecto a la cosa juzgada que importa la firmeza del laudo, algunos de los que mencionamos anteriormente no tendrán esa autoridad, como son los casos de terminación anticipada de las actuaciones arbitrales (por ejemplo desistimiento de la acción) donde el asunto queda imprejuizado; en efecto, no habrá cosa juzgada formal por que no se desplegará otra actividad posterior a la decisión y, tampoco habrá cosa juzgada material por cuanto dicha decisión no impedirá la existencia de un proceso posterior²³.

3.2. Laudo total y laudo parcial

Otra terminología que se puede advertir en las normas inherentes a la anulación del laudo, es la de laudo parcial, que supone a la vez la posibilidad de un laudo total, términos que se utilizan ya para diferenciar aquellas circunstancias en que el tribunal arbitral tiene la oportunidad de pronunciarse parcialmente sobre la cuestión de fondo o cuando no se presenta tal posibilidad.

El artículo 37.1 LA es el que en forma expresa hace referencia a esta posibilidad cuando faculta a los árbitros a dilucidar la cuestión en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios. La Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 se encarga de aclarar que el laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo; también ejemplifica esta posibilidad al señalar que no sería tan inconveniente decidir en un primer laudo parcial si

²³ Ult. Cit.: p. 1492.

existe responsabilidad del demandado para, en caso positivo, dar lugar a la cuantificación de dicha responsabilidad ya declarada en otro laudo posterior²⁴.

Del entendimiento que expresa la Exposición de Motivos, un laudo total es aquel que se pronuncia por el tribunal arbitral al final del procedimiento y dilucida el fondo de la controversia en su integridad, lo que necesariamente obedece a la no concurrencia de transacciones, allanamientos o desistimientos, todos ellos referidos a aspectos parciales sobre la controversia de fondo a las que las partes pudieran haber arribado en el curso del procedimiento arbitral; casos en los cuales se habla de laudo parcial.

3.3. *Laudos que deciden “otras cuestiones”*

No nos parece correcto la explicación que hace la Exposición de Motivos cuando, al referirse al contenido del laudo, sostiene: “...*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*”; explicación ésta que estaría en contradicción con lo que prevé el artículo 37.1 LA, donde se conceptualiza lo que debe entenderse por laudo parcial, es decir, la decisión de la controversia de fondo en laudos parciales²⁵.

Las resoluciones respecto a la competencia de los árbitros o las medidas cautelares no son cuestiones relativas al fondo de la controversia, sino relativas a la sustanciación del procedimiento arbitral y de las actuaciones arbitrales que no corresponden al fondo de la controversia, por tanto, éstos no tienen el alcance de un laudo parcial en la manera concebida en la Ley arbitral.

²⁴ SUAREZ ROBLEDANO, José Manuel: “El Juez de control del arbitraje: Anulación y revisión del Laudo”, en FERNANDEZ ROZAS, José Carlos (Director), *La Nueva Ley de Arbitraje*, Estudios de Derecho Judicial 102-2006, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, p. 210.

²⁵ Ult. Cit.: pp. 211 – 213. En el mismo sentido califica como laudo parcial a aquellos laudos relativos a la competencia de los árbitros, la resolución sobre recusación, la relativa a medidas cautelares.

Parecería también que en la Exposición de Motivos esas “otras cuestiones” quedan limitadas simplemente a los casos de las cuestiones relativas a la competencia de los árbitros o respecto de las medidas cautelares. Sin ánimo de exhaustividad y, al margen de los casos mencionados en la Exposición de Motivos y que además en forma expresa se permite la posibilidad de la acción de anulación en los artículos 22.3 y 23.2 LA, consideramos que existen otros supuestos que pueden catalogarse dentro de esas “otras cuestiones” y que en su momento pueden ser atacados por vía de la pretensión anulatoria, a saber:

1º. En el artículo 22.1 LA, se hace referencia a las potestades de los árbitros de decidir sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral. Supone ello que los árbitros deberán resolver esta cuestión mediante un laudo el cual, como dijimos, no tiene la calidad de laudo parcial por cuanto no decide alguna cuestión de la controversia de fondo.

En este caso, el laudo que pronuncia el tribunal arbitral dilucidará si el convenio existe o no y, además dilucidará si el convenio es válido o no. Pero esa decisión se produce en un momento anterior a dilucidar el fondo de la causa pues, al igual que la competencia de los árbitros, se tramitará en vía de excepción. Ese laudo, a nuestro criterio, es susceptible de la pretensión anulatoria vía acción de anulación.

2º. El mismo artículo 22.1 LA hace también alusión a cualquier otra excepción cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia; ello también deberá decidirse a través de un laudo.

Supongamos que vía excepción la parte demandada alegue existencia de transacción respecto de la cuestión litigiosa; caso en el cual el tribunal deberá decidir a través del pronunciamiento de un laudo, sea que se estime -lo que impediría entrar en el fondo de la controversia -o se desestime la excepción, ese laudo tiene todas las condiciones para ser impugnado por vía de la acción de anulación.

3°. Con relación a la sustanciación de las actuaciones arbitrales, consideramos que en las decisiones relacionadas a la admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas (artículo 25.2 LA), determinación del lugar del arbitraje por los árbitros (artículo 26.1 LA) o cuando éstos dan por terminadas las actuaciones (artículo 31.a LA), se adoptan a través de un laudo.

4°. En los casos de la terminación de las actuaciones que contempla la Ley de Arbitraje, concretamente en el artículo 38.2 inciso a), puede presentarse la posibilidad de que los árbitros se pronuncien respecto de la oposición del demandado al desistimiento que en su día pudiera haber presentado el demandante, dicho pronunciamiento es mediante un laudo. Que se estime o se desestime el desistimiento, a las partes les asiste el derecho de impugnar la validez de dicho laudo vía acción de anulación.

Lo mismo puede suceder en el caso del artículo 38.2 inciso c) LA, es decir, cuando los árbitros ordenan la terminación de las actuaciones porque a su criterio han comprobado que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible. Esa decisión se la adopta a través de un laudo el cual, como en el caso anterior, es impugnabile por cualquiera de las partes.

En estos últimos casos, al igual que los previstos en los artículos 22.3 LA y 23.2 LA, los laudos que deciden dichas cuestiones son susceptibles de ser atacados a través de la acción de anulación y, como en el caso previsto en el artículo 22.3 LA, la acción puede ser interpuesta en un momento anterior a la finalización de las actuaciones arbitrales²⁶.

3.4. Laudo impugnabile y laudo inimpugnabile

En principio no cabe duda que el laudo total que dilucida la controversia en el fondo, es susceptible de ser atacado por vía de la acción de

²⁶ En ese sentido COULLAUT SANTURTÚN, Ana María: “Acción de anulación del laudo”, en ARIAS LOZANO, David (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Ed. Thomson – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 384.

anulación que contempla la normativa arbitral. También aquí incluimos aquellos laudos parciales que dilucidan cuestiones relativas a la controversia principal, afirmación ésta que tiene sustento en los artículos 40 LA y 37.1 LA.

Tampoco existe duda respecto de los casos previstos en los artículos 22.3 LA y 23. 2 LA, donde expresamente se prevé tal posibilidad respecto a las resoluciones relativas a la competencia del tribunal y respecto a la adopción de medidas cautelares.

Donde surge la duda a la posibilidad de ejercer la pretensión anulatoria es en los casos de los laudos que resuelven otras cuestiones -no expresamente mencionadas en la Ley de Arbitraje pero que son fácilmente equiparables a las resoluciones relativas a la competencia del o de los árbitros o a la adopción de medidas cautelares- a las que anteriormente hicimos referencia²⁷. Nosotros consideramos que no existe ningún óbice para que dichas resoluciones puedan ser atacadas vía acción de anulación por cuanto las cuestiones así resueltas son de tal trascendencia en el procedimiento arbitral que, incluso, puede dar lugar a la terminación de las actuaciones, como por ejemplo, cuando se estima la excepción de inexistencia del convenio arbitral a la que se hace alusión en el artículo 22.1 LA, o cuando el tribunal estime una excepción de transacción que pone fin a las actuaciones arbitrales, o cuando el tribunal da por terminada las actuaciones arbitrales por desistimiento con oposición, o cuando estima innecesaria la continuación de esas actuaciones.

Pero frente a la claridad de la norma arbitral contenida el artículo 40 LA, pueden darse casos de pronunciamiento de laudos que, poniendo fin a las actuaciones arbitrales, no son susceptibles de ser atacados vía acción de anulación; entre los cuales podemos mencionar los siguientes supuestos:

1º. En el artículo 36 LA se prevé la posibilidad de que las partes, durante las actuaciones arbitrales, puedan poner fin total o parcialmente a la

²⁷ Vid: Apartado I, numeral 3, punto 3.3, del presente Capítulo.

controversia por haber llegado a un acuerdo. En tal caso, al tribunal arbitral sólo le corresponderá dar formalidad de laudo a ese acuerdo que, en los hechos, se equipara a la transacción del derecho civil. En este caso, el laudo pronunciado sobre la base de los acuerdos asumidos por las partes, no puede ser impugnado vía acción de anulación, y ello por imperio del principio de que: nadie puede ir contra sus propios actos.

2°. Sucede algo similar al anterior caso lo previsto en el artículo 38.1 inciso b) LA, es decir, cuando las partes acuerdan dar por terminadas las actuaciones. Como todo el sistema de arbitraje, aquí prevalece la autonomía de la voluntad de las partes y, en tal caso, tampoco las partes podrían ir contra sus propios actos e intentar impugnar el laudo que se pronuncia acogiendo el acuerdo de las partes.

3°. Puede ocurrir que la parte demandante presente desistimiento de su demanda y que el demandado no se oponga a ese desistimiento y más bien lo acepte. Este supuesto deben dilucidarlo los árbitros mediante un laudo expreso y motivado acogiendo la petición; en tal caso, ninguna de las partes podrá impugnar ese laudo por cuanto ha existido consentimiento mutuo para dar por terminadas las actuaciones arbitrales.

4°. Podríamos pensar también, como supuesto de laudo inimpugnabile, cuando el demandado, al contestar la demanda del demandante, se allane a la misma, caso en el cual al tribunal arbitral sólo le corresponderá pronunciar un laudo acogiendo la pretensión sin más trámite. La impugnación que se intente respecto de este laudo sería inadmisibile.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN CONTEMPLADA EN LA LEY 60/2003

El sistema de arbitraje se origina, normalmente, en la suscripción del convenio arbitral sustentado en el principio de autonomía de la voluntad de quienes en el futuro podrán verse involucrados en un proceso arbitral, aquel en

el que tiene como corolario el pronunciamiento, por parte del o de los árbitros, de una resolución que se ha venido en denominar laudo y que resulta ser el correlativo de la sentencia que se pronuncia en un proceso judicial.

Pero, a diferencia del sistema de garantías que el ordenamiento jurídico prevé en el ámbito jurisdiccional, es decir, los recursos ordinarios al que tienen derecho de acceder las partes que han intervenido en el proceso judicial, en el sistema de arbitraje no existe un recurso propiamente dicho por cuanto la naturaleza jurídica del arbitraje no lo permite²⁸; y es en ese sentido por lo que en el arbitraje las garantías y posibilidades de control tiene connotaciones distintas, precisamente porque el laudo que se pronuncia pone fin al procedimiento arbitral, sin posibilidad de recursos contra el fondo de la resolución y mucho menos de una segunda instancia.

La acción de anulación contemplada en la Ley de Arbitraje en sus artículos 40 al 42 resulta ser, en ese sentido, el medio por el cual se pretende una revisión, no de lo resuelto en el fondo por el tribunal arbitral sino, del cumplimiento o no de las normas reguladoras del arbitraje basado en hechos específicos y tasados que la propia Ley arbitral identifica como motivos de procedencia de la anulación del laudo; acción que comienza por precautelar la eficacia del convenio que dio origen al arbitraje; la legalidad de la conformación del tribunal arbitral y la efectividad de sus resoluciones y;

²⁸ Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, ya son muy conocidas las distintas corrientes: La que considera el arbitraje como producto de un contrato; la que se decanta por considerar un proceso y la ecléctica que conjunciona ambas, respecto de lo cual aún continúa el debate. No estamos de acuerdo con ninguna de esas posiciones por cuanto se pretende identificar al arbitraje ya con el contrato o ya con el proceso. La virtualidad del arbitraje nos conduce a considerarlo como un instituto con identificación y características propias. Así como en la naturaleza del contrato o del proceso se identifican elementos que concluyen dándole identificación propia, el arbitraje se construye a partir de la confluencia de un conjunto de elementos que terminan por dar forma a un nuevo instituto que se ha venido en denominar arbitraje, así, los relacionamientos con el contrato o con el proceso, más bien se los debe tener como conceptos negativos a lo que verdaderamente es el arbitraje, por ello y siguiendo a BARONA VILAR, compartimos y nos identificamos con su forma de concebir la naturaleza del arbitraje cuando dice que “el arbitraje es arbitraje y esa es su naturaleza”: BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley 60/2003*, 1° edición, cit., pp. 58- 59.

finalmente, precautela que en el desarrollo del procedimiento arbitral no se incurran en irregularidades ni se cauce indefensión a las partes²⁹. En este sentido y como sostiene GARBERI LLOBREGAT³⁰, la acción de anulación es la previsión normativa que confiere a los sujetos gravados el derecho de índole procesal a obtener la revisión jurisdiccional limitada del laudo.

Ahora bien, para ingresar al análisis de la naturaleza jurídica de la especial acción concebida por la Ley de Arbitraje, debemos partir de ciertas premisas; principalmente relacionadas con el concepto de acción; al respecto, CALAMANDREI³¹ parte de considerar que, “formando la base de los conceptos de jurisdicción y de acción se encuentra, en el Estado moderno, la premisa fundamental de la prohibición de la autodefensa y, cuando la defensa de los derechos individuales es asumida por el Estado mediante los jueces, la palabra acción pasa a significar el recurso con el que el ciudadano invoca, en su favor, la fuerza pública del Estado; al faltar el voluntario cumplimiento del obligado, el titular del derecho se dirige al Estado a fin de que, como garante de la observancia del derecho, convierta la obligación en sujeción. Esta facultad de invocar en beneficio propio frente al Estado la prometida garantía de la observancia del derecho es, en un cierto sentido, la acción”.

El ejercicio de ese derecho que se dirige al Estado tiene su concreción a través de la demanda que se constituye en el acto iniciador del proceso y, como en éste no puede haber actos abstractos, todos los actos tienen una causa y producen uno o más efectos; el acto de ejercer la acción procesal producirá, como efecto, la pretensión procesal³², entendida ésta como “... una declaración

²⁹ En ese sentido, entre otras, el FJ Segundo STSJ M 56/2013, de 9 de julio de 2013. En: <http://www.poderjudicial.es>, Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia.

³⁰ GARBERI LLOBREGAT, José: *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, cit., p. 956.

³¹ CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, volumen I, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, pp. 222 – 231.

³² GUIMARAES RIBEIRO, Darci: *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, Ed. J.M. Bosch editor, Barcelona, 2004, p. 124.

de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración”³³.

Atendiendo la anterior conceptualización sobre la acción y la pretensión, la invocación de la fuerza pública del Estado conforme la normativa está marcada por los siguientes elementos que hacen a su naturaleza jurídica:

1. El Interés procesal nace de la ley

Algunas precisiones respecto de la forma en que se concibe la acción de anulación en la norma arbitral nos muestra que, en los hechos, uno de los requisitos de la acción no precisamente es la invocación al Estado para obtener la condena de un oponente. Vamos a explicar esta afirmación.

1°. La acción no es consecuencia del incumplimiento de una obligación para que a través de la misma la obligación se convierta en sujeción respecto del demandado.

2°. En el nuevo proceso, originado por el ejercicio de la acción de anulación, al actor le corresponderá alegar los hechos que sustenten el o los motivos de la acción de anulación.

3°. Al órgano jurisdiccional le corresponderá comprobar los hechos alegados por el actor o, en su caso, desvirtuados por la parte contraria.

4°. Los motivos que pueden invocarse y que pueden ser sustento de la acción de anulación, tienen como fundamento actuaciones que se han producido en el procedimiento arbitral y que, aun teniendo origen primigenio en un contrato, son de naturaleza procesal, consecuentemente las alegaciones sólo girarán en torno a esas actuaciones.

Por ello vemos necesario referirnos a los requisitos constitutivos de la acción a los fines de establecer el origen de aquella prevista en la Ley de

³³ GUASP DELGADO, Jaime, ARAGONESES, Pedro: *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 242.

Arbitraje; al respecto CALAMANDREI³⁴, entiende que son aquellos que sirven para que el juez pueda acoger la demanda y pronunciar resolución favorable al solicitante, siendo la falta de uno de ellos motivo para que la demanda sea infundada. El mismo autor señala que son tres los requisitos constitutivos de la acción:

El primer requisito sostiene que es la relación entre el hecho y la norma, una coincidencia que debe verificarse en la realidad entre los hechos concretamente ocurridos y los hechos considerados posibles en una norma;

El segundo lo relaciona con la legitimación tanto para obrar como para contradecir, esto es, que la demanda sea presentada por quien se encuentra, frente a aquel hecho específico, en la posición subjetiva que se llama legitimación de obrar (legitimación activa) y que, de otra parte, la demanda sea propuesta contra un adversario que se encuentre, en cuanto a aquel mismo hecho específico, en la posición subjetiva recíproca que es la legitimación para contradecir (legitimación pasiva).

El tercer requisito constitutivo es el interés procesal en obrar y en contradecir, el cual surge cuando se verifica en concreto aquella circunstancia que hace considerar que la satisfacción del interés sustancial tutelado por el derecho no puede ser ya conseguida sin recurrir a la autoridad judicial: o sea cuando se verifica en concreto la circunstancia que hace indispensable poner en práctica la garantía jurisdiccional.

Pero ese interés procesal no tiene un solo origen; en efecto, puede ser por incumplimiento como es el del deudor donde se busca una resolución de condena; también puede originarse el interés en la falta de certeza del derecho que es originada por la inexistencia de un estado objetivo de inobservancia del derecho caso en el cual se persigue una providencia de declaración de certeza o una constitutiva; por último, el interés procesal puede nacer de la ley, del

³⁴ CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, volumen I, cit., pp. 259-271.

hecho de que, existiendo en concreto las condiciones puestas por la ley sustancial para dar lugar al cambio de una cierta relación o estado jurídico, la ley misma dispone que el cambio no puede ser producido por la sola voluntad de los particulares interesados, sino que puede ser obtenido solamente a través del pronunciamiento del juez, previa declaración de certeza de la existencia de las condiciones previstas para tal objeto.

En lo que concierne a la acción de anulación, ese interés procesal, como dijimos, no tiene origen en el incumplimiento de una obligación, ni en la falta de certeza del derecho, sino tiene su origen en la ley, en este caso, en los concretos motivos tasados que prevé el artículo 41 LA.

2. La acción origina un proceso donde se ejercita una pretensión anulatoria

El proceso arbitral concluye con el pronunciamiento del laudo definitivo que resuelve la controversia. Hasta ahí llega el sistema de arbitraje pues nada más corresponde tramitar ni decidir en ese ámbito, salvo las peticiones de corrección, aclaración, complemento y rectificación del laudo conforme la norma del artículo 39 LA.

A partir del momento en que las partes han sido notificadas con el laudo se abre la posibilidad del nacimiento de un proceso en sede judicial; no creemos conveniente hablar de un nuevo proceso por cuanto ello supone relacionarlo con otro anterior sobre el mismo asunto; se trata simplemente de un proceso más cuya existencia depende, al margen de la formulación de la demanda arbitral, de la terminación de las actuaciones arbitrales y el pronunciamiento de un laudo.

Si de lo que se trata es de un proceso en sede judicial, entonces es conveniente dejar en claro que estamos también frente a conceptos negativos; en efecto, no se trata de una segunda instancia y ello simplemente porque no existe la dependencia funcional menos aun tratándose de jurisdicciones

totalmente distintas como la voluntaria (arbitraje) y la ordinaria; tampoco se trata de un recurso, como ya lo tenemos advertido, por cuanto en el proceso de anulación no se ingresará a considerar lo resuelto por los árbitros sobre el fondo de la controversia³⁵.

3. Es un proceso de anulación de la validez del laudo

No existe duda de que la acción que prevé la Ley de Arbitraje da lugar a un proceso de impugnación de la validez de un laudo -así se expresa en la Exposición de Motivos- que se ha pronunciado en un proceso arbitral; constituye un medio donde se ejercita una pretensión de rescisión de la cosa juzgada y es un mecanismo que precautela la validez de un laudo pronunciado por los árbitros³⁶. Como sostiene GARBERI LLOBREGAT³⁷, se trata de una acción de índole impugnatoria más cercana, en su finalidad, a la que es propia de los medios de impugnación que a la finalidad de declaración del derecho controvertido inherente a los procesos a que da lugar el ejercicio de las acciones.

En efecto, la pretensión anulatoria que se ejercita en el proceso a que da lugar la acción de anulación, busca obtener del tribunal jurisdiccional un pronunciamiento mediante el cual se deje sin efecto el laudo arbitral pronunciado dentro de un determinado proceso arbitral; pero esa pretensión no obedecerá a cualquier motivo sino, necesariamente deberá estar sustentado en

³⁵ BARONA VILAR, Silvia (Coordinadora): *Comentarios a la Ley de arbitraje*, 1º edición, cit., pp. 1340 – 1343.

³⁶ La doctrina española ha considerado al proceso en sede judicial como aquel donde se ejercita una acción rescisoria de la validez del laudo arbitral, entre otros: BARONA VILAR, Silvia: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1º edición, cit., pp. 1345 – 1346; GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, cit., pp. 954 – 955; FERNANDEZ-BALLESTEROS, Miguel Angel: “Acción de anulación del laudo”, en GONZÁLEZ SORIA, J. (Coordinador), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, cit., pp. 412; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: “De la Anulación del Laudo”, en DE MARTIN MUÑOZ, Alberto, HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., pp. 513 – 514.

³⁷ GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, cit., p. 957.

aquellos motivos tasados que prevé el artículo 41.1 LA; significa ello que el órgano jurisdiccional no ingresará por ninguna circunstancia a considerar la resolución respecto del fondo de la controversia, de manera que, el pronunciamiento judicial en el proceso instaurado sobre la base de alguno de esos motivos tiene como finalidad el de controlar si el convenio que ha dado lugar al proceso arbitral existe o es válido, si el proceso de designación de árbitros y sus resoluciones se adecuan a la ley y si se han cumplido los procedimientos adoptados y no se ha causado indefensión a las partes. En suma, la pretensión anulatoria persigue que el órgano jurisdiccional controle la validez del laudo pronunciado y, en su caso, disponga su invalidez³⁸.

No es que en el proceso se averiguará o constatará la voluntad de la ley que fue objeto de la sentencia sino, se trata de la constatación de una nueva Ley inherente a los específicos motivos tasados por la Ley arbitral, de la que deriva a favor del impugnante el derecho de obtener la invalidación del laudo por un vicio inherente al mismo³⁹.

Podemos concluir, respecto de la naturaleza jurídica de la acción de anulación que contempla la Ley de Arbitraje, diciendo que se trata de una acción impugnatoria que da lugar a un proceso que se desarrolla en sede judicial donde se ejercita una pretensión anulatoria, proceso que es extraordinario por cuanto el interés procesal nace en una disposición de la ley que son los motivos tasados y cuya finalidad es la del control de la validez del

³⁸ En una parte del FJ Segundo de la STSJ M 56/2013, de 9 de julio, dice: “La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de Arbitraje, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje (...). La explicación se encuentra en el argumento conforme al que si el arbitraje es fruto de la libertad y la autonomía de la voluntad de las partes y estas lo estipulan sobre una materia disponible, el poder judicial solo es preciso que haga tareas de soporte (designación de árbitros) o tareas de control externo (recurso de anulación) o tareas de auxilio (ejecución forzosa)”. En: <http://www.poderjudicial.es> Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia.

³⁹ ALVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLAN, Pedro: “Algunas Cuestiones sobre la anulación judicial del Laudo en la Ley 60/2003, de Arbitraje”, cit., p. 2.

laudo pronunciado dentro de un determinado proceso arbitral para que, en su caso, se disponga la ineficacia de ese pronunciamiento.

Así se encuentra expresado también, aunque escuetamente, en la Exposición de Motivos cuando se dice: “Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo”, corroborado, como dijimos, por la doctrina y la jurisprudencia; de esta última podemos mencionar, entre otras⁴⁰, la STSJ CV No.14/2012, de 26 de abril; STSJ CV No.13/2013, de 31 de octubre, por lo que, ni respecto de la abrogada LA 36/1988, menos en la vigente norma arbitral, ha tenido cabida el concepto de “recurso” ni el de una segunda instancia donde se pueda revisar lo resuelto por los árbitros; las referidas sentencias en sus Fundamentos de Derecho CUARTO dicen: “...la acción de anulación no es, por consiguiente, un medio de impugnación en sentido estricto que tienda a corregir los errores -in procedendo o in iudicando- en que hubiera podido incurrir el árbitro o los árbitros que dictaren la resolución. En absoluto. El arbitraje como instrumento jurisdiccional, que no judicial, de resolución de conflictos se diseña como una estructura procedimental de instancia única. De ahí que se otorgue firmeza al laudo y se impida encuadrar la pretensión de anulación en una situación de litispendencia, desde luego inexistente. Y puesto que la acción que se analiza da paso a un proceso nuevo, técnicamente no puede confundirse ni con los recursos extraordinarios, y a estos efectos es indiferente que ambos institutos se sujeten a una motivación tasada, ni mucho menos con los de índole ordinaria cuyo planteamiento permite la introducción de un segundo grado para revisar, desde una perspectiva fáctica y jurídica, el fondo del asunto o, en su caso, para proceder a un ‘novum iudicium’ de la cuestión litigiosa”.

⁴⁰ <http://www.poderjudicial.es>.

Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia.

III. EL OBJETO DEL PROCESO DE ANULACIÓN

Sólo a los efectos de una visión general en principio nos vamos a referir al tema con la intención de establecer cual el objeto del nuevo proceso que se tramitará con arreglo a lo que dispone el artículo 42 LA y los componentes de la pretensión anulatoria.

1. Acerca del concepto y de los componentes del objeto del proceso

GUASP sostiene que lo que determina el verdadero objeto del proceso es la pretensión misma que cada uno de los sujetos procesales, a través del proceso, trata de satisfacer desde su peculiar punto de vista. Y si el proceso se define como la institución jurídica destinada a la satisfacción de una pretensión, obliga a considerar que no hay más que un elemento objetivo básico que sea lógicamente posible: La reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez, sobre la que giran todas las vicisitudes procesales como la iniciación, la ordenación y la decisión final. Esa reclamación jurídicamente es la pretensión procesal que figura en el mismo concepto del proceso, de donde se concluye que, el objeto del proceso lo constituye la pretensión procesal⁴¹, a la que conceptualiza⁴² como “...una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración”.

Lleva a cabo un estudio del contenido de la pretensión desde dos dimensiones: Una dimensión cualitativa y otra cuantitativa⁴³. De este modo, en cuanto a la dimensión cualitativa este autor considera que se centra:

1°. En primer lugar, en la específica consistencia de los sujetos que intervienen (órgano jurisdiccional y partes);

⁴¹ GUASP, Jaime, ARAGONESES, Pedro: *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, cit., p. 237.

⁴² Ult. cit.: p. 242.

⁴³ Ult. Cit.: pp. 249 – 256.

2°. En segundo lugar, debe contener el objeto sobre el que recae, un ente transpersonal o ideal que, por su aptitud de satisfacer ciertos intereses de las partes, se denomina “bien de la vida” y que, al estar envuelto en un litigio, es un bien litigioso. Puede ser: Una cosa (que debe ser detallada o especificada) o una prestación (sujeto, contenido, tiempo, lugar y modalidad de la prestación);

3°. Y en tercer lugar, la pretensión ha de encerrar la indicación de la actividad en que ella se traduce: Es una petición jurídicamente significativa, una reclamación de algo que se pide porque el pretendiente afirma su coincidencia con el ordenamiento jurídico. Este elemento es el que se denomina fundamento, título o causa de pedir, *causa petendi* de la misma. No se trata de la motivación, sino de los acaecimientos de la vida en que se apoya y que delimitan de un modo exacto el trozo concreto de la realidad al que la pretensión se refiere y permite al juez conocer el ámbito particular de la vida que la pretensión trata de asignarle.

El título de la pretensión lo constituye una suma de acaecimientos concretos de la vida que particularizan la petición del pretendiente.

Además es preciso que se aporten todos aquellos elementos fácticos históricos que juegan papel delimitador. A título de ejemplo, no basta que se reclame una cosa diciendo que es propietario, se deberá agregar que es dueño por compra, donación, cesión, usucapión, etc. La pretensión precisa destacarse de cualquier otra posible y este elemento es el que opera el llamado fundamento de la pretensión. Las razones justificativas no son fundamentos, son argumentos y se las introducen al proceso a través de las alegaciones, no a través de la pretensión.

Por otra parte, y con relación a la dimensión cuantitativa del contenido de la pretensión o valor de la pretensión procesal, sostiene GUASP que lo constituye el interés pecuniario de la reclamación en que consiste, en el lugar y en el tiempo en que la pretensión es deducida.

En la misma línea, MONTERO⁴⁴ comienza afirmando que en sentido estricto el objeto del proceso -de modo que lo individualiza y lo distingue- es siempre la pretensión, que no es otra cosa que la petición que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de la vida. Señala que sus elementos delimitadores son subjetivos y objetivos. Respecto de éste último, a la vez, tiene dos componentes: La causa de pedir o *causa petendi* y la petición o *petitum*. Así, con relación a lo que se pide o *petitum*⁴⁵, distingue dos clases de peticiones: Aquella que atiende a la actuación jurisdiccional consistente en juzgar o decir el derecho en el caso concreto -petición inmediata- y aquella que atiende a un bien jurídico al que se refiere la tutela judicial -petición mediata-; así, en las pretensiones de condena, el bien jurídico es una prestación de dar, hacer o no hacer; en las mera declarativas, es la declaración de existencia o inexistencia de la relación o situación jurídica o de un negocio o acto jurídico y, en las constitutivas, el bien jurídico al que se refiere la tutela judicial es la creación, modificación o extinción de una relación o situación jurídica o de un negocio o acto jurídico. Y, por su parte, con relación a la *causa petendi*, señala que ésta la constituyen los hechos con trascendencia jurídica, acontecimientos de la vida que suceden en un lugar y momento determinado, los cuales pueden ser constitutivos -que conforman el supuesto fáctico de la norma cuya alegación se hace- y hechos identificadores de la pretensión.

De acuerdo a la pretensión declarativa de que se trate, también varía su concreción; nosotros, a tiempo de analizar la clase de pretensión que se ejercita en el proceso de anulación del laudo, concluimos que se trata de una resolución extintiva de las que se contienen en las pretensiones constitutivas, en ese

⁴⁴ MONTERO AROCA, Juan, GOMEZ COLOMER, Juan – Luis, MONTON REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia: *Derecho Jurisdiccional*, volumen II, Ed. tirant lo blanch, 9º edición, Valencia, 1999, pp. 115 – 125.

⁴⁵ Ult. Cit.: p. 119.

sentido y, siguiendo al mismo autor⁴⁶, si se pretende la creación o modificación de una relación o situación jurídica, la *causa petendi* vendría a ser el conjunto de hechos de los que la ley hace derivar el derecho a crear o modificar y, si se pretende la extinción a través de una petición de nulidad de un acto jurídico - que es el caso nuestro- deben expresarse todo los posibles motivos de esa nulidad.

Desde el punto de vista de la acción, CALAMANDREI⁴⁷ concibe el objeto en dos sentidos: Inmediato: Si se concibe la acción como un derecho dirigido al Estado, en tal caso, el objeto de la acción sería la providencia jurisdiccional favorable a la cual el sujeto activo aspira. Ejemplo.: Si no me paga lo que me deben al vencimiento del plazo, me dirijo al Estado para pedirle que condene al deudor que ha incumplido; en este caso, el objeto inmediato de la acción (o de la demanda o de la causa) es la sentencia de condena; Mediato: Si la acción se considera un medio para actuar en la esfera jurídica del adversario, como objeto mediato y final de la acción aparece la satisfacción de aquel interés (sustancial) para lo cual el sujeto activo se ha dirigido al Estado, consiguientemente, el bien que sirve para satisfacer ese interés. El objeto mediato de la acción, en el ejemplo, no es la providencia jurisdiccional de condena, sino la suma adeudada que, por medio de la condena, se pretende conseguir sobre el patrimonio del deudor.

Con relación al *petitum*, el autor señala que su exacta identificación nace de la combinación de los dos aspectos del objeto antes señalados (mediato e inmediato), pues no basta la simple mención de la providencia que se pide sino, se precisa además indicar el derecho subjetivo no satisfecho en tutela del cual se invoca esa providencia o, no basta señalar el derecho subjetivo no

⁴⁶ Ult. Cit.: p. 125.

⁴⁷ CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, volumen II, cit., pp. 287 - 289.

satisfecho sin señalar la providencia que se invoca por cuanto, un mismo derecho subjetivo puede ser tutelado por diversas providencias.

El título o *causa petendi* sostiene que responde a la pregunta: ¿Por qué litigan? y considera que se escinde en dos momentos: El primero: en la concreta individualización de los hechos de los que surge el interés del actor al goce concreto de un determinado bien (objeto mediato de la acción); El segundo: En la afirmación de su coincidencia con el tipo de interés al cual una o varias normas conceden -en abstracto- protección. Siempre siguiendo con el ejemplo con relación a la acción de condena: No basta determinar en la demanda el monto preciso de esa suma (*petitum*), sino que es necesario especificar que esa suma se debe por algún motivo (por ejemplo, por la venta de una casa); será también necesario decir que el derecho al pago del precio no ha sido satisfecho, pese a que ha transcurrido el término para el pago.

Concluye el mismo autor que la exacta y concreta individualización del *petitum* sólo se obtiene poniéndolo evidentemente en relación con la *causa petendi*.

Hemos querido exponer los estudios de algunos de los grandes maestros para destacar que, con alguno que otro matiz, son coincidentes en señalar aquellos componentes que constituyen el objeto del proceso, fundamentalmente nos estamos refiriendo a la pretensión procesal cuyos componentes esenciales son el *petitum*, o lo que se pide, y a la *causa petendi*, o hechos con relevancia jurídica.

2. El objeto del proceso que se origina en el ejercicio de la acción de anulación que prevé la Ley de Arbitraje

Independientemente del motivo de anulación del que se trate, el objeto del proceso que deviene a raíz del arbitraje que concluye con el pronunciamiento del laudo, lo constituye la pretensión de ineficacia del laudo arbitral, pues a esa situación jurídica apuntan los motivos taxativos previstos en

la Ley arbitral y es en suma lo que origina el nuevo proceso. Esa situación determinará el comportamiento de las partes en el desarrollo del nuevo proceso y es esa situación a la cual se llega si se estima la misma con el pronunciamiento del laudo a la conclusión del mismo proceso.

Per se, la impugnación como acto procesal, no puede constituir el objeto del nuevo proceso, más bien resulta ser un medio no un objetivo para obtener la anulación del laudo.

Y como sostiene BARONA VILAR⁴⁸, la razón de ser de la pretensión es la garantía que ofrece el ordenamiento jurídico de controlar el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral, fundamento que se entronca con la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 CE, si bien puede igualmente hacerse extensiva en la mayor parte de los países en los que ese derecho a la tutela efectiva queda, de una u otra manera, formulado en el texto constitucional.

La naturaleza extraordinaria de la acción, como hemos tenido oportunidad de ver, no permitirá la revisión de los fundamentos de fondo que el tribunal ha realizado para resolver la controversia, sino sólo le permite al órgano jurisdiccional analizar la concurrencia de hechos configuradores de cada uno de los motivos taxativos que pueden dar lugar a un pronunciamiento que declare la ineficacia de lo resuelto por los árbitros, es decir, que se pronuncie sobre el objeto del proceso de anulación que la Ley prevé.

3. Los elementos constitutivos de la pretensión anulatoria del laudo arbitral

Atendiendo a los conceptos y estudios antes referidos, trasladaremos los mismos a la realidad de lo que es la pretensión anulatoria del laudo arbitral y por ello es posible que hablemos en los siguientes términos:

⁴⁸ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1º edición, cit., p 1351.

3.1. *El petitum: Objeto inmediato y objeto mediato*

Cualquiera que sea el motivo en que se sustente la acción de anulación ejercitada en el proceso, el *petitum* siempre será el mismo: La ineficacia del laudo arbitral pronunciado por el o los árbitros. Ello no es óbice a que esa expresa petición tenga un doble componente: Un objeto inmediato y un objeto mediato de la pretensión.

Hemos tenido oportunidad de establecer que la tutela, que constituye el objeto inmediato de la pretensión, no puede caer en el vacío, siempre deberá estar referido a un bien jurídico que en definitiva constituye el objeto mediato. Ese objeto inmediato que, en el caso de la pretensión ejercitada a través de la acción de anulación que da origen al proceso anulatorio en sede judicial, resulta ser la petición de tutela constitutiva en su modalidad extintiva, la cual no puede caer en la nada.

En el proceso anulatorio el objeto mediato, o sea aquel bien jurídico sobre el que recae la petición de tutela extintiva, lo constituye el laudo arbitral pronunciado por el o los árbitros dentro de un proceso arbitral y, de estimarse la pretensión, sus efectos llegarán aún más allá que la simple ineficacia del laudo dado que recaerán también sobre la eficacia de la cosa juzgada que le reconoce la ley.

En efecto, el pronunciamiento de la sentencia en sede judicial -por virtud de la Ley 11/2011 hoy corresponde a las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, pues antes de la reforma correspondía a la AP- recaerá sobre esa situación jurídica que constituye el laudo pronunciado por el tribunal arbitral, y ello independientemente si el actor tiene o no derecho respecto de lo que pide e independientemente también si la sentencia concede o niegue la tutela constitutiva solicitada. El proceso tramitado en sede judicial

en cualquier caso habrá tenido su objeto, que siempre será el laudo pronunciado por el o los árbitros⁴⁹.

3.2. *La causa petendi, causa de pedir o fundamento de la pretensión*

La petición que formula el actor ante al órgano jurisdiccional y frente a la parte demandada, debe tener necesariamente un fundamento basado en hechos jurídicamente relevantes: eso es lo que se denomina la *causa petendi* o causa de pedir, lo cual a la vez constituye el elemento identificador del objeto del proceso pues, esa misma petición puede sustentarse en diferentes causas de pedir.

1) La causa de pedir en las pretensiones de tutela constitutivas

En la pretensión de anulación del laudo ya establecimos que el *petitum* es la solicitud de la tutela extintiva que se formula ante la autoridad judicial para que despliegue sus efectos sobre el laudo pronunciado por el o los árbitros. Ahora bien, ese pedido no puede sustentarse en unos mismos hechos para todos los motivos que contempla el artículo 41.1 LA, pues cada uno de ellos tiene su propia virtualidad y es por ello que unos hechos podrán ser fundamento del *petitum* para unos, pero no para otros.

La pretensión extintiva como lo es el objeto del nuevo proceso que tiene origen en el laudo pronunciado por los árbitros tiene su propia peculiaridad, pues los hechos concretos que sustentan cada uno de los motivos legales determinantes de la anulación previstos en el artículo 41.1 LA respecto del laudo impugnado, pueden considerarse como integrantes de una diferente causa de pedir.

En efecto, los hechos concretos que sustentan, por ejemplo, la anulación del laudo por inexistencia del convenio, constituyen una causa de pedir diferente, por ejemplo, de la causa de pedir del motivo de anulación por

⁴⁹ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 242.

infracción del orden público. Significa que la pretensión no solo deberá determinar uno o alguno de los motivos legales de anulación del laudo, sino que dentro de cada uno de esos motivos, los hechos concretos que son suficientes para sustentarla, constituye una causa de pedir distinta⁵⁰. Pero dentro de esos hechos jurídicamente relevantes que constituye la causa de pedir de la pretensión procesal anulatoria, se distinguen:

1°. Los hechos constitutivos de la pretensión procesal, por cuanto el supuesto fáctico de la norma no puede ser el mismo y variará según el motivo en que se sustente la pretensión;

2°. Los hechos identificadores de la causa de pedir, que vendrán impuestos por todos aquellos motivos que sustenten la nulidad.

2) Hechos constitutivos de la pretensión procesal

Dentro de esos hechos jurídicamente relevantes se distinguen, en primer término, aquellos hechos constitutivos de la pretensión procesal necesarios y suficientes y que, si son alegados y probados, la pretensión debe acogerse.

En el caso concreto de la pretensión procesal anulatoria del laudo estos hechos constitutivos girarán en torno a lo que explícitamente, en cada uno de los motivos, está previsto en el artículo 41.1 LA, de modo que el actor deberá atender a cada uno de ellos al plantear su pretensión y, como dice la norma, debe “alegar y probar”.

Podríamos esbozar, sin ánimo de exhaustividad, algunos aspectos en torno a los que girarán los hechos con relevancia jurídica que podrían exponerse en cada caso particular para hacer valer la pretensión, así:

1°. Si se pretende la anulación del laudo por que el convenio no existe o no es válido, serían hechos relevantes, los siguientes:

Si el convenio no existe sería muy exagerado pensar que el proceso arbitral ha nacido y se ha desarrollado sin ningún antecedente relativo al

⁵⁰ Ult. Cit.: pp. 254 – 255.

convenio, aunque no es del todo descartable tal posibilidad; consideramos nosotros que la inexistencia del convenio puede alegarse en aquellos casos en que aquel no es producto de la suscripción de un contrato escrito, sino para aquellos casos en que ese convenio tenga que ser acreditado en soporte distinto al papel, como dice la norma del artículo 9 LA, en soporte óptico o de otro tipo; o cuando se tenga que remitir a los escritos de demanda y contestación, en fin, los hechos relativos a la inexistencia del convenio siempre estarán en función de la inexistencia de aquellos presupuestos previstos en el artículo 9 LA.

Si el convenio no es válido, fundamentalmente se debe tener presente las categorías de invalidez que prevé la LEC, es decir, nos tendríamos que remitir a los motivos de nulidad y anulabilidad contemplados en la LEC, en ese sentido, los hechos constitutivos de la pretensión versarán sobre cada uno de los presupuestos que contempla aquellas normas, aunque no siempre, para la procedencia de la declaratoria de invalidez de los contratos y, en este caso, del convenio arbitral. Por ejemplo, si el *petitum* se refiere a la anulación del laudo por que el convenio no es válido por error o dolo, entonces los hechos estarán orientados a acreditar en qué consiste el error o en qué consiste el dolo.

2°. Si se argumenta indebida notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. La norma, como puede apreciarse, presenta dos sub motivos:

En primer lugar, los hechos relativos a la indebida notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, tendrán como elemento en común acreditar, por una parte, la inexistencia de la notificación en cuanto acto de comunicación y, por otra parte, que la notificación realizada ha sido indebidamente efectuada. Del mismo modo, deberá acreditarse aquel acto pre arbitral de designación de árbitro que no ha sido debidamente notificado a la parte. Pero además de ello, la razón de esos hechos deberá

desembocar en otro, cual es que la parte, por esa indebida notificación, no ha podido hacer valer sus derechos. En tal caso, los hechos constitutivos de la pretensión estarán también en función a acreditar que la parte ha sufrido indefensión por no haber podido hacer valer sus derechos.

En segundo lugar, la norma hace referencia a cualquier razón que ha dado lugar a que la parte no haya tenido oportunidad para hacer valer sus derechos, significa que los hechos constitutivos en este caso deberán acreditar otras razones, aparte de las anteriores, que ha ocasionado indefensión a la parte al no haber tenido oportunidad de hacer valer sus derechos; en este sentido, esas otras razones deben también tener la misma relevancia que la anterior pues, cualquier razón irrelevante no podrá constituir indefensión.

3°. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión

En el caso de este motivo, los hechos constitutivos de la pretensión deben estar orientados a acreditar tres aspectos fundamentales:

En primer lugar, la controversia sometida a decisión de los árbitros prevista en el convenio arbitral; en segundo lugar, las alegaciones de las partes que han servido para constituir el objeto del proceso y del debate en sede arbitral y; en tercer lugar, la parcela del laudo que ha excedido los límites impuestos por los anteriores.

4°. Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo de 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.

En principio, los hechos constitutivos de la pretensión respecto de este motivo deben acreditar si las partes, en la designación de árbitros o el procedimiento arbitral, se han sometido a un acuerdo de ellas o se han sometido a lo que establece la Ley de arbitraje. Ese hecho relevante debe acreditarse a través del convenio o a través de un acuerdo formalmente suscrito

antes del inicio de las actuaciones arbitrales en forma específica respecto a esos temas. También podrá acreditarse a través de los Reglamentos de la Institución administradora del arbitraje, cuando las partes se han sometido a ellas.

Esos hechos además deberán referirse a que el acuerdo asumido por las partes relativo a la designación de árbitros o al procedimiento arbitral, no sea contrario al orden público, es decir, no vulnere algún derecho fundamental reconocido por la CE.

En segundo lugar los hechos relevantes constitutivos de la pretensión deberán estar orientados a acreditar que ese acuerdo de partes o las determinaciones de la Ley de Arbitraje en cuanto a la designación de árbitros y el procedimiento arbitral, han sido vulnerados con alguna o algunas de las actuaciones que deben constar en los respectivos actuados o que, en su caso, no se hayan dado cumplimiento omitiéndose su realización.

5°. Si se pretende la anulación del laudo porque los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Los hechos constitutivos de la pretensión deberán acreditar fundamentalmente que los árbitros han resuelto sobre materias que no son de libre disposición, en la forma prevista en el artículo 2.1 LA, es decir, que no corresponden al ámbito del derecho privado disponible.

6°. Si se alega que el laudo es contrario al orden público, los hechos constitutivos de la pretensión deberán ser sustento de la infracción de derechos y garantías fundamentales que contempla la CE.

3) Hechos que identifican la causa de pedir

Con relación a los hechos que identifican la causa de pedir, aunque también se encuentran entre aquellos hechos constitutivos de la pretensión a los que antes hicimos referencia, antes bien desarrollan una función delimitadora e individualizadora de la pretensión procesal.

Los hechos que identifican la causa de pedir en nuestro análisis, deberán hacer referencia en cada caso a los presupuestos que identifican cada motivo; Así, la petición de anulación del laudo por convenio inexistente o inválido; la petición de anulación del laudo por infracción del orden público, etc. En estos casos la pretensión está identificada pero será necesario además aquellos otros hechos constitutivos de la pretensión que acrediten cómo es que el convenio es inexistente o inválido o, cómo es que se ha vulnerado derechos y garantías fundamentales que hacen al laudo contrario al orden público.

IV. LOS SUJETOS DEL PROCESO ANULATORIO

La pretensión que se ejercita en el proceso anulatorio importa la concurrencia de ciertos presupuestos -considerados como aquellos condicionamientos previos que deben cumplirse para acceder a una determinada actividad procesal- concernientes a los componentes de todo proceso. Aquí analizaremos los relativos al componente subjetivo que, conforme a la Teoría General del Proceso, lo constituyen el órgano jurisdiccional competente y las partes.

1. El órgano jurisdiccional competente

Definitivamente, esos caracteres especiales que contiene el proceso diseñado por el legislador para impugnar un laudo arbitral tienen alcance en todos los órdenes. En efecto, como concluimos a tiempo de analizar su naturaleza jurídica, el proceso impuesto sobre la base de ciertos motivos, que son infranqueables por las pretensiones de las partes, además de que no se permite la revisión del fondo de lo resuelto por el tribunal arbitral y se diseña una actividad sobre la base de un juicio verbal pero adosado de las especialidades introducidas en el punto ONCE de la Ley 11/2011. Este cúmulo de especiales caracteres se complementa con otra especial caracterización, esta

vez relacionada con la atribución de la competencia del órgano jurisdiccional que conocerá la pretensión anulatoria⁵¹.

En efecto, en la redacción original del artículo 8.5 de la Ley de Arbitraje, se atribuía competencia objetiva y competencia territorial a la AP al establecer: *“Para conocer de la acción de anulación del laudo, será competente la Audiencia Provincial del lugar donde aquél se hubiere dictado”*.

En el punto UNO del único artículo de la Ley 11/2011, se modifica la mencionada norma, misma que queda redactada de la siguiente manera: *“Uno. Los apartados 1, 4, 5 y 6 del art.8 pasan a tener la siguiente redacción (...) 5. Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquel se hubiera dictado”*.

A esos criterios de atribución de la competencia nos vamos a referir a continuación.

1.1. Competencia objetiva

Conforme a las reglas del ejercicio de la potestad jurisdiccional y conforme prevé el artículo 9.2 de la LOPJ⁵², como norma general debe considerarse que las resoluciones que se pronuncian dentro de un proceso arbitral y que son susceptibles de anulación, caen dentro de las atribuciones de los Tribunales y Juzgados del orden jurisdiccional civil.

Conforme la norma del artículo único punto UNO de la Ley 11/2011, modificadorio del artículo 8.5 LA, las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde el laudo se hubiere dictado, son las únicas competentes para conocer la demanda de

⁵¹ Es evidente que se está ante reglas procesales privilegiadas por cuanto el proceso supone una quiebra de las normas comunes en materia de competencia. BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1º edición, cit., p. 1451.

⁵² El artículo 9.2 de la LOPJ dice: *“Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional”*.

anulación que en su día se pudiera interponer contra un laudo arbitral. El régimen regulatorio de dichos tribunales viene establecido en los artículos 73 al 79 de la LOPJ dentro de los cuales, como es obvio, no figura la atribución que prevé el artículo 8.5 de la Ley 11/2001.

En ningún caso la competencia objetiva puede ser disponible ni prorrogada por voluntad de las partes y, conforme el artículo 48.1 LEC, su apreciación es de oficio tan pronto como se advierta por el tribunal.

Si el caso fuera de que se admite la demanda sin advertir los defectos relativos a la competencia objetiva, ésta puede ser observada vía declinatoria por la parte demandada conforme a las normas del artículo 63 LEC.

1.2. Competencia territorial

Dos normas de la Ley de Arbitraje tienen mucho que ver con la determinación de la competencia territorial para conocer la demanda de anulación: Por una parte, el artículo 26.1 LA relativo a la obligatoriedad de determinar el lugar del arbitraje, misma que es atribuida a las partes y, en defecto de éstas, a los árbitros; Por otra parte y, en función a la anterior norma, en el artículo 37.5 LA se contempla, como contenido del laudo: el lugar donde se lo pronuncia, sancionando expresamente que, se considerará dictado en el lugar donde se ha realizado el arbitraje, sea por voluntad de las partes o el determinado por los árbitros.

Conjugando ambas normas mencionadas con el artículo 8.5 LA, modificado por el punto UNO de la Ley 11/2011, aparentemente queda claro que la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia competente, en razón del territorio, será aquella en cuya circunscripción de la Comunidad Autónoma se pronuncia el laudo y que, como vimos, no es otro que el lugar donde se ha realizado el arbitraje por voluntad de las partes o por disposición de los árbitros.

Pero no es del todo tan simple esta cuestión pues, podemos matizarla con lo relativo a la prórroga de la competencia en razón del territorio que, conforme el artículo 54 LEC, puede ser disponible por sumisión expresa o tácita. En efecto, en dicha norma se establece que las normas atributivas de la competencia territorial sólo se aplicaran en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de una determinada circunscripción.

De lo dicho y, para dilucidar la posibilidad o no de la prórroga de la competencia territorial en el caso del proceso anulatorio que prevé la Ley arbitral, advertimos dos situaciones:

1°. Por una parte, aquella que en forma taxativa impone la nueva redacción del artículo 8.5 de la Ley 60/2003, de arbitraje, norma ésta que tiene carácter especial, es decir, sería de aplicación preferente y, consecuentemente, la competencia territorial sería indisponible.

2°. Por otra parte, la norma del artículo 54 LEC, aplicable a todo proceso civil.

En principio, nosotros consideramos que, respecto de las partes, no existiría problema alguno si el tribunal admite a trámite la demanda de anulación que en su día presente el actor pues, si la parte demandada no está de acuerdo, puede promover la declinatoria conforme el artículo 63 LA, es decir, no se produciría la sumisión tácita.

Pero, las partes ¿podrán disponer expresamente de esa competencia territorial?; o más aún, el o los árbitros ¿podrán de oficio inadmitir la demanda por considerar que no tiene competencia territorial conforme la norma del artículo 8.5 LA?

Nosotros consideramos que sí es posible prorrogar la competencia territorial del órgano judicial que conocerá la demanda anulatoria y que al tribunal no le corresponde inadmitir la demanda, por los siguientes motivos:

1°. En la nueva redacción del artículo 8.5 LA y como venimos pregonando, la atribución de la competencia objetiva y territorial tiene carácter

especial porque el legislador lo ha considerado conveniente -por diversos motivos-, y ello no implica que las demás normas de la LEC reguladoras del proceso civil sean inaplicables.

2°. Debe tenerse presente que, de cualquier forma, el proceso anulatorio que se iniciará para ejercitar la pretensión anulatoria del laudo arbitral pronunciada por el o los árbitros, se encuentra dentro del ámbito de la jurisdicción civil y, como tal, todas las normas de ese orden son de aplicación obligatoria en el proceso civil.

3°. El cauce del juicio verbal es el establecido como procedimiento aplicable a la pretensión anulatoria conforme la norma del artículo 42.1 LA, modificado por el punto ONCE del artículo único de la Ley 11/2011, sin perjuicio de las peculiaridades especiales previstas en esta última normativa. Consecuentemente, ese cauce previsto en la norma de remisión citada, contempla todas las actuaciones procesales, incluyendo el tratamiento de la competencia del tribunal, salvando las específicas especialidades diseñadas en la Ley 11/2011.

4°. En cualquier caso, siempre existirá la posibilidad de cuestionar la disponibilidad de la competencia territorial vía declinatoria, conforme las disposiciones de la LEC.

2. Las partes

En el título VII de la Ley arbitral, que corresponde al tratamiento de las dos modalidades de impugnación del laudo arbitral, no encontramos ninguna referencia especial que en forma expresa nos diga quienes son las personas que pueden constituirse como partes en el proceso. Esto no debe plantear problema alguno, sino que, antes al contrario, habrá que estar a las reglas generales en relación con las partes en el proceso civil, tal como se regulan de forma específica en la LEC, y con carácter más concreto, dado que el legislador arbitral remite a la regulación del juicio verbal para la tramitación de esta

acción de anulación, podrán observarse de forma específica aquellas que pudieren específicamente ser de aplicación en relación con los mismos.

Veremos aquí algunos aspectos relacionados con el concepto de parte a los fines de establecer quienes, en definitiva, podrán ser potenciales candidatos a tener esa cualidad dentro del proceso anulatorio.

2.1. Concepto de parte procesal

CALAMANDREI⁵³, para determinar los alcances del concepto, parte de una premisa: “La cualidad de parte se adquiere con abstracción de toda referencia al derecho sustancial, por el solo hecho, de naturaleza exclusivamente procesal, de la proposición de una demanda ante el juez”. Además, agrega, la persona que propone y contra quien se propone la demanda adquieren sin más la calidad de partes del proceso aunque la demanda sea infundada, improponible o inadmisibles, y resume que las partes son el sujeto activo y el sujeto pasivo de la demanda judicial.

Entendemos que el autor nos dice que la relación procesal que nace por virtud de la iniciación del proceso a través de la demanda es totalmente diferente a la relación jurídica controvertida que da origen al proceso y, aun cuando esa demanda ha sido planteada sin ningún derecho, quien la presente adquiere calidad de parte en sentido procesal.

Otros autores⁵⁴, que igualmente resultan de interés, parten del concepto de pretensión procesal, para sostener que “parte” es aquella persona que formula o interpone la pretensión ante el órgano jurisdiccional y la persona

⁵³ CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, volumen II, cit., pp. 297 – 299.

⁵⁴ Entre otros: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio: *Derecho Procesal Civil. El Proceso de declaración*, 2ª edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 2001, p. 108; MONTERO AROCA, Juan, FLORS MATIES, José: *Tratado de Juicio Verbal*, Ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2003, p. 278; GUASP DELGADO, Jaime: *La pretensión procesal*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1981, pp. 92 – 93.

frente a quien se formula. Esto es, se vincula la noción de parte a la de pretensión procesal.

Atendiendo a los conceptos antes señalados y dentro del ámbito del proceso formal, parte procesal sería toda persona interviniente en el proceso y que están expuestos o son susceptibles de ser afectados o sufrir los efectos materiales de la sentencia que se pronuncie.

En el caso específico del proceso de anulación, atendiendo a los conceptos antes esbozados, podemos concluir con algunas precisiones:

1°. El concepto de parte no puede existir sin que antes exista un proceso legalmente formalizado.

2°. No interesa la titularidad de los derechos subjetivos a la hora de determinar quién es parte.

3°. La calidad de parte procesal en el concreto proceso donde se ejercita la pretensión anulatoria del laudo arbitral, no sólo está reservada para quienes hayan intervenido en el proceso arbitral, sino que esa calidad la adquiere quien, por virtud de la presentación de la demanda, inicia el proceso, independientemente si le asiste o no algún derecho.

4°. Todos los institutos relativos a las partes del proceso civil son aplicables al proceso de anulación del laudo arbitral, porque sencillamente el procedimiento obedece a ese cauce.

2.2.Requisitos de aptitud para ser parte

Volvemos a reiterar que la Ley de arbitraje nada dice en concreto respecto de las partes del proceso de anulación -ni tiene sentido que así lo hiciera-, por lo que, en lo que concierne a los requisitos de aptitud, debemos tener presente los siguientes aspectos:

1) Capacidad

La capacidad para ser parte, considerado el primer requisito para ocupar la posición de parte en el proceso, es la aptitud para ser titular de las obligaciones, cargas y derechos que aparezcan a lo largo de su tramitación, esto es, para ser sujeto de un proceso pidiendo la tutela judicial o concurriendo como parte pasiva frente a quien, dicha tutela, se solicita. La capacidad para ser parte es el correlativo en el orden procesal de la capacidad jurídica del Derecho Civil por cuanto por el sólo hecho de ser persona le es inherente la capacidad para ser parte. Todo aquel a quien el ordenamiento jurídico le reconoce o le otorga personalidad jurídica, tiene capacidad para ser parte en un proceso.

En el artículo 6 LEC viene atribuida la calidad de parte a un conjunto de personas y entes a las cuales se les reconoce la capacidad para ser parte en forma expresa. La capacidad procesal considerada el correlativo de la capacidad de obrar del derecho civil es la aptitud para comparecer válidamente en el proceso y realizar eficazmente los actos procesales. Esta capacidad viene atribuida en forma expresa en el artículo 7 LEC. Por su parte, el control de este presupuesto, conforme lo establece el artículo 9 LEC, puede apreciarse de oficio en cualquier momento del proceso, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de que la parte pueda proceder igualmente a su propia denuncia.

En los casos de incapacidad y al objeto de evitar que los derechos estén desprovistos de administración válida, la ley suple esa ausencia de capacidad a través de los mecanismos de integración y, siguiendo a LARROSA AMANTE⁵⁵, mencionamos los más importantes:

1º. La representación, aplicable a los casos de falta absoluta de capacidad procesal, es decir, cuando la persona física sólo puede actuar en el proceso por medio de su representante. Evidentemente, en todo caso, la parte

⁵⁵ LARROSA AMANTE, Miguel Ángel: “Capacidad Procesal y Capacidad para ser parte”, en SALAS CARCELLER, Antonio (Director), *Las Partes. Problemática Procesal*, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación Judicial, Madrid, 2006, pp. 45 – 51.

siempre es el representado. Estos son los casos del menor de edad no emancipado, del incapacitado judicialmente de manera absoluta y del *nasciturus*.

2°. La asistencia, se trata de un mecanismo que se da en determinados sujetos con limitada capacidad de obrar por no tener discernimiento adecuado y no pueden realizar por sí mismos determinados actos procesales. En este caso, es el curador que, sin suplir la voluntad del afectado, refuerza y controla su accionar dentro de los límites fijados por la resolución judicial en la que así se reconoce y se lo designa como tal para el cumplimiento de su función. Este mecanismo es aplicable a los supuestos de incapacitación parcial y asimismo en el caso de la prodigalidad.

3°. La autorización es otro mecanismo de integración pero de menor intensidad que los anteriores. No obstante se dan las circunstancias exigibles para que se considere la necesidad de que la actuación del sujeto o del representante legal, por los intereses en juego, quede controlada ya sea judicialmente o por la patria potestad o por un tercero que evite perjuicios directos al sujeto titular del derecho o del bien.

2) *Postulación*

En la conceptualización de lo que significa postulación o defensa, se parte de la premisa de que a las partes, aun teniendo capacidad procesal, no les está permitido intervenir y cumplir personalmente los actos procesales sino que deben servirse de personas técnicas que actuarán ejerciendo una función similar a la de intermediarios entre las partes y el Juez.

La función desempeñada por esas personas técnicas profesionales se denomina, como dijimos, postulación, defensa o patrocinio que, en la mayoría de las legislaciones viene reconocida a través de una doble modalidad de postulación: A través de representación procesal por procurador y a través de la

asistencia técnica de abogado; este es el caso de la LEC⁵⁶ que, en su artículo 23 prevé la representación procesal por procurador y, en el artículo 31, la asistencia de abogado.

a. La actividad procesal del procurador

La relación existente entre procurador y parte tiene doble alcance: Por una lado, las obligaciones recíprocas entre ambos en virtud del contrato de mandato que los liga y, por otro lado, -que es la que nos interesa- el vínculo de representación procesal de la parte frente a los tribunales y frente a la parte adversa, a través del cual la parte se halla representada en todas las actuaciones procesales que le corresponda realizar.

b. La asistencia técnica de abogado

A través de la asistencia técnica, quien ejerce la función de abogado expone en juicio, sea oral o por escrito, las razones de las pretensiones de las partes y controla el tratamiento procesal a seguir. A diferencia de la representación procesal por procurador, la asistencia no precisa de poder o mandato para su ejercicio.

c. Fundamentos

Como señala CALAMANDREI⁵⁷, detrás del patrocinio existe un interés privado y un interés público. Desde el punto de vista del interés privado sostiene que responde, por una parte, a un interés psicológico, por cuanto la parte no tiene la serenidad para captar puntos esenciales del caso jurídico donde se halle implicada para exponer sus razones y que la presencia del

⁵⁶ LEC: Artículo 23.1: “La comparecencia en juicio será por medio de procurador legalmente habilitado para actuar en el tribunal que conozca del juicio”. Artículo 31.1: “Los litigantes serán digeridos por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto. No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de Abogado”.

⁵⁷ CALAMANDREI, Piero: *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, Volumen II, cit., pp. 391 – 395.

patrocinante garantiza a la parte una defensa razonada y propia, persuasiva y eficaz y; por otra parte, desde el punto de vista técnico, la importancia del patrocinio es paralelo a la complicación de las leyes escritas y al avance de la ciencia jurídica. Concluye este punto señalando que, al encomendar la defensa a un experto, no sólo la exposición de sus razones sino también el cumplimiento de los actos del proceso, consiguen los fines de no incurrir en errores de forma y ser mejor defendido.

Pero además, agrega el mismo autor, que la actividad de los patrocinadores responde a un interés público y favorece a la parte. La actividad jurisdiccional se beneficia, lo que no ocurriría si se tratara directamente con las partes.

Es por ello que a la vista de las dos dimensiones expuestas, señala este autor que la función de los defensores responde, simultáneamente, a exigencias de interés privado -por lo que se los puede considerar auxiliares de las partes- y de interés público -se los puede considerar como auxiliares del juez- y, además, se constituyen en colaboradores de las mismas.

A la concepción sostenida por el referido autor podemos agregar que la postulación, responde a una doble manifestación:

Por una parte, constituye un presupuesto procesal por cuanto en forma expresa así lo exigen los artículos 23.1 LEC y 31.1 LEC, que configuran el ámbito de obligatoriedad de la asistencia técnica que deben observar las partes para la realización de las actuaciones procesales, es decir, que todo memorial debe ser firmado por un abogado, además de la parte, para ser admitido por el órgano jurisdiccional.

Por otra parte, la postulación procesal no solo tiene los alcances de un presupuesto sino que va más allá pues, la exigencia de asistencia letrada es considerada un componente del derecho de defensa de las partes en el proceso, consecuentemente, es también un derecho fundamental, no una exigencia meramente formal o presupuesto procesal que deben cumplir las partes sino,

estamos frente a un verdadero instituto que precautela un derecho fundamental de las partes: el derecho a una defensa técnica eficaz.

d. La postulación en el proceso de anulación del laudo

A diferencia de LA 36/1988, en cuyo artículo 51 se determinaba la preceptiva de la intervención de abogado y procurador, la Ley 60/2003 nada dice al respecto; sin embargo nosotros consideramos que, sobre la base de la remisión del trámite a lo contemplado para el juicio verbal, y por supuesto a la regulación general de esta materia por la norma común, la LEC, resulta obligatoria la aplicación de las normas del artículo 23.1 LEC y 31.1 LEC y su control puede ser de oficio o a denuncia de parte.

3) *Gravamen*

Pero además de los requisitos de capacidad y postulación, quienes se consideren legitimados -concepto que analizaremos en seguida- para plantear la pretensión impugnatoria, requiere la concurrencia de un gravamen que consiste en el contraste entre lo resuelto y la pretensión de la parte demandante que ejercita la acción de anulación. Luego entonces, habrá sufrido gravamen quien aparece como perdidoso en la resolución o por lo menos considere que lo es; en tanto que, la otra parte, no lo habrá sufrido y, consecuentemente, no estará habilitada para impugnar la resolución.

GARBERI LLOBREGAT va más allá, dado que entiende que es inadmisibles la acción si el órgano jurisdiccional advierte, de una simple compatibilización del laudo y la demanda, la inexistencia del gravamen, y ello en el sentido de que una eventual estimación de la demanda no tendría ningún efecto respecto de los intereses del demandante⁵⁸.

⁵⁸ GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, cit., pp. 1085 – 1086.

Siguiendo a CARNELUTTI⁵⁹, recogeremos aquellos aspectos que hacen a la concurrencia del gravamen -el referido autor la denomina interés en la impugnación- tomando en cuenta el concepto de legitimación al que tendremos oportunidad de referirnos en el apartado siguiente.

a. Respecto de las partes que han intervenido en el proceso.

Dada la naturaleza jurídica de la acción de anulación, prevista en la Ley 60/2003, cuyo objetivo es el garantizar que, en el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se hayan cumplido las normas de la misma o lo acordado por las partes, el gravamen o interés de la parte en la impugnación del laudo arbitral vía ejercicio de la acción de anulación estará determinado por la concurrencia de alguna de los motivos establecidos en el artículo 41 LA que en su momento se hayan puesto de manifiesto ante los mismos árbitros, so pena de convalidación y de no poder sustentar la impugnación sin tal requisito, dado que así lo ha querido el legislador al incorporar una suerte de renuncia a ese derecho a objetar, en los términos previstos de forma específica en el artículo 6 LA.

Pero esa concurrencia del motivo de anulación necesariamente tendrá que haber causado gravamen a la parte impugnante del laudo, aun cuando específicamente no se exija como tal, pero sí lo hace implícitamente. Sólo así su demanda impugnatoria podrá ser sometida a trámite. La impugnación de la

⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco: *Instituciones del Proceso Civil*, Volumen II, Ed. Ediciones Jurídicas pp. 191 – 192. El autor, grafica con dos ejemplos el tema: “Ejemplo del primer tipo: en el proceso impugnado ha sido declarada cierta la propiedad de Ticio negada por Cayo sobre un determinado fundo; Sempronio, que a su vez pretende para sí la propiedad sobre el mismo fundo, tiene interés en proponer la oposición porque la propiedad reconocida a Ticio está en contraste con el derecho pretendido por él. Ejemplo del segundo tipo: en el proceso impugnado ha sido declarada cierta la transferencia de la propiedad de un determinado fundo de Ticio a Cayo; Sempronio, que se afirma acreedor de Ticio y no podría someter a ejecución otros bienes de Ticio para satisfacer su crédito, tiene a su vez interés en proponer la oposición, porque la propiedad atribuida por la sentencia a Cayo está en contraste con la propiedad de Ticio, necesaria para que el derecho de crédito de Sempronio pueda ser satisfecho”.

parte que no hubiera sufrido gravamen, como señala CARNELUTTI⁶⁰, “...es ineficaz por defecto de interés...”.

b. Respetto del Ministerio Fiscal

Cuando un laudo se ha pronunciado sobre materia no arbitrable o contrario al orden público, el gravamen se entiende que recae sobre el interés público, por tanto, es el Ministerio Fiscal, como protector de esos intereses, quien debe asumir defensa a través de la demanda impugnatoria.

c. Respetto del tercero con interés legítimo

Siguiendo los conceptos de CARNELUTTI⁶¹, el gravamen o interés de un tercero en la impugnación de un laudo arbitral, en primer lugar, viene dado por el contraste entre la relación jurídica declarada, o constituida cierta por el laudo impugnado, y la relación jurídica pretendida por el tercero y; por otra parte, por el contraste entre la relación declarada, o constituida cierta en el laudo, y una relación necesaria para que el derecho del tercero respecto de una de las partes sea satisfecho.

2.3. Legitimación

En el tratamiento de la legitimación, consideramos necesario tener presente los siguientes aspectos:

Un primer aspecto a tomar en cuenta, y tal como expusimos a tiempo de analizar el concepto y la naturaleza jurídica de la acción de anulación concebida en la Ley de Arbitraje, es lo relativo al interés procesal como requisito constitutivo de toda acción. Siguiendo a CALAMANDREI⁶² habíamos puesto de manifiesto los tres requisitos de la acción: Relación entre

⁶⁰ Ult. Cit.: p. 191.

⁶¹ Ult. Cit.: p. 191.

⁶² Vid: Apartado II, numeral 1, del presente Capítulo.

el hecho y la norma; la legitimación tanto para obrar como para contradecir y; el interés procesal en obrar y contradecir. Respecto de este último, habíamos dicho que no tiene un solo origen y, en el caso concreto de la acción de anulación, ese interés procesal no tiene origen en el incumplimiento de una obligación, ni en la falta de certeza del derecho sino, tiene su origen en la Ley, en los concretos motivos tasados previstos en el artículo 41 LA; es decir, en el hecho de que, existiendo en concreto las condiciones puestas por la ley sustancial para dar lugar al cambio de una cierta relación o estado jurídico, es la ley misma la que dispone que ese cambio solo puede producirse a través de un pronunciamiento judicial previa verificación de certeza de la existencia de dichas condiciones, no por voluntad de las partes.

El otro aspecto a tomar en cuenta es la concreta definición de lo que la LEC considera partes legitimadas, preceptiva que la encontramos en el artículo 10 LEC: *“Condición de parte procesal legítima. Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuye legitimación a persona distinta del titular”*.

1) Concepto

PRIETO CASTRO⁶³ nos expone los alcances de lo que debe entenderse por legitimación partiendo de la búsqueda de una explicación de quien, sin ser titular del derecho material, presenta una demanda e incoa un proceso. Agrega el mismo autor que es el derecho material el que determina quienes han de estar como partes en el proceso, es decir, los que por la relación en que se hallen respecto del objeto del mismo, están llamados a ejercitar la acción (demandar) y a defenderse, como parte activa y parte pasiva respectivamente.

63 PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 2º edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1985, pp. 314 – 316.

Los sujetos así individualizados reciben la denominación de “partes legítimas” y a la cualidad que poseen se llama “legitimación”.

La teoría de la legitimación, dice, “sirve para determinar la parte que jurídicamente debe figurar como tal en el proceso, es decir, la genuina parte, portadora del derecho de accionar, incoando y siguiendo un proceso precisamente contra un demandado concreto (legitimación activa), y para precisar cuál deba ser el sujeto gravado con la carga de asumir la postura de tal demandado frente a ese demandante y a su demanda, esto es la carga de contradecir (legitimación pasiva)”.

Para el referido autor la legitimación es el efecto en el proceso de la facultad de ejercicio (disposición y administración) de los derechos subjetivos. Es un exponente del poder dispositivo que sobre estos derechos poseen sus titulares, en cuanto obedece al principio de que sólo a éstos se les ha de reconocer autorizados para ejercitarlos o, al menos, cuando así no sucede, permite explicar la presencia en el proceso de partes que no son titulares de la relación jurídica controvertida, cuando por derecho material (o procesal) la facultad de ejercicio experimenta una desviación.

Esto es lo que MONTERO⁶⁴ alude cuando sostiene que en sus orígenes el concepto no nace para explicar los supuestos en que los titulares de la relación jurídica material se convierten en partes en el proceso y que, más bien, a través de la legitimación se pretendía dar sentido a aquellos supuestos en los que las leyes permiten, a quienes no son titulares de esa relación, convertirse en partes en el proceso.

MONTERO al profundizar sus estudios sobre la legitimación, en su última obra y sobre la base del análisis del artículo 10 LEC, sostiene que “la pretendida posición habilitante para formular la pretensión (activa) o para que contra él se formule (pasiva) en condiciones de que sea examinada por el juez

⁶⁴ MONTERO AROCA, Juan, FLORS MATIES, José, *Tratado de Juicio Verbal*, cit., p. 299.

en cuanto al fondo” a la que hacía referencia en sus primeros estudios, resulta inútil y carece de utilidad por cuanto, dice, lo importante es que quien formule la demanda afirme que él es el titular del derecho subjetivo, sin perjuicio de que luego y ya al analizar el fondo del asunto, sea así realmente⁶⁵.

El mismo autor, partiendo del análisis del artículo 10 LEC, concluye descartando la idea inicial de “posición habilitante” que tenía en principio respecto de la legitimación y, más bien, sostiene que la legitimación es el hecho de que alguien en el inicio de un proceso concreto, determinado y ya presente, realice esas afirmaciones de titularidad del derecho subjetivo material y titularidad de la obligación; deja en claro que legitimación no consiste en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y resolverá en sentencia.

Por su parte, DE LA OLIVA⁶⁶ sostiene que por legitimación se entiende la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una relación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el otorgamiento, justamente a su favor, de la concreta tutela jurisdiccional pretendida (legitimación activa) o la exigencia, precisamente respecto de él, de las consecuencias del otorgamiento de una concreta tutela jurisdiccional (legitimación pasiva).

Contraria a esas teorías, principalmente a los primeros estudios⁶⁷ de MONTERO, es la posición que asume NIEVA⁶⁸, para quien, el concepto de legitimación no pertenece al Derecho Jurisdiccional, sino que, más bien, pertenece al ámbito del Derecho Privado en el que “legitimación” es la

⁶⁵ MONTERO AROCA, Juan: *De la legitimación en el Proceso Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 154.

⁶⁶ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio: *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, cit., p. 126.

⁶⁷ Nos estamos refiriendo a su primera obra sobre legitimación editada en 1994 denominada *La legitimación en el Proceso Civil* (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él) pues, la última obra de MONTERO ha sido editada el año 2007, posterior a la obra de NIEVA.

⁶⁸ NIEVA FENOLL, Jordi: *La Sustitución Procesal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 33.

posibilidad legítima de realizar con eficacia un acto jurídico, lo que incluiría el uso y disfrute del objeto del derecho y la defensa procesal y extraprocesal del derecho. Explica ello en el sentido de que el Derecho Civil no puede conferir el ejercicio de derechos a otra persona que no sea su titular y, en el caso de la sustitución procesal, no es que se confiera el uso de ese derecho a un tercero, sino que otorga meramente “acciones” a fin de que lo defienda en un proceso, caso en el cual la base siempre es de naturaleza jurídico – material y de derecho privado.

Concluye el mismo autor que el concepto de “legitimación” carece de contenido útil para el Derecho procesal, y que es un concepto indefinible para dicho derecho porque tiene un contenido imposible. Sostiene que lo más importante es apartar a la Ciencia Jurisdiccional de este concepto, y respetar la noción del Derecho Civil y que, desde el Derecho Procesal, lo único que puede hacer es averiguar la capacidad procesal de las partes al inicio del proceso. Todo lo demás es objeto de la sentencia, dado que de lo contrario -poner trabas a la participación de los sujetos en el proceso *in limine litis*- lo que sucederá es que el juicio sobre su intervención se acabará convirtiendo en un prejuicio.

Nosotros, a los fines de obtener la mayor utilidad del concepto y aplicarlo a los alcances de nuestro estudio acerca de los sujetos de la pretensión anulatoria, nos permitimos resumir algunas precisiones acerca de los alcances de lo que es la legitimación:

1°. Desde puntos de vista distintos de la doctrina, se llega a una misma conclusión, cual es que la legitimación es un concepto que cobra vigencia únicamente dentro de un concreto proceso.

2°. La legitimación es un concepto que nos dice quien, en un proceso concreto, debe interponer la pretensión y contra quien debe interponerse, para que el juez pueda emitir resolución sobre la cuestión planteada.

3°. El derecho subjetivo material es determinante para establecer quien se encuentra legitimado para intervenir en un proceso concreto.

4°. Eventualmente la ley permite a quienes no son titulares de esa relación jurídica material a convertirse en partes legítimas dentro de un proceso concreto, tal el caso de la sustitución procesal.

5°. La legitimación es una cuestión que debe dilucidarse en sentencia y no precisamente porque se confunda con el tema de fondo sino porque, aun considerándose en teoría el desdoblamiento del concepto, *in limine litis* no puede resolver el órgano jurisdiccional a riesgo de atentar contra el derecho a la tutela judicial efectiva, salvo en ciertas clases de procesos en donde la legitimación está debidamente precisada y es manifiestamente inadmisiblesometer a trámite sin que se acredite, *in limine*, esa legitimación (ejemplo: en un proceso de divorcio o en uno de incapacitación).

6°. No constituye un presupuesto de admisión de la demanda sino un presupuesto de la pretensión deducida en el proceso.

7°. La falta de legitimación es una cuestión que debe dilucidarse en sentencia, sea de oficio o si se ha denunciado por la parte.

8°. La parte puede denunciar la falta de legitimación mediante la defensa de fondo o por medio de la interposición de una excepción.

2) Legitimación activa

Atento a los conceptos antes expuestos, veremos a continuación quienes se encuentran legitimados activamente para interponer la pretensión anulatoria.

Como sostiene MONTERO⁶⁹, “en un ordenamiento basado en la autonomía de la voluntad y en la libre disposición, el único que puede formular

⁶⁹ MONTERO AROCA, Juan: *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 156. MONTERO se vale de dos ejemplos concretos para explicar el concepto de legitimación: “1°. Si A demanda a B afirmando la existencia de unos hechos constitutivos que son los típicos de un contrato de compraventa, y pide en el suplico de la demanda la condena del demandado a que le pague la parte del precio que quedó aplazada, y sí, al mismo tiempo, afirma que él, A, es el vendedor y que B es el comprador, con esas simples afirmaciones habrá quedado conformada la legitimación, la activa y la pasiva, para que ya en el proceso pueda procederse a debatir sobre la consecuencia jurídica concreta derivada del contrato (el pago del precio) y que el tribunal pueda entrar a decidir sobre la concreta petición formulada, que será decidida en uno y otro

la pretensión con legitimación es quien afirme su titularidad activa de la relación jurídica material. Si una persona que no realiza esa afirmación, interpone la pretensión en beneficio de quien ella afirma que es el titular, el tribunal tendrá que declarar que se actúa sin legitimación activa y no podrá llegar a pronunciarse sobre el fondo del asunto, esto es, sobre si existe la relación y sobre quiénes son sus titulares, dictando una resolución meramente procesal, cuyo contenido esencial consistirá en declarar que el proceso no se ha realizado válidamente”.

a. Las partes

Esencialmente cualquiera de las partes que han intervenido como tales en el proceso estarán legitimadas activamente para interponer la acción anulatoria del laudo arbitral; en este caso, las partes podrán presentarse personalmente o podrán estar representados por otra persona mediante mandato especial, esto es, el presupuesto lleva consigo un análisis previo de la procedencia de la petición vinculada con quien se presenta planteando el

sentido conforme a los hechos afirmados, los hechos probados y la norma material aplicable. 2º. Si C demanda a B con referencia a la misma relación jurídica material anterior de contrato de compraventa, lo que supone que afirma la existencia de los mismos hechos constitutivos, y afirma que él, C, no es el vendedor, pero que a pesar de ello pide que se condene a B a que pague el resto del precio aplazado a A, estamos ante un supuesto claro de falta de legitimación activa.

La consideración de estos dos ejemplos debe hacerse desde dos perspectivas:

1º. El ordenamiento jurídico no permite que una persona que reconoce desde el principio que no es titular de una relación jurídica y, por lo mismo, que no es titular de un derecho subjetivo, pida la tutela judicial en esa relación jurídica y para ese derecho subjetivo. La libertad jurídica en la disposición y la autonomía de la voluntad en el ejercicio de los derechos no pueden permitir, en general, que quien reconoce no ser titular ejercite un derecho, pues ello implicaría realmente la desaparición de los derechos subjetivos, al no darse la exclusividad en el ejercicio de los mismos. La consecuencia es que el proceso no se realizará válidamente y por ello el tribunal ni siquiera podrá entrar a examinar si el derecho existe y quién es su titular. 2º. En sentido contrario pero complementario, si una persona insta la tutela judicial de un derecho subjetivo que afirma como propio, por el mismo hecho de la afirmación queda constituido el supuesto de hecho sobre el que se asienta el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de la CE, el proceso se realizará válidamente y el tribunal deberá entrar a decidir sobre el fondo de la pretensión, esto es, sobre si la relación jurídica existe, sobre si el demandante es titular del derecho afirmado y sobre si el demandado es titular de la obligación imputada”.

recurso, es lo que CARNELUTTI denomina impugnación directa o indirecta, teniendo en cuenta si se ha actuado en forma personal, por representación en el proceso impugnado⁷⁰ o como emergencia de la sustitución procesal, sea a título particular o a título hereditario.

b. Tercero con interés legítimo

La concepción amplia de la norma contenida en el artículo 41.1 LA permite que un tercero, que no ha intervenido en el proceso, tenga legitimación para interponer la pretensión anulatoria del laudo. En este supuesto, el presupuesto lleva consigo el análisis del interés de obrar, esto es, si la pretensión ejercitada puede o no ser tomada en cuenta de acuerdo a las circunstancias.

Un tercero que no ha intervenido ni como demandante ni como demandado dentro del procedimiento arbitral podrá interponer la demanda impugnatoria cuando los derechos de ese tercero estuvieran comprometidos en ese proceso arbitral, es decir, es portador de un derecho conexo con lo litigado en el proceso arbitral.

⁷⁰ CARNELUTTI, Francesco: *Instituciones del Proceso Civil*, volumen II, cit., p. 188. Al respecto señala: “De ordinario, quien propone la demanda de impugnación tiene que haber sido o haber podido ser parte en el procedimiento impugnado; la impugnación, por tanto, puede ser propuesta, no sólo por la misma persona que fue parte en dicho procedimiento, sino también por la que hubiera podido ser parte en él, directa o indirecta (...); si el procedimiento ha sido conducido por la parte directa, la sentencia puede ser impugnada por una parte indirecta (representante o sustituto); en cambio, si ha actuado en el procedimiento una parte indirecta (representante o sustituto), puede actuar en el procedimiento de impugnación la parte que en el procedimiento impugnado fue representada o sustituida. Una aplicación de esta última hipótesis la hace el art.111, cuando consiente al sucesor a título particular la impugnación de la sentencia pronunciada, contra el actor (y así, al adquirente de las res litigiosa, apelar contra la sentencia pronunciada contra el enajenante); a este propósito, reflexiónese que, aunque la sucesión a título particular verificada en el curso del procedimiento impugnado sea irrelevante a los fines del proceso (...), ocasiona, sin embargo, una mutación en la litis en virtud de la cual no es ya parte en sentido material (...) el enajenante, sino el sucesor, del cual aquel continúa el proceso a título de sustituto”.

CARNELUTTI⁷¹ sustenta la intervención de un tercero en la denominada “oposición de un tercero” que prevé la legislación italiana y, al respecto, es contundente en señalar que su no participación en el procedimiento impugnado constituye la anomalía de dicho proceso por cuanto la intervención de ese tercero hubiera dado lugar a una justa decisión.

En ese sentido, el derecho -que CARNELUTTI denomina legitimación para impugnar- que un tercero tiene para intervenir con una demanda impugnatoria dentro del procedimiento arbitral, como señala BARONA VILAR⁷² y en su momento ALVAREZ SANCHEZ DE MOVELLÁN⁷³, tiene sustento en la concurrencia de un interés legítimo de quien no ha intervenido en dicho procedimiento, lo cual se conecta con la tutela jurisdiccional efectiva consagrada en el artículo 24 CE.

No piensa lo mismo MERINO MERCHAN⁷⁴, para quien los únicos legitimados activamente son las partes que han intervenido en el procedimiento arbitral y no un tercero aunque se acredite interés legítimo, y ello por la propia naturaleza del arbitraje cuya base es el convenio que liga únicamente a quienes

⁷¹Ult. Cit.: p. 312. Por lo interesante del análisis del profesor CARNELUTTI, transcribimos a continuación lo relativo a la Oposición de Tercero: “El carácter extraordinario de la oposición de tercero (...) verdadera y propia (...) no consiste en que la rescisión (de la sentencia impugnada) sea limitada, esto es, se subordine a la existencia de un motivo, sino en la *legitimación para la impugnación, la cual pertenece solamente al tercero, es decir, a quien no fue parte en el juicio impugnado*; puesto que éste no es un tercero cualquiera, sino un tercero sujeto de una *litis* conexas con *litis* deducida en el procedimiento impugnado, el cual, por tanto, hubiera tenido derecho a hacer en ella intervención principal (...), es la existencia de ese tercero, o mejor su carácter de extraño al procedimiento impugnado, lo que constituye el motivo de la rescisión; en otras palabras, este motivo se identifica con la legitimación del tercero para la impugnación, por lo cual la fase rescindente del juicio se limita a las cuestiones referentes a la legitimación (...) y al interés (...) del tercero. La verdad es que la no participación en el procedimiento impugnado de un tercero que hubiera estado legitimado para participar en él, constituye la anomalía de dicho proceso que consiente, al mismo juez que la pronunció, la rescisión de la sentencia; precisamente porque la participación del tercero hubiera podido servir a la justa decisión (...), la falta de ella puede haber sido una causa de injusticia”.

⁷² BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1º edición, cit., p. 1453.

⁷³ ALVAREZ SANCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro: *La anulación del Laudo Arbitral*, cit., p. 377.

⁷⁴ MERINO MERCHAN, José F., CHILLON MEDINA, José Ma.: *Tratado de Derecho Arbitral*, ed. Thomson Civitas, 3º edición, Cizur Menor (Navarra), 2006, p 726.

lo firman y son ellos los que han desplazado al órgano jurisdiccional; el tercero, en todo caso, tendría la vía judicial para hacer valer sus derechos en proceso distinto.

Nosotros consideramos que, por la claridad de la norma del artículo 41.1 LA, “*el laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe*”, no hay duda de que un tercero puede interponer la pretensión impugnatoria del laudo, pero no es cualquier tercero, sino que necesariamente éste deberá demostrar un derecho que sea conexo con lo litigado, lo que no es sino la exigencia de que tenga, y así lo pruebe, un interés legítimo en lo que fue objeto del proceso arbitral y por ello en el resultado alcanzado. Es la consecuencia irrefutable de la aplicación del derecho consagrado en el artículo 24 CE, reconociéndole legitimación activa.

Precisamente, esta permisibilidad de que sea un tercero, no actor y demandado, el que pudiera aparecer como legitimado activo en la pretensión anulatoria, podría ofrecer fundamento a la situación anteriormente contemplada, a saber, a la duda acerca de si el árbitro podría llegar a ejercitar la pretensión anulatoria. Ambos casos se trata de situaciones complejas, no comunes y de carácter excepcional, lo que lleva igualmente a la exigencia de los requisitos y condiciones establecidos para su consideración con enorme rigurosidad. No han sido partes en ningún caso. La diferencia, obviamente, entre quien no fue parte ni tuvo intervención alguna con el que no fue parte pero fue órgano decisor se encuentra en que en el primero el legislador ofrece una solución legalmente establecida, y con unos requisitos para su activación, mientras que en el segundo caso, que es más excepcional si cabe, deberá efectuarse una interpretación de la mala fe y del fraude de las partes para que pudiera llegar a constituir una vía para el ejercicio de la tutela del árbitro. Probablemente no se ha contemplado esta posibilidad de ser actores en el proceso anulatorio del laudo los mismos árbitros, porque a éstos siempre les quedaría abierta otras posibilidades vía civil o vía penal que salvaran en su

caso su profesionalidad y a la postre su responsabilidad en el desempeño de la función de árbitros.

c. El Ministerio Fiscal

Pero además de las partes y el tercero con interés legítimo, en el artículo 41.2 LA (incisos b, e, y f) se establece que el Ministerio Fiscal se encuentra legitimado activamente para instar la anulación del laudo, si bien esa legitimación es extraordinaria⁷⁵ por cuanto viene impuesta por la Ley y solo para aquellos casos en que el laudo afecte intereses cuya defensa sea de su atribución. Al respecto, resulta esclarecedor el análisis que CALAMANDREI⁷⁶

⁷⁵ MONTERO AROCA, Juan: *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p 443. Sostiene el autor que en ocasiones y por motivos políticos la ley amplía la legitimación dando entrada al Ministerio Público en el proceso civil en una suerte de publicización de los derechos que no abandona al libre juego de los particulares y que su campo de acción no siempre es el mismo, sino que debe atender a un momento determinado y a un país concreto para saber qué medidas tiene ese campo de actuación.

⁷⁶CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen II, ci., pp. 433 – 435. Por lo interesante del análisis, vamos a transcribir la parte pertinente del análisis que Piero Calamandrei hace respecto a la intervención del Ministerio Público en el proceso civil: “Tanto en el proceso penal como en el civil, pues, la presencia del M. p. responde en sustancia a un interés público de la misma naturaleza: hacer que, frente a los órganos juzgadores, que para mantener intacta su imparcialidad y, por tanto su indiferencia inicial, no pueden menos de ser institucionalmente inertes (*nemo iudex sine actore*), se despliegue en forma correspondiente a los fines públicos de la justicia la función estimuladora de las partes. Pero mientras en el proceso penal se ha considerado que tales fines no pueden ser logrados sino aboliendo en todo caso la iniciativa privada y encomendando en todo caso el ejercicio de la acción penal a un órgano público, en el proceso civil, en correspondencia con la distinta naturaleza del derecho sustancial (...), se ha mantenido intacto en general el principio dispositivo (...), en virtud del cual la iniciativa privada es aprovechada como normal y suficiente instrumento del interés público en la observancia de la ley; y sólo en los casos excepcionales en que dicha iniciativa no funcione satisfactoriamente, por faltar o porque pueda retorcérsela *in fraudem legis*, se ha introducido al M. P. como parte pública, con el oficio de suplir o de controlar, en interés de la justicia, la iniciativa de las partes privadas.

En tales casos el M. p. entra en el proceso civil con la misma función procesal que en él ejercitan las partes privadas: a saber, con la función de proponer demanda al juez, con todas las facultades a ellas conexas y consiguientes (distintas, como vemos, según sea el M. p. quien toma la iniciativa del proceso como actor, o se limite a intervenir en él como órgano de control en un proceso iniciado por otros). Que el M. p. tenga en el proceso civil la posición de parte en el sentido exclusivamente procesal que anteriormente hemos precisado, no hay duda: es un órgano público creado expresamente para ejercitar en el proceso las mismas atribuciones que normalmente ejercitan en él las partes privadas; pero la doctrina, partiendo de la contraposición entre parte en sentido procesal y parte en sentido sustancial, cuyos peligros

hace con relación a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil y concluye que, siendo ese Ministerio un órgano del Estado, es el Estado personificado en el Ministerio Fiscal que debe considerarse parte no sólo en sentido formal sino también en el sustancial, posición que es equiparable a cualquier órgano administrativo que en nombre del Estado estuviera en juicio para la tutela de intereses públicos.

Pero esa legitimación extraordinaria que la Ley de Arbitraje le reconoce al Ministerio Fiscal es en consideración a específicos motivos, concretamente a los que figuran en los párrafos de los literales b), e) y f) del artículo 41.1 LA, no respecto a todos los motivos.

El común denominador que subyace en los referidos motivos tiene que ver con intereses que el Estado está llamado a precautelar por cuanto así se desprende de la propia estructura del modelo económico y jurídico diseñado en la CE que, si bien reconoce la propiedad privada y la iniciativa empresarial, se opta por un modelo que distingue entre intereses privados y públicos, sustrayendo de los alcances del principio dispositivo, entre otros, aquellos

indicábamos en su oportunidad, no se ha contentado con reconocer al M. p. la cualidad de parte en sentido formal, sino que ha querido estudiar sí, y en qué forma, se puede considerar al M. p. parte en sentido sustancial, es decir, si el M. p., cuando participa en el proceso civil, hace o no valer en él derechos subjetivos sustanciales distintos de los deducidos en juicio por las partes privadas, y cuál sea la naturaleza de esos derechos sustanciales hechos valer por el M. p. y quién sea el sujeto de ellos. Para responder a estas preguntas, se ha observado que, siendo el M. p. un órgano del Estado, es el Estado quien, personificado por el M. p., debe considerarse parte en causa, en sentido formal y en sentido sustancial: de manera que la posición del M. p. en el proceso civil sería equiparable a la de cualquier otro órgano administrativo que en nombre del Estado estuviera en juicio para la tutela de intereses públicos: “parte en causa es, pues, el estado personificado en el Ministerio Público, así como, para la tutela de otros intereses, el mismo Estado, en vez de hacerlo por medio del M. p., estaría en juicio por medio de otro órgano administrativo cualquiera...” La diferencia entre el M. p. agente y esos otros órganos recordados, no ataña más que la distinta naturaleza de los intereses tutelados”.

Más adelante, el mismo autor profundiza su análisis y sostiene: “...el M. p. está instituido para defender, no los intereses que están en conflicto dentro de aquella relación, sino para vigilar, situándose por encima de la lucha de esos intereses partidistas, el interés superior y genérico en la observancia de la ley. Su posición, pues, es intermedia entre la del juez y la de las partes privadas: actúa como una parte, pero en interés superior al de las partes, es decir, en el interés imparcial de la justicia”.

aspectos relacionados con los derechos y garantías constitucionales. A ello apuntan los motivos que señala el artículo 41.2 LA, normativa que no solo faculta al Tribunal competente apreciar de oficio tales motivos sino que, legitima extraordinariamente al Ministerio Fiscal para accionar de anulación sobre la base de los mencionados motivos por cuanto se trata de intereses cuya defensa le está atribuida por el Estado.

3) Legitimación pasiva

Pasivamente estará legitimada la parte contra quien se dirige la pretensión impugnatoria si ésta ha sido interpuesta por una de ellas.

En la pretensión del tercero con interés legítimo, aquella necesariamente debe dirigirse contra ambas partes - quien actuó como actor y quien lo hizo como demandado en el proceso arbitral - por cuanto, no habiendo sido parte en el procedimiento arbitral, deberá hacerla valer frente a ambas y, en tal caso, no puede haber discriminación entre el demandante o el demandado de la pretensión impugnatoria pues, de lo que se trata es de la resolución del tribunal arbitral que ha afectado un interés legítimo de quien no ha sido parte en el proceso arbitral, por ende, a las partes que lo han sido les afectará de una u otra forma la acción anulatoria del tercero.

Lo mismo si es el Ministerio Fiscal quien acciona de anulación en los casos específicos para los cuales la Ley de Arbitraje lo legitima.

4) ¿Es posible referirse a la legitimación de los árbitros?

Si somos coherentes con el análisis que hemos formulado acerca de la naturaleza de la acción de anulación, con el objeto de la pretensión anulatoria y con la norma contenida en el artículo 41.1 LA, “*el laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe*”, nos animaríamos a admitir la posibilidad de que los árbitros tienen legitimación

para intervenir en el proceso anulatorio, apreciación que la sustentamos en los razonamientos siguientes:

1°. Acerca de la naturaleza de la acción de anulación hemos concluido diciendo que aquella es de carácter extraordinario por cuanto se sustenta en motivos que la misma Ley de Arbitraje identifica.

2°. Dijimos también que, respecto del objeto del proceso anulatorio en sede jurisdiccional, o sea la pretensión procesal que se persigue, es la obtención de un pronunciamiento judicial que declare la ineficacia del laudo pronunciado por los árbitros por haberse demostrado la existencia de alguno de los motivos de anulación que prevé el art.41.1 LA.

3°. Además si tomamos en cuenta el contenido de la norma del artículo 41.1 LA: *“el laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe”*, vemos que la norma no hace referencia a nadie en específico y solo menciona *“la parte”* concepto que, como tenemos dicho se adquiere por el solo hecho de haber formulado una pretensión ante autoridad jurisdiccional.

4°. Los motivos tasados que identifica la Ley de Arbitraje tienen directa relación y son consustanciales con el laudo pronunciado por los árbitros, o sea que ese acto arbitral es únicamente de responsabilidad de los árbitros y, aunque las partes (demandante y demandado) son quienes promueven ese pronunciamiento, el laudo podrá ser anulado cuando los árbitros lo hayan pronunciado mediando los presupuestos de alguno de los motivos tasados.

De lo dicho podemos afirmar que la legitimación no es una atribución privativa de las partes -aunque la Ley prevé también la legitimación del Ministerio Fiscal-. Como ya apuntamos, un tercero con interés legítimo también podría tener legitimación activa para promover la acción anulatoria.

Ahora bien, como ya adelantamos en el punto relativo con la legitimación activa del tercero, no creemos que merezca desterrar del todo la posibilidad de que el o los árbitros puedan tener legitimación activa en la

pretensión anulatoria, aunque se comente negativamente tal posibilidad. Ello no implica una imposibilidad radical de legitimación pues, como conocemos los operadores jurídicos, la realidad supera con mucho a lo contemplado en las normas, y cabría la posibilidad de que, quien hubiere descubierto la mala fe, la connivencia de las partes, un proceso fraudulento, etc., intentara tratar de, siempre en el marco de las causas establecidas en la ley, anular su propia resolución. Obviamente no es ésta una situación que pareciera darse con frecuencia, sino, antes al contrario, una situación de excepcionalidad que cabría incluso plantear vía juicio de revisión, en su caso, y siempre que pudieren concurrir alguna de las causales de anulación.

En ese mismo sentido también podríamos pensar, y con mayor razón, que los árbitros tienen legitimación pasiva por cuanto ellos son los autores del laudo contra el cual se dirige la pretensión anulatoria. No son las partes que han intervenido en el proceso los que han pronunciado el laudo afectado por alguno de los motivos de anulación, aunque sí son destinatarios de sus efectos por cuanto tiene relación con una controversia existente entre ellas y, por lo mismo, consideramos que la legitimación pasiva, en la pretensión anulatoria, sería una situación compartida con los árbitros.

Lo anterior tiene sentido por cuanto, si el laudo está acusado de anulación, los autores del mismo son los directos interesados para contrarrestar o contradecir los argumentos de la demanda anulatoria pues, en caso de declararse la anulación, son los árbitros quienes asumirán ciertas responsabilidades, al margen de los efectos que provocará en las partes.

No consideramos equiparable esta situación a los casos de impugnación de las resoluciones judiciales del ámbito jurisdiccional en el sentido de que, bajo esa lógica, los jueces y tribunales podrían estar legitimados pasivamente como autores de las resoluciones impugnadas por cuanto en este ámbito el tribunal que conocerá la impugnación debe ingresar a analizar el fondo de la resolución, es decir, tiene facultades para rever la controversia suscitada; en

cambio, en la acción de anulación solo se verificará la concurrencia de alguno de los motivos tasados que es uno de los aspectos relacionado con la naturaleza de la acción de anulación. Si bien el punto culminante del arbitraje es precisamente el pronunciamiento del laudo y que, aunque equiparable a una sentencia, está sometido al control de validez en el ámbito jurisdiccional a través de la acción de anulación, ese control en los hechos resulta estar orientado a las actuaciones de los árbitros y no a la resolución pronunciada por ellos considerada en sí misma.

La profesora BARONA VILAR⁷⁷ fundamenta su negativa a esta posibilidad sustentada en la propia naturaleza del arbitraje como medio de resolución de disputas de forma heterocompositiva, a través del cual se conforma una relación subjetiva entre las partes y los árbitros y que por lo mismo, concluye, ese tercero no es parte en la instancia arbitral y menos en la instancia judicial anulatoria.

V. DE LA ACTIVIDAD RELACIONADA CON EL EJERCICIO DE LA PRETENSIÓN ANULATORIA

En este apartado veremos aquellas actividades que las potenciales partes del proceso de anulación deben cumplir para que la pretensión que ejercitan sea considerada y resuelta por el tribunal competente.

1. Presupuestos previos habilitantes para el ejercicio de la acción anulatoria.

Nos vamos a referir aquí a aquellas circunstancias que, por la peculiaridad de cada uno de los motivos de anulación, pueden dar lugar a que las partes tengan que realizar ciertas actividades en el proceso arbitral por

⁷⁷ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2º Edición, cit., p 1784.

cuanto, llegado el momento, se constituyen en un requisito inexcusable para poder impugnar el laudo que en su día sea pronunciado por los árbitros.

1.1. La denuncia previa

Nos estamos refiriendo a aquel presupuesto que tiene su origen en dos normas de la Ley de arbitraje:

1°. El artículo 6 LA implícitamente contempla una exigencia: Que la parte que interviene en el proceso arbitral, si conoce de alguna infracción que ha lugar a la configuración de uno o más motivos de los que prevé el artículo 41.1 LA, debe denunciarla ante el o los árbitros, lo contrario significará una renuncia tácita a las facultades de impugnación, entendiéndose por tal, al ejercicio de la pretensión anulatoria.

2°. En la nueva redacción del artículo 42 LA, como hemos analizado anteriormente, se establece que la demanda debe contener aquellos elementos que señala el artículo 399 LEC, entre ellos, los fundamentos de hecho y de derecho. Uno de esos hechos que *ab initio* debe acreditarse para invocar un motivo de anulación en el ejercicio de la acción anulatoria, es precisamente la existencia de aquella denuncia de la existencia de alguna infracción configuradora del motivo invocado, claro está, cuando corresponde.

1) Fundamentos

Siguiendo a GARBERÍ LLOBREGAT⁷⁸, los fundamentos de este presupuesto se encuentran en los principios generales del derecho, entre los cuales menciona:

1°. La buena fe, por el cual se trata de impedir la demora maliciosa de los efectos de la resolución.

⁷⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, José: *Comentarios a la Ley 60/2003*, cit., p. 1089.

2°. Prohibición de ir contra sus propios actos, por la que se compatibiliza la posibilidad sucesiva de consentir y de impugnar una misma infracción en un mismo procedimiento.

3°. Principio de excepcionalidad, que domina la intervención jurisdiccional en el ámbito del arbitraje.

4°. Exigencias derivadas del carácter subsidiario de la acción de anulación, que obliga a las partes a someter las cuestiones primero a los árbitros y sólo si éstos no solucionan la cuestión acudir al órgano judicial.

2) Modalidad de su concreción: Denuncia ante el tribunal arbitral

Esta modalidad tendrá su concreción cuando el motivo no admite una excepción en especial y deberá formalizarse durante el curso del procedimiento arbitral. Esto significa que si la parte advierte la concurrencia de actuaciones arbitrales que configuren alguno de los motivos donde no se contemple una excepción en especial, estará obligado a dirigirse al tribunal arbitral mediante un memorial de denuncia de la infracción que implique presupuesto de configuración de un motivo específico de anulación del laudo.

3) Casos en los que no es exigible la denuncia previa

Existen circunstancias en que, quien inste la anulación, estará eximida del cumplimiento de este presupuesto, a saber:

1°. Cuando la demanda impugnatoria sea planteada por el Ministerio Fiscal en los casos de los motivos previstos en el artículo 41.1 incisos b), e) y f) LA, o cuando se trata de un tercero con interés legítimo, exención que tiene sustento en el hecho de que aquellos no han intervenido en el procedimiento arbitral, sea cual fuere el motivo;

2°. Cuando el motivo de anulación se pone en evidencia sólo después de pronunciado el laudo por parte del tribunal arbitral. Estos casos son los que tienen que ver con el pronunciamiento del tribunal al final del procedimiento

arbitral. Así, por ejemplo, solo se podrá conocer si el árbitro ha resuelto con infracción del orden público (inciso f. del artículo 41.1 LA), una vez se conozca tal resolución.

1.2. Planteamiento de excepciones

Del elenco de motivos que el artículo 41.1 LA prevé, los siguientes exigen el planteamiento de resistencia que se concretiza en la oposición de una determinada excepción que deberá presentarse en tiempo oportuno:

1°. En el caso del motivo previsto en el artículo 41.1 inciso a) LA (*Que el convenio arbitral no exista o no es válido*) puede oponerse las excepciones relativas a la existencia o validez del convenio, así lo establece el artículo 22 LA, al tiempo que se da facultades a los árbitros para decidir. Esta excepción deberá oponerse hasta el momento de la contestación de la demanda o, en forma posterior, siempre que se justifique la demora.

2°. El mismo artículo 22 LA establece que, los aspectos relativos a la competencia de los árbitros, deberá denunciarse como excepción en el curso del procedimiento arbitral. En efecto, dicha norma señala que los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, decisión que tendrá su origen en la oposición de la excepción de incompetencia la cual, a la vez, puede producirse cuando la parte no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o cuando su designación no se ha ajustado al acuerdo entre las partes o lo dispuesto por la Ley arbitral, elementos que son sustento de los motivos contenidos en los incisos b) y d) del artículo 41.1. LA.

3°. La última parte del primer párrafo del artículo 22.2 LA dice: “*La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito*”. Esto significa que, si la parte advierte que los árbitros están sometiendo al procedimiento arbitral cuestiones que no han sido sometidas a su decisión, debe denunciarlo

ante los mismos árbitros oponiendo también la excepción de incompetencia, sólo así podrá invocar el motivo de anulación que prevé el artículo 41.1 inciso c) LA.

Pero el presupuesto relativo a la denuncia en estos casos no sólo estará limitado a la interposición de la excepción. En efecto, si el laudo pronunciado resuelve la excepción en sentido negativo para la parte que la ha planteado, ésta debe accionar de anulación y agotar su trámite, posibilidad ésta que se deduce de la interpretación del artículo 22.3 LA.

1.3. Petición de rectificación por extralimitación parcial del laudo

Como efecto de la nueva redacción del artículo 39 LA (punto DIEZ del artículo único de la Ley 11/2011), se ha introducido el inciso d) del numeral 1, concretamente dice: *“1. Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros: (...) d) La rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje”*.

Respecto de esta normativa exponemos las siguientes precisiones:

1°. Se trata de una posibilidad de que, a petición de parte formulada dentro del plazo de diez días o el que hubieren acordado las partes, el árbitro puede rectificar parcialmente el laudo pronunciado.

2°. Como se dijo, la rectificación por extralimitación del laudo solo puede ser parcialmente, sin ninguna posibilidad de modificar la totalidad del mismo.

3°. La petición de rectificación por extralimitación del laudo solo puede ser aplicable en dos casos concretos: 1) Cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión (artículo 41.1, motivo c. LA); 2) Cuando

se haya resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje (artículo 41.1, motivo e. LA).

4°. La petición de rectificación por extralimitación del laudo puede plantearse cuando se estima o se desestima la pretensión.

De lo anteriormente expuesto, queda en evidencia que la petición de rectificación por extralimitación del laudo se constituye en un presupuesto previo para invocar los motivos contemplados en los literales c) y e) del artículo 41.1 LA como sustento de la pretensión anulatoria, pues, de no plantearse esta solicitud ya no se podrá invocar tales motivos por convalidación (STSJ M 12/2014, de 1° de julio)⁷⁹, salvo el caso de la anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal respecto del motivo del inciso e), artículo 41.1. LA, afirmación que tiene sustento en el punto 2) de la misma norma.

2. Cumplimiento del procedimiento especializado

Quien promueve la actividad impugnatoria estará obligado a observar el procedimiento previsto en la Ley arbitral, es decir, deberá plantear la acción observando las normas contenidas en la nueva redacción del artículo 42.1 LA (El original artículo 42.1 LA, ha sido modificado por la disposición ONCE del artículo único de la Ley 11/2011).

2.1. Cauce procesal

En sí, la nueva redacción del artículo 42.1 LA se constituye en una norma de remisión, pues nos está diciendo que el cauce para sustanciar la acción de anulación es el juicio verbal, se entiende, el previsto en el Libro II, Título III LEC, aunque en forma específica también nos señala ciertas

⁷⁹ <http://www.poderjudicial.es>. Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia. En una parte del FJ Segundo la sentencia dice: “Como consecuencia de lo anterior la parte demandante debería haber solicitado la rectificación del Laudo, en cuanto a la resolución sobre cuestiones no sometidas a arbitraje que son ahora alegadas, sin que la misma lo haya hecho, renunciando tácitamente con ello a las facultades de impugnación”.

peculiaridades adoptadas para el referido proceso que vienen a constituir mayores precisiones en cuanto a la tramitación del proceso anulatorio en consideración al texto original de la Ley de Arbitraje.

2.2.De la demanda

Luego de declarar el cauce procesal, la referida norma prevé una primera peculiaridad de la tramitación que resulta ser especial y específica a ese cauce; especial por cuanto sólo se refiere a las alegaciones de las partes y concretamente a la forma de presentación de la demanda; y específica, porque sólo servirá para sustanciar la acción prevista en el artículo 40 LA. Dicha modificación especial es la relativa a la presentación de la demanda que deberá ser conforme a lo que establece el artículo 399 LEC, es decir, una demanda completa como lo es la exigida para el juicio ordinario y no sucinta como prevé el artículo 437 LEC para el juicio verbal.

Conforme al artículo 399 LEC, la demanda debe tener el siguiente contenido:

1°. Los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia, conforme se establece en el artículo 155 LEC, además de la mención del nombre y apellidos del Procurador y del Abogado.

2°. En relación a los hechos, deben exponerse en forma numerada y clara, haciendo una narración también en forma clara y ordenada lo mismo que los documentos, medios e instrumentos aportados con relación a cada hecho, formulando una valoración sobre los mismos.

3°. Los fundamentos de Derecho, respecto de los cuales, además de los que correspondan a la cuestión de fondo, se hará en forma separada las alegaciones relativas a la capacidad de las partes, representación de ellas o del Procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se debe sustanciar la demanda.

4°. Fijación clara y precisa del *petitum*, si son varios los pronunciamientos pedidos, se expondrán separadamente, lo mismo que las peticiones subsidiarias para el caso de que las principales fuesen desestimadas.

Pero además, y como señala la última parte del inciso a) apartado 1 punto ONCE del artículo único de la Ley 11/2011, (ahora artículo 42.1 inciso a. LA) si el actor pretende valerse de ciertos medios de prueba para sustentar su pretensión, deberá precisamente proponerlos en la demanda.

2.3.. De los medios probatorios que deben presentarse junto con la demanda

A la demanda que presente el actor, al margen de los documentos considerados procesales como son aquellos que acreditan la representación del procurador, o el poder de una persona física a otra, o aquellos documentos que demuestren la legal constitución y representación de una persona jurídica, deberá presentar aquellos documentos considerados esenciales y pertinentes a la pretensión misma y que se menciona en el artículo 42 LA; a ellos nos vamos a referir a continuación.

1) Documentos pre-constituidos originados en el procedimiento arbitral

En el artículo 42 LA se hace mención en forma expresa al deber de presentar documentación que justifique la existencia del convenio arbitral, concluido por quienes han intervenido en el procedimiento arbitral, y la existencia del laudo, incluyendo aquellos laudos complementarios que se hubieran originado con posterioridad al principal como emergencia de las peticiones de corrección, aclaración, complementación y rectificación por extralimitación del laudo, conforme la nueva redacción del artículo 39 LA.

Nos parece lógica y necesaria la exigencia de la presentación de dichos documentos por cuanto, en primer lugar, constituyen la razón de ser del proceso de anulación que se formula ante la Sala de lo Civil y de lo Penal del

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad respectiva y; en segundo lugar, porque el tribunal jurisdiccional debe tener conocimiento pleno de dichos actuados que constituyen los más relevantes del procedimiento arbitral.

Estos documentos que se consideran presupuestos esenciales para la admisión de la demanda impugnatoria, serán fundamentales para que, *prima facie*, el órgano jurisdiccional compruebe que efectivamente hay la concurrencia de dos voluntades en la suscripción del convenio, lo cual a la vez alcanza al control de la capacidad procesal y legitimación en sus diferentes modalidades. Por otro lado, el documento que acredite la existencia del laudo resulta imprescindible pues, sobre el mismo recae la pretensión anulatoria y resulta impensable, por ejemplo, que el tribunal competente admita a trámite la demanda sin este documento.

Así por ejemplo, adquirirá virtualidad plena la necesaria presentación del convenio, cuando la acción de anulación se sustente en el artículo 41.1 inciso a) LA, es decir, para que el tribunal competente compruebe si dicho convenio es inexistente o ineficaz. También para que, conjuntamente con el laudo, por ejemplo, se verifique si los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, aspecto éste que puede ser analizado de oficio o a instancia de parte.

En fin, en cada caso particular y tomando en cuenta el motivo que sustenta la pretensión anulatoria, podrá advertirse lo imprescindible de la presentación de dichos documentos.

a. Para acreditar la existencia del convenio arbitral

En este caso, tales documentos serán aquellos que tengan correspondencia a las formas que puede adoptar conforme lo prevé el artículo 9 LA, así:

1°. Si el convenio ha sido incorporado a un contrato, este contrato es el que tiene que presentarse. Lo mismo si viene incorporado en un contrato de adhesión;

2°. Se adjuntará el contrato o convenio separado, cuando el acuerdo se haya adoptado en forma independiente;

3°. Las cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, cuando éste se haya concluido por esos medios;

4°. El soporte electrónico, óptico o de otro tipo, cuando el convenio conste y sea accesible para su ulterior consulta;

5°. El documento cuando las partes han acordado remitirse, en cualquiera de las formas señaladas en los dos puntos anteriores, al convenio incorporado en dicho documento;

6°. Los escritos de demanda y contestación intercambiados y donde conste la manifestación de la existencia de un convenio, afirmado por una parte y no negada por la otra.

b. Documentos para demostrar la existencia del laudo

En este caso lo constituirá una copia del pronunciamiento emitido por el árbitro o el colegio arbitral sea en soporte papel o en soporte electrónico, óptico o de otro tipo, siempre que de su contenido y firmas quede constancia; en todo caso, se estará a la previsión del artículo 37.3 LA.

Como dijimos anteriormente, en los hechos, el laudo es el destinatario directo de la pretensión anulatoria y es en torno a aquel en que giraran los fundamentos de la demanda; por lo mismo, resulta ser el componente central de los argumentos del pronunciamiento final en sede judicial.

2) *Proposición de otros medios de prueba cuya práctica interese al actor.*

Pero además de aquellos documentos que demuestren la existencia del convenio arbitral y la existencia del laudo a los que nos hemos referido anteriormente, juntamente con la demanda deberán presentarse todos aquellos documentos que demuestren y justifiquen la pretensión del actor; nos estamos refiriendo a aquellos relacionados con el o los motivos invocados para obtener un pronunciamiento sobre el mérito de la anulación del laudo.

Debemos, además, entender que esta previsión está relacionada con aquellos motivos cuya demostración se encuentran precisamente en las diferentes actuaciones que se han producido en el procedimiento arbitral. Por ejemplo, cuando se alega indefensión por falta de notificaciones, o cuando la designación de árbitros o el procedimiento no se han ajustado al acuerdo de partes. En estos casos, que no son los únicos y constituyen solo ejemplos, podemos advertir que, al órgano jurisdiccional no le bastará la simple presentación del convenio y del laudo, sino que el actor deberá presentar aquellos documentos que acrediten los actos procesales realizados en el procedimiento arbitral y que signifiquen la configuración del motivo de anulación específico.

En ese sentido, el actor podrá presentar, inclusive, copia de todas las actuaciones realizadas en el proceso arbitral o, en su caso, nada obstaría para que la propia Sala de lo Civil y de lo Penal competente requiera la remisión de los actuados del procedimiento arbitral como parte de la actividad probatoria.

2.4. Admisión de la demanda

Al margen del control de oficio de la jurisdicción, de la competencia objetiva y competencia territorial regulado en el artículo 440.1 LEC, nada obsta para que el Secretario Judicial, previo a la admisión de la demanda, controle los presupuestos procesales de ésta como son la capacidad,

postulación, representación, etc. Como señalamos en el apartado anterior y por observancia de la norma del artículo 24 CE, no podrá inadmitirse la demanda *in limine*.

Cumplido lo anterior, corresponde dar traslado de la pretensión de la demanda al demandado.

2.5. Actitudes del demandado que ha sido citado con la demanda

Citado el demandado con la demanda, éste tiene la carga de contestarla en el plazo de veinte días computables desde el día siguiente de la citación, es decir, observando la normativa del artículo 133 LEC.

Si en dicho plazo no se produce la contestación, el derecho precluye y el proceso deberá continuar. En este caso y conforme la nueva redacción del artículo 42.1 c) LA, no corresponderá la vista dado que ésta solo puede ser posible cuando ambas partes lo solicitan en sus escritos de demanda y contestación; por lo mismo y a salvo de la actividad probatoria relacionada con los medio propuestos en la demanda, corresponde pronunciar sentencia.

Si el demandado contesta la demanda dentro del plazo señalado, podrán darse las siguientes posiciones:

1) Allanarse a la pretensión del actor.

El allanamiento es una declaratoria de voluntad por la cual el demandado reconoce que la pretensión formulada por el actor es fundada⁸⁰. Debe ser categórico y terminante, preciso y expreso y que no deje lugar a dudas.

En este caso, la sentencia debe acoger la pretensión formulada, reconociendo la concurrencia del motivo de anulación invocado y anulando el laudo, lo cual no obsta que el tribunal competente pueda ingresar a analizar ese

⁸⁰ PALACIO, LINO ENRIQUE: *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 382.

hecho y verificar si, evidentemente, los medios de prueba propuestos conducen a ese extremo pues podría darse el caso de que las partes actúen en colusión y en fraude de terceros.

No correspondería hacer referencia a la posibilidad de que el allanamiento pueda ser parcial, es decir, respecto de alguna de las pretensiones formuladas, aunque podría darse el caso de que la formulada se sustente en más de un motivo de anulación, caso en el cual, cabría la posibilidad de allanarse solo respecto de un motivo. Sin embargo, en este caso, el proceso no continuará respecto de la pretensión no allanada pues, sería un sin sentido cuando por otro motivo ya se acogió la pretensión; por lo mismo, podría pensarse la continuidad del proceso solo a los fines de obtener luego una resolución meramente procesal.

2) Asumir actitud de mera expectativa

Esto no significa que el demandado guarde silencio absoluto y no se presente al proceso. Esta actitud debe significar que el demandado ha asumido conocimiento del proceso y simplemente ha manifestado su personamiento, sin pronunciarse sobre el contenido de la pretensión, es decir, no contesta y guardar silencio sobre el fondo de la pretensión. En este caso, tampoco corresponde la vista y, luego de realizar la actividad probatoria respecto de los medios propuestos en la demanda, corresponde pronunciar resolución.

3) Contestar oponiéndose a la pretensión del actor.

Como previene en forma expresa el literal b) numeral 1 punto ONCE de la Ley 11/2011 que hoy corresponde a la nueva redacción del artículo 42.1 LA, el demandado tiene la facultad de contestar la demanda oponiéndose a la pretensión del demandante, entendiéndose por ello a aquella actitud que implica una negación del hecho o de los hechos invocados por el actor como sustento de su pretensión anulatoria.

En este caso, el demandado tiene la carga de presentar, conjuntamente el memorial de contestación, todos aquellos documentos que justifiquen el mérito de su oposición a la pretensión del actor y, además, deberá proponer todos aquellos medios probatorios de los que intentare valerse para justificar dicha oposición.

El memorial de oposición deberá tener el mismo alcance previsto en el artículo 399 LEC, en todo lo que sea compatible, es decir, deberá pronunciarse sobre los hechos alegados por el actor, sobre la prueba presentada, exponer los fundamentos de su oposición y formular excepciones.

De la dicción de la norma contenida en el modificado artículo 42.1 LA y por la naturaleza misma de la acción de anulación que es de carácter extraordinaria basado en motivos tasados y, no siendo una acción emergente de una relación jurídica de carácter patrimonial que pudiera existir entre las partes, no corresponde la formulación de una pretensión reconvencional.

Del escrito de oposición y de los documentos presentados, a la vez, se dará traslado al actor.

2.6. De la contestación a la oposición del demandado

Aunque la norma referida no señala el plazo, al actor a la vez se le da la oportunidad para que pueda presentar documentos adicionales o proponer la práctica de la prueba, entendemos que puede ser para contradecir, a la vez, los argumentos de la oposición del demandado y los documentos que pudiera haber presentado, pero en ningún caso exponer nuevas alegaciones o peticiones a las que ya tiene formuladas. En ese sentido consideramos que, por virtud de los principios de igualdad y contradicción, también se trata de veinte días los que tiene el actor para ello.

Sobre el alcance de esta normativa que ha sido introducida por el punto ONCE del artículo único de la Ley 11/2011 -nueva redacción del artículo 42.1 LA- exponemos las siguientes precisiones:

1°. Este nuevo traslado entendemos que solo es en el caso de que la contestación del demandado resulte ser oposición a la pretensión anulatoria, afirmación que tiene sustento en la frase “...*En la contestación, acompañada de los documentos justificativos de su oposición, deberá proponer todos los medios de prueba de que intente valerse...*”, componente de la nueva redacción del artículo 42.1 literal b) LA pues, en su redacción inicial no se contemplaba esta situación.

2°. En los hechos, la oposición que pueda formular el demandado, resulta ser también una pretensión, es decir, una pretensión impeditiva a la que expone el demandante, si se quiere, asimilable a una excepción material conforme la norma del artículo 405 numeral 1) LEC y, por lo mismo, requiere la proposición de medios de prueba de los que pueda valerse para impedir que la pretensión anulatoria del laudo sea acogida.

3°. En ese sentido, por virtud del principio de contradicción, el legislador arbitral ha considerado legítimo, también, introducir en la misma redacción del artículo 42.1 literal b) LA, dar oportunidad al actor para que, a la vez, presente nuevos documentos adicionales o proponga la práctica de prueba relacionada con los alcances de la oposición del demandado.

Supongamos por ejemplo que la pretensión anulatoria es formulada aduciendo que el convenio arbitral no es válido y que por ello se pide la anulación del laudo.

En conocimiento de esa pretensión, el demandado se opone aduciendo que, el término para formular la acción ha caducado y que por ello se debe desestimar la pretensión del actor; en este caso, esta pretensión impeditiva deberá estar sustentada en documentos que demuestren: La fecha en la cual ha sido notificado el actor con el laudo; la fecha en la cual el actor ha presentado su demanda; y un razonamiento conclusivo que, sobre la base de esos parámetros, convenza al Tribunal competente que la demanda ha sido presentada fuera del plazo de los dos meses que prevé el artículo 41.4 LA.

El nuevo traslado que se prevé para el actor, precisamente tiene la finalidad de contradecir lo que el demandado formula a través de su oposición. En el ejemplo, los documentos adicionales o la proposición de la práctica de prueba estará orientada a desvirtuar las aseveraciones del demandado y podría consistir en proponer al Tribunal competente el requerimiento a los árbitros para que presenten o remitan, ante el Tribunal, los obrados originales del proceso arbitral cuya finalidad será verificar las actuaciones arbitrales relacionadas con la pretensión impeditiva.

2.7. Sentencia

A la dicción de la primera frase del literal c) numeral 1, punto ONCE del artículo único de la Ley 11/2011, modificatorio de la redacción del artículo 42.1 LA, consideramos que correspondía agregarse otra circunstancia para ingresar a la vista; en efecto, la referida redacción dice: “*Contestada la demanda o transcurrido el correspondiente plazo...*”, pensamos que debía figurar, además, lo relativo a si el actor absuelve el traslado a la oposición del demandado o, en su caso, si esa oportunidad ya ha precluido, afirmación que tiene sustento en lo que dijimos en el punto anterior.

Ahora bien, la citación a la vista en el procedimiento especializado que analizamos, resulta ser opcional; concretamente, se producirá la vista solo si ambas partes así lo solicitan en forma expresa en sus escritos de demanda y contestación.

Dicho lo anterior, la oportunidad para pronunciar sentencia viene dada por las siguientes circunstancias:

1°. Si las partes en sus escritos de demanda y contestación no hubieran solicitado la realización de la vista;

2°. Cuando ambas partes solo hubieran propuesto prueba de documentos y éstos ya se encontraren arrimados al proceso;

3°. Si los informes periciales aportados no precisen de ratificación.

Nótese que la norma en análisis no establece un plazo determinado tomando en cuenta las anteriores circunstancias descritas, solo hace alusión a que la sentencia debe pronunciarse “*sin más trámite*”, por lo cual debemos entender que la sentencia debe pronunciarse en forma inmediata a la concurrencia de las referidas circunstancias; cosa diferente es sí se produce la vista, caso en el cual se deberá observar la norma del artículo 447.1 LEC, es decir, la sentencia deberá pronunciarse en el plazo de diez días de terminada la vista.

La sentencia que pronuncia la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia competente, podrá ser: 1°. Estimatoria, caso en el cual el laudo se declara anulado; 2°. Desestimatoria, caso en el cual queda habilitado definitivamente para su ejecución aunque, como ya tenemos visto, la firmeza y ejecutabilidad del laudo tiene virtualidad a partir de su pronunciamiento conforme la nueva redacción del artículo 43 LA, salvándose el caso de la suspensión de la ejecución por virtud de la formulación de la acción de anulación conforme las circunstancias y condiciones previstas en el artículo 45.1 LA.

Podrá también darse la posibilidad de la estimación o desestimación parcial de la pretensión anulatoria, por ejemplo, en el caso que prevé el artículo 41 numeral 3, LA: “*En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás*”.

Para concluir, debemos agregar aquí la facultad, que le asiste a la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia, de pronunciarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal respecto de la anulación del laudo cuando advierta la concurrencia de los motivos contemplados en los literales b), e) y f) del artículo 41.1 LA, así lo prevé el mismo artículo en el numeral 2. En efecto, esa facultad está prevista cuando el tribunal competente tiene la

oportunidad de conocer una acción de anulación con base en motivos distintos a los señalados.

Al respecto, si bien por la naturaleza de la acción de anulación ésta tiene sustento en el principio dispositivo y virtualidad sobre la base de ciertos motivos tasados que establece la Ley de arbitraje y de los cuales las partes pueden valerse y la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de la Comunidad no puede sustraerse, como señala BARONA VILAR⁸¹, este principio se quiebra con la norma contenida en el artículo 41.2 LA, es decir, los árbitros pueden pronunciarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, al margen del o de los motivos alegados en la demanda, cuando advierta en el laudo impugnado la concurrencia de los presupuestos configuradores de alguno de los motivos contenidos en los literales b), e) y f) artículo 41.1 LA.

La posición asumida por GARBERI LLOBREGAT⁸² en contra de esa facultad es muy elocuente al punto que la califica de “insólita actuación inquisitiva” y señala que no solo se quebranta el principio dispositivo, sino que además el principio de contradicción y, por ende, el derecho de defensa de las partes.

No compartimos la apreciación que hace el referido autor en el sentido de que, como hemos venido manifestando, el arbitraje tiene su propia naturaleza cuya base fundamental es precisamente la autonomía de la voluntad de quienes asumen esta forma, distinta a la jurisdicción ordinaria, para solucionar sus controversias; en ese sentido, y aunque la pretensión anulatoria se tramite en sede judicial, el legislador ha diseñado esta forma de tratamiento procesal de la acción de anulación del cual, las partes involucradas, no pueden sustraerse y, por lo mismo, no puede alegarse la vulneración de principios

⁸¹ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Ed. Civitas, 2^o edición, Madrid, 2014, p. 1812.

⁸² GARBERI LLOBREGAT, José: *Comentarios a la Ley 60/2003*, cit. pp. 1017 – 1018.

procesales cuando, reiteramos, por propia voluntad las partes se han sometido al arbitraje.

3. Planteamiento de la acción dentro del plazo establecido

La demanda impugnatoria deberá ser planteada dentro del plazo que establece el artículo 41.4 LA, esto es: 1°. En el plazo de los dos meses siguientes a su notificación con el laudo. 2°. Si acaso se ha solicitado corrección, aclaración, complementación o rectificación por extralimitación, desde la notificación con la resolución de esa solicitud. 3°. O desde la expiración del plazo para adoptarla, esto es, para solicitar la corrección, aclaración, complementación o rectificación por extralimitación, previstos en la nueva redacción del artículo 39 LA (punto DIEZ del artículo único de la Ley 11/2011).

Como sostiene BARONA VILAR⁸³, el de la especie es un plazo material (no es plazo procesal por cuanto éste tiene su origen en una actuación de igual clase), es decir, para el ejercicio de una pretensión nueva dentro también de un proceso distinto y cuyo cómputo incluye los días inhábiles conforme el artículo 5.2. CC y, por otra parte, el plazo es de caducidad cuyo transcurso lleva consigo la extinción del derecho; es lo que CARNELUTTI⁸⁴ denomina "decadencia" de la impugnación.

Corresponde observar, sin embargo, lo que en forma expresa establece el artículo 5.b) LA en cuanto al cómputo del plazo, conforme a cuya norma el *dies a quo* es el día siguiente al de la recepción de la notificación y, el *dies ad quem*, el último día del plazo y, si este fuera festivo, se prorroga hasta el primer día laborable siguiente.

⁸³ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2° edición, cit., p. 1773.

⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco: *Instituciones del Proceso Civil*, cit., p. 197.

También debe tenerse presente lo que se expresa en la exposición de motivos respecto al cómputo de los plazos que prevé dicha norma. En efecto, el legislador ha querido dejar en claro que los plazos que establece la Ley de Arbitraje no son aplicables en el seno de los procedimientos judiciales de apoyo o control del arbitraje, a salvo de aquellos plazos que la Ley arbitral establece para la iniciación de dichos procedimientos, refiriéndose, en forma expresa, al ejercicio de la acción de anulación del laudo⁸⁵.

Sobre el particular resulta interesante la STC 76/2012⁸⁶, de 16 de abril, en la cual, dentro de un recurso de Amparo Constitucional, el TC se ha

⁸⁵ La exposición de motivos en forma expresa dice: *“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”*.

⁸⁶ <http://hj.tribunalconstitucional.es>. Buscador de jurisprudencia constitucional. La referida sentencia en sus fundamentos jurídicos 4 y 5 dice: “4. Tal como se ha dejado anotado en los antecedentes, en el presente asunto la resolución arbitral considerada en el proceso judicial a quo fue notificada al recurrente en amparo el 29 de abril de 2008, que interesó su anulación mediante demanda presentada para su tramitación el lunes día 30 de junio a la 14.55 horas. Interesa igualmente recordar que el art.41.4 de la Ley 6=/2003, de arbitraje, establece que la acción de anulación ‘habrá que ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación’. Con estos presupuestos y para poder resolver sobre la excepción de caducidad de la citada demanda de anulación opuesta de contrario, la Sentencia impugnada comienza por preguntarse si el citado plazo de dos meses del art.41.4 de la Ley de arbitraje es un plazo civil que, de conformidad con el art.5 CC...se computará de fecha a fecha sin exclusión de los días inhábiles o, por el contrario, se trata de un plazo procesal que, de conformidad con el art.133 LEC, se computará también en este caso de fecha a fecha pero con exclusión de los días inhábiles’.

Para la Sentencia la respuesta es no obstante inequívoca y está probada en otras resoluciones anteriores del propio órgano judicial que siguen, afirma, la jurisprudencia mayoritaria, de modo que ‘el plazo para presentar la acción de nulidad es un plazo civil, no susceptible de ser interrumpido y cuyo transcurso produce de forma irremediable la caducidad de los derechos y acciones cuyo ejercicio está sometido a dicho plazo...En su consecuencia, cuando el día 30 de junio se presentó la acción de anulación ya se había producido [su] caducidad...siendo indiferente a la hora en que dicha presentación se hiciera por cuanto el art.135 LEC se refiere a la presentación de los escritos de término pero en relación con los plazos procesales, que como hemos dicho no son los que corresponden a una acción de esta naturaleza’.

5. A la vista de la doctrina constitucional que antes hemos resumido y dados los antecedentes que acabamos de recordar debemos dilucidar ahora si la citada respuesta judicial vulneró o no el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (art.24.1 CE). Antes no obstante es preciso advertir que no corresponde a este Tribunal, sino a los órganos de la jurisdicción ordinaria, determinar el catálogo de supuestos de presentación de escritos sujetos a plazo cubiertos por la regla del art.135 LEC. Como menos aún nos corresponde elucidar si el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad promovida por el recurrente en el presente asunto es un plazo civil o procesal ni, por lo mismo, determinar

pronunciado a favor del recurrente a quien se le denegó a trámite una acción de anulación en el entendido de que el órgano judicial dio lugar a reducción del plazo legal de acceso a la jurisdicción incompatible con el derecho del recurrente a disponer del plazo en su integridad para presentar su acción de nulidad bajo el criterio de que el plazo previsto en el artículo 41.4 de la Ley de Arbitraje es un plazo civil conforme la norma del artículo 5 CC no susceptible de ser interrumpido y cuyo transcurso produce la caducidad de los derechos y acciones cuyo ejercicio está sometido a dicho plazo.

En todo caso esta regla no le alcanza al Ministerio Fiscal, por cuanto éste no ha tenido oportunidad de intervenir en el procedimiento arbitral y consiguientemente no ha sido notificado con el laudo. Nada dice la Ley de Arbitraje sobre el particular pero nosotros consideramos que, respecto del Ministerio Fiscal, esa legitimación extraordinaria que el artículo 41.2 LA le

tampoco las consecuencias que se siguen de asumir una u otra concepción. Al igual que en otros supuestos semejantes, debe insistirse también ahora en que únicamente nos corresponde comprobar si la interpretación de las normas procesales efectuada por la Sentencia impugnada es o no respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo y, en particular, como antes de ha subrayado, si esa interpretación revela un rigor o formalismo exagerado en relación con los fines que trata de preservar y el sacrificio que comporta y en, consecuencia, acaba por convertir en impracticable el derecho al disfrute del plazo en su totalidad.

Con arreglo a esta planteamiento y habida cuenta de la regla del art.135.2 LEC que establece que en las actuaciones ante los Tribunales civiles no se admitirá la presentación de escritos en los juzgados de guardia, debemos afirmar que la Sentencia impugnada no supera el canon constitucional que es exigible en la interpretación, conforme al principio *pro actione*, de los requisitos procesales, pues, al declarar que el plazo para la presentación de la acción de nulidad entonces considerada finalizaba el domingo 29 de junio de 2008 y rechazar la aplicación del art.135 LEC, el órgano judicial dio lugar a una reducción del plazo legal de acceso a la jurisdicción incompatible con el derecho del recurrente a disponer del plazo en su integridad para presentar su acción de nulidad.

Por consiguiente, forzoso es concluir que la Sentencia impugnada se funda, desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción (art.24.1 CE), en una interpretación rigorista y desproporcionada de las normas procesales y, por tanto, en una interpretación contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, quien, pudo razonablemente confiar en que la presentación de su acción de nulidad antes de las 15 horas del siguiente día hábil al del vencimiento del plazo de dos meses previsto en el art.41.4 de la Ley de arbitraje era tempestiva, dados el descuento habitual del día final del plazo en ‘el supuesto de que sea inhábil’ (...), el tenor literal de la regla del ar.135.1 LEC, el carácter genéricamente supletorio de la misma (...) y la regulación de los juzgados de guardia (...)”.

confiere no puede tener límites para instar la anulación del laudo en los casos específicos que señala dicha norma en la cual, en forma expresa, no se habla de la interposición de la acción de anulación sino, se hace expresa alusión a que el Ministerio Fiscal tiene facultades para instar la anulación en sede judicial, lo que puede producirse a través de la acción propiamente dicha o, por ejemplo, cuando el laudo se encuentre en ejecución de sentencia.

Respecto del tercero con interés legítimo la determinación del plazo para interponer la acción de anulación resulta aún más compleja pues éste tampoco tiene la oportunidad de ser notificado con el laudo. Sin embargo, no puede ser ilimitada la oportunidad para plantear la acción de anulación y, en todo caso, consideramos que el plazo no puede ser otro que aquel resultante de tomar en cuenta la última notificación a las partes que sí han intervenido en el procedimiento arbitral o, en su caso, de la última notificación a las partes con el auto de corrección, aclaración o complementación del laudo.

4. Invocación expresa de uno o más motivos de anulación

Este presupuesto viene dado por la obligatoriedad de la fundamentación de hecho y de derecho que debe contener la demanda y se conecta con la expresa determinación prevista en el artículo 41.1 LA pues, la parte que solicita la anulación del laudo debe alegar -además de probar en el curso del proceso esa alegación- la existencia de algún o alguno de los motivos que señala la misma norma.

Con ello se está impidiendo que se ejercite la pretensión anulatoria en abstracto y con carácter general. No es posible ni ejercitar la anulación sin referenciarla a alguna de los motivos de anulación, ni tampoco ejercitar la anulación argumentando que se dan cuatro motivos, cuando en la fundamentación de la misma no se hace referencia a todos ellos sino tan solo a alguno de los enunciados. En consecuencia, es absolutamente necesario que quien pretende la anulación del laudo, invoque el motivo que lo fundamente, y

asimismo, justifique el motivo o los motivos invocados. Es absolutamente necesario que se efectúe esta invocación para que el tribunal pueda cumplir su función de admisión o inadmisión de la demanda, amén de su estimación o desestimación posterior, todo ello garantizando el derecho de contradicción de la parte demandada.

VI. ENUNCIACIÓN DE LOS MOTIVOS DE ANULACIÓN

Dado que en capítulos sucesivos pasaremos a realizar un estudio específico y concreto de cada uno de los motivos de anulación del laudo arbitral, vamos a efectuar en este apartado una sencilla sistematización de los mismos. Su tratamiento individualizado y detallado se llevará a efecto con posterioridad.

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de arbitraje, el elenco de los motivos de anulación de los que las partes pueden valerse para ejercitar su pretensión, y su apreciabilidad de oficio o a instancia de parte, se inspiran en la Ley Modelo UNCITRAL. Y especialmente habría que tomar como referente el elenco de motivos previstos en el artículo 34.2 de la Ley UNCITRAL, ratificando la tendencia restrictiva acorde con la naturaleza jurídica de la pretensión anulatoria y que, su fundamento lo encontramos en el significado rescisorio que tiene la acción de anulación pues, no pueden establecerse con carácter abstracto la posibilidad del ejercicio de la pretensión, lo contrario, significaría crear un ambiente de inseguridad⁸⁷.

De ese conjunto *numerus clausus* de motivos y tomando en cuenta, fundamentalmente, la variable esencial de cada uno de los motivos, tenemos:

En primer lugar se ubica el motivo previsto en el artículo 41.1.a) LA, es decir, “*que el convenio arbitral no existe o no es válido*”. Aquí, como puede

⁸⁷ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de arbitraje*, 2º edición, cit., p.1661 – 1662.

apreciarse, el convenio arbitral es el elemento fundamental que predomina, respecto de él se debe establecer cuándo es inexistente y cuando es ineficaz.

Un segundo grupo tiene como variable principal la actividad decisoria del o de los árbitros, y en él incluimos a los siguientes motivos:

- El contemplado en el artículo 41.1.c) LA, es decir, *“que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión”*.

- El motivo previsto en el artículo 41.1.e) LA, *“que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje”*.

- Y también el del motivo señalado en el artículo 41.1.f) LA: *“que el laudo es contrario al orden público”*.

En cada uno de estos motivos, es la decisión de los árbitros el tema en común y que se traduce en el pronunciamiento del laudo sobre cuestiones respecto de las cuales las partes no les han autorizado ni vía convenio ni vía alegaciones; o que esa decisión está afectada por la inarbitrabilidad de la cuestión; o que, en su actividad decisoria, se ha incurrido en infracción de algún derecho fundamental componente del orden público.

En un tercer grupo, en dos motivos encontramos coincidencia por cuanto en ellos se trata de precautelar que, en el desarrollo del procedimiento arbitral adoptado, se cumpla el acuerdo de las partes y las normas de la Ley de Arbitraje.

- El motivo previsto en el artículo 41.1.b) LA: *“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”*.

- El motivo previsto en el artículo 41.1.d) LA: *“Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contraria a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley”*.

En ambos motivos es el desarrollo del procedimiento el que se encuentra en entredicho, ya porque los actos de comunicación no se han cumplida

debidamente o ya porque el sistema de proceso de designación de árbitros o el mismo procedimiento arbitral adoptado, no se ha cumplido.

CAPÍTULO SEGUNDO. ANULACIÓN DEL LAUDO PORQUE EL CONVENIO ARBITRAL NO EXISTE O NO ES VÁLIDO (ARTICULO 41.1.a LA)

Tal como tenemos enunciado en el anterior capítulo, del conjunto *numerus clausus* de motivos, el primero lo constituye el previsto en el artículo 41.1.a) LA: “*que el convenio arbitral no existe o no es válido*”. Aquí, como puede apreciarse, el convenio arbitral es el elemento fundamental que predomina los alcances del motivo, respecto de él se deben establecer cuándo es inexistente y cuando es ineficaz.

Siguiendo la principal fuente de inspiración, en el artículo 41.1.a) LA se encuentra previsto el motivo de anulación del laudo cuando se alega y se prueba que el convenio arbitral no existe o no es válido; en efecto, en el artículo 34, numeral 1) inciso a) punto i) de la Ley Modelo encontramos, con algún otro matiz, la fuente de este motivo de anulación cuya variable esencial es el convenio arbitral. En esta norma⁸⁸ se hace referencia, entre otras, que el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, advirtiéndose que no hace mención si esa invalidez proviene de una nulidad absoluta o una nulidad relativa.

El análisis de este primer motivo de anulación tiene en el convenio arbitral su fundamento principal pues resulta indispensable conocer los aspectos regulados por la Ley 60/2003, de arbitraje, en sus artículos 9 al 11, principalmente en lo que concierne a los requisitos de existencia y validez. Será necesario también referirnos al agotamiento de una primera impugnación del convenio, concretamente, la excepción de inexistencia e invalidez del convenio previsto en el artículo 22 LA, por cuanto viene a constituir un

⁸⁸ El artículo 34, numeral 2) inciso a) punto i) de la LM dice: “*que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado*”.

presupuesto previo para invocar el motivo y, por último veremos los dos componentes del motivo, es decir, cuándo el convenio es inexistente y cuándo es ineficaz.

I. EL CONVENIO ARBITRAL

Como ya dijimos, el primero de los motivos de anulación tiene como objeto central de análisis el convenio arbitral. Aunque guiando nuestro punto de vista a nuestro objetivo -los motivos de anulación-, lo importante es establecer sus aspectos más relevantes, esencialmente aquellos que nos darán las pautas principales aplicables a una eventual configuración de lo que traerá causa la anulación del laudo, principalmente lo que tiene que ver con los requisitos objetivos de su concreción.

1. Consideraciones Generales

Las definiciones acerca de lo que es un convenio arbitral giran en torno a un común denominador: el dejar en claro la concurrencia de la voluntad de las partes; así DIEZ – PICAZO⁸⁹ define al convenio como “... el resultado de las declaraciones de voluntad de las partes por las que instauran dicho arbitraje. Todas estas declaraciones se dirigen a un mismo fin, cual es que el tercero o terceros zanjen con su decisión la controversia que las envuelve... ”.

Refiriéndose a la norma arbitral española, VERDERA⁹⁰ sostiene que dicha ley potencia la autonomía privada de las partes y que, el legislador español, parece estar consciente que, el éxito del arbitraje depende de una configuración de la institución lo más contractual/civil posible; define al convenio arbitral, sustentado en las normas de la referida ley, diciendo: “...aquel contrato en cuya virtud las partes someten a arbitraje todas o algunas

⁸⁹ DIEZ – PICAZO, Luis, GULLON, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Ed. Tecnos, volumen II, 9º edición, Madrid, 2001, p.449.

⁹⁰ VERDERA SERVER, Rafael: “Forma y contenido del convenio arbitral”, en, BARONA VILAR, Silvia (Coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje*, 1º edición, cit., pp.315 – 327.

de las controversias surgidas o que puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica”.

Siguiendo casi al pie de la letra la línea marcada por el artículo 7 de la Ley Modelo, la legislación española sustenta su posición contractualista sobre el convenio arbitral como fuente del arbitraje y cuya manifestación la encontramos en el artículo 9 LA, en el cual en forma expresa se deja establecido que su principal fundamento es el principio de la autonomía de la voluntad que implica, no sólo el sometimiento de las partes a este sistema de solución de controversias actuales o futuras, sino importa también que los sujetos que suscriben se obligan al cumplimiento de la decisión del tribunal arbitral. Obviamente, el convenio tiene naturaleza contractual y como tal se considera que constituye el elemento contractual del arbitraje, lo que no implica en absoluto sostener que el arbitraje sea contractual.

El motivo de anulación en análisis, en la forma como se encuentra previsto en la Ley 60/2003, de arbitraje, tiene diferentes connotaciones que deben tenerse presente en el curso del desarrollo de esta temática. Principalmente debe tenerse presente que, a través de ella, indudablemente se está haciendo referencia principalmente a los supuestos de nulidad y anulabilidad civil concretizados en los casos previstos en los artículos 1261 y siguientes y 1300 y siguientes del CC. Pero esa referencia necesariamente debe estar en función a lo que la Ley de arbitraje establece específicamente respecto a los presupuestos y alcances del convenio arbitral que se encuentran expresados en el Título II de la Ley de Arbitraje.

Desde esa perspectiva también debe tenerse presente que en uno u otro caso, el planteamiento, consideración y resolución de una acción, sobre la base de este motivo, resultará de mucha utilidad que, el análisis del laudo, no esté exenta de la teoría general de los contratos, en el entendido de que los institutos de la nulidad y anulabilidad consagran los principales supuestos de ineficacia de aquellos. Y ello tiene sustento en lo que la Exposición de Motivos

de la Ley 60/2003 expresa cuando dice: “*El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta Ley*”.

Debe precisarse además que los casos de inexistencia e ineficacia como motivos de anulación del laudo tienen como destinatario al convenio arbitral en sus diferentes modalidades de concreción, es decir, tanto en su forma de convenio independiente, como cláusula de un contrato principal, en su forma de intercambio de comunicaciones documentadas, cuando se hace referencia a otro contrato o cuando el mismo sea accesible en soporte óptico, electrónico o de otro tipo.

En el artículo 9.1 LA se establece una definición estructural de lo que significa el convenio arbitral que debe tomarse en consideración. Dicha norma es el marco general dentro del cual se engloba aquellos requisitos formales y esenciales o de contenido que debe cumplir un convenio para que sea sustento válido del sistema de arbitraje y, por ende, de un procedimiento arbitral que en su día quieran hacer valer quienes lo han suscrito. A esos requisitos nos vamos a referir en las páginas siguientes.

2. Requisitos formales del convenio arbitral

En una clara referencia a la extinta LA 36/1988, es la propia Exposición de Motivos la que sostiene que la Ley 60/2003, de arbitraje, en materia de convenio, refuerza el criterio antiformalista. No otra cosa significan las innovaciones introducidas, principalmente en lo que concierne a la exclusión de los arbitrajes libres o irrитуales que LA 36/1988 preveía en el artículo 3.2⁹¹.

En este sentido y de forma esencial los requisitos formales vienen a demostrar la existencia misma del convenio arbitral, es decir, permiten ofrecer

⁹¹ El artículo 3.2 LA 36/1988 decía: “*Cuando en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas, pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato*”

una garantía de que el convenio existe. De ahí que el artículo 9 de la ley arbitral se refiera a alguno de estos requisitos formales, y que en realidad alguno de ellos podría afirmarse que ha venido a ser superado por los desarrollos técnicos que la sociedad global actual nos ha ofrecido. Especialmente vamos a referirnos a la exigencia de la escritura y a las formas de concreción que menciona la Ley de Arbitraje.

1.1. El convenio debe ser escrito

En forma clara y precisa la Ley arbitral establece que el convenio deberá constar por escrito, así se encuentra previsto en el artículo 9.3 LA, normativa que está en función, además, con lo que se establece en el artículo 9.1.

Independientemente de la libertad de formas que viene implícita en la norma referida en torno al convenio, su característica fundamental en cada una de las modalidades que se adopte, es que debe estar representado por la escritura, es decir, es un requisito que hace a la existencia misma del convenio, luego entonces, en ningún caso podrá alegarse y está descartada toda posibilidad de la existencia de un convenio arbitral verbal. Decir otra cosa sería faltar a la verdad legalmente establecida. El legislador concretó esta exigencia y a ella se refiere el artículo 9.

Pero la referida norma del artículo 9.3 LA implícitamente nos dice también que esa exigencia es únicamente para los casos en que el convenio está plasmado en soporte convencional y donde se requiera la firma ológrafa de las partes que intervienen en su otorgamiento pues, al final, concluye por equiparar la escritura a aquella posibilidad en que el convenio conste y sea accesible en soporte electrónico, óptico o de otra índole. ¿Implica esta afirmación segunda una contradicción con lo expuesto en el párrafo anterior? La respuesta debe ser negativa y debe entenderse en cuanto pueda suponer una integración de ambas

posibilidades, aun cuando se haya formulado como criterio general o punto de partida la escritura.

Esta última posibilidad expuesta, que supone un soporte no tan convencional como el papel, que resulta una novedad en la reforma de 2003 española en materia de arbitraje y que se consolida en la reforma de 2011 igualmente, en relación con la legislación anterior de 1988 -así lo expresa la Exposición de Motivos- en los hechos, y, como sostiene MANTILLA⁹², desvela que la exigencia de la escritura obedece a una formulación clásica que se deduce de la referencia, que hace la propia Ley de Arbitraje, a la posibilidad de que el convenio se consolide a través de télex, cartas, etc., o por la utilización de cualquier medio electrónico, óptico o de otra índole. En ese mismo sentido GARBERI⁹³ sostiene que “...el soporte electrónico, óptico o de otro tipo en que debe constar y estar accesible el acuerdo arbitral para su ulterior consulta no se equipara al requisito de escritura porque sea un documento a los efectos establecidos en la LEC (de hecho solo lo será en los términos del art.3.8 Ley 59/2003), sino porque hace prueba de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias existentes entre ellas, así como la determinación de éstas...”.

Podemos decir entonces que la norma del artículo 9.3 LA tiene consonancia con lo que prevé el artículo 299 numeral 2) LEC, en el sentido de considerar medios de prueba, entre otros, 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. Y ello en el sentido de que esta norma de la LEC contempla, además de los anteriores, los documentos públicos y privados como medios probatorios, en los cuales, se exige la firma ológrafa de los otorgantes.

⁹²MANTILLA-SERRANO, Fernando: *Ley de Arbitraje*, cit., pp. 80 – 81.

⁹³GARBERI LLOBREGAT, José: (Dir.): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, cit., p. 184.

Todo lo anterior arroja sin embargo ciertas dudas. Aun cuando el legislador establezca la escritura como garantía de constancia del convenio -y así es como se le consideraba originariamente en momentos en que era el papel el único medio efectivo para ello-, la sociedad técnica y tecnológica ha cambiado, y no solo en los medios de comunicación -que también- sino en la manera de conformar las relaciones jurídicas personales y profesionales, surgiendo una suerte de situaciones que permiten sin duda y sin cuestionarse su viabilidad que puedan ser desplegadas sin papeles, sin documentos y sin escritura. Una especial situación se da en el sector del transporte, en el que la mayor parte de las relaciones contractuales en el sector transportista se llevan a cabo oralmente. La oralidad ha superado en muchas actuaciones en el tráfico económico a la escritura y por ello es por lo que la reforma de UNCITRAL de 2006⁹⁴ incorporó como una posible solución la no necesidad de escritura de los convenios. Pero, pese a que la reforma última de la Ley de Arbitraje en España fue de 2011 no incorporó esta posibilidad, y se mantiene esa esquizofrenia legal entre lo que dice el artículo 9 de la norma arbitral y lo que la realidad parece demandar.

1.2. Convenio como cláusula incorporada a un contrato

Esta posibilidad viene establecida en forma expresa en el artículo 9.1 LA. En este caso, el convenio arbitral viene inmerso en un contrato principal en forma de una cláusula; en consecuencia, bajo esta modalidad, las partes simultáneamente hacen dos manifestaciones de voluntad: Por una parte, en lo relativo al objeto del contrato principal y, por otra parte, expresan su voluntad

⁹⁴<http://www.uncitral.org>. El 7 de julio de 2006, la CNUDMI aprobó enmiendas del párrafo 2 del artículo 1, del artículo 7 y del párrafo 2 del artículo 35, el nuevo capítulo IV A que sustituye el artículo 17 y un nuevo artículo 2^a. La versión revisada del artículo 7 tiene por objeto modernizar el requisito de la forma para los acuerdos arbitrales a fin de observar más estrictamente las prácticas contractuales internacionales. El nuevo capítulo IV A establece un régimen jurídico más amplio relativo a las medidas provisionales en apoyo del arbitraje. Desde 2006, la versión estándar de la Ley Modelo es la versión enmendada.

en el sentido que las controversias que surgieren como consecuencia de ese contrato, serán dilucidadas en la vía de arbitraje.

Esto significa que, al momento de suscribirse el convenio arbitral, la controversia aún no existe y puede que no llegue a existir, por lo que en este caso nunca tendrá lugar el arbitraje.

1) Autonomía del convenio arbitral

En el artículo 22.1 LA se hace una referencia expresa al convenio arbitral incorporado como cláusula formando parte de otro. Y lo hace para dejar establecido que el convenio es independiente de las demás estipulaciones de dicho contrato. Como dijimos, queda en evidencia que, dentro de un mismo acto jurídico, concurren dos voluntades independientes y distintas manifestadas por las partes: una respecto al objeto principal del contrato y otra respecto al pacto arbitral.

La misma norma también deja establecido que la nulidad del contrato principal no le alcanza a la cláusula del pacto arbitral y, por otra parte, significa también que, respecto del contrato principal, se puede adoptar una normativa distinta aplicable al convenio inmerso en ese contrato.

2) Convenio contenido en un contrato de adhesión

En el artículo 9.2 LA se incorpora la previsión referida a la validez del convenio cuando éste viene incluido en un contrato de adhesión, caso en el cual se regirá por las normas aplicables a ese tipo de contrato. Textualmente la norma dice: “*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*”.

El precedente inmediato del artículo 9.2 LA, con una leve variación, lo constituye el artículo 5.2 Ley 36/1988 donde se expresaba: “*Si el convenio arbitral se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión, la validez de este*

pacto y su interpretación se acomodaran a lo prevenido por las disposiciones en vigor respecto de estas modalidades de contratación”

Sobre los alcances de la norma en análisis, hacemos las siguientes precisiones:

1°. La norma no está haciendo referencia, en concreto, a una determinada especialidad de arbitraje (aunque el efecto puede ser éste), sino que, la referencia respecto de la adhesión, es en consideración a una determinada modalidad de relación jurídica contractual.

2°. La validez del convenio arbitral y su interpretación, dependerán de las específicas normativas del contrato de adhesión en donde se encuentra contenido aquel.

3°. Se trata de una norma de remisión, es decir, la Ley de Arbitraje se remite a aquellas normativas del respectivo contrato de adhesión.

De lo dicho, debemos entender que, el artículo 9.2 LA, no solo que está haciendo referencia a una específica normativa especializada, sino también a todos aquellos casos de contratos en que las opciones solo una de las partes haya prefijado⁹⁵.

Un ejemplo sobre esta temática lo constituye el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que Regula el Sistema Arbitral de Consumo, en cuyos artículos 24 y 25 se establece los presupuestos de validez del convenio arbitral y las condiciones de oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo⁹⁶.

⁹⁵ En ese sentido, entre otros: GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003*, cit., p.178; DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis: “Forma y contenido del convenio arbitral”, en GONZALEZ SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, cit., pp. 104 – 105; CREMADES, Bernardo M.: “Del convenio arbitral y sus efectos”, en DE MARTIN MUÑOZ, Alberto, HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coords.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, cit., p. 284.

⁹⁶ <http://www.boe.es> BOE No.48 de 25 de febrero de 2008. El artículo 24 del Real Decreto 231/2007, de 15 de febrero dice: “*Convenio arbitral. (...) 2. Cuando exista oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, el convenio arbitral estará válidamente formalizado por la mera presentación de la solicitud, siempre que coincida con el ámbito de la*

1.3. Convenio como acuerdo independiente

Es una situación diferente a la anterior pues aquí el convenio arbitral no figura incorporado en un contrato sino, resulta ser un acuerdo independiente asumido por las partes, así se encuentra establecido en el artículo 9.1 LA. Esta modalidad, no necesariamente podrá referirse a aspectos emergentes de un acuerdo contractual sino que el convenio arbitral puede tener por objeto determinadas controversias surgidas de relaciones jurídicas extracontractuales.

En este sentido, el acuerdo independiente puede llegar a tener diferentes modalidades en su concreción, y son a ellas a las que vamos a pasar referirnos a continuación.

1) Documento firmado por las partes

En este caso el convenio se adopta en forma separada al contrato principal donde las partes pueden establecer estipulaciones más claras respecto al alcance no sólo de lo que podría ser materia de arbitraje, sino podrían hacer referencia a otros aspectos básicos y propios del proceso arbitral al que en su día podrán llegar. Este acuerdo puede ser simultáneo a otro contrato que liga a las mismas partes, caso en el cual la controversia aún no se ha puesto en evidencia. También puede darse en forma posterior al surgimiento de la controversia, caso que puede obedecer o bien a que las partes no han previsto la posibilidad de la controversia o bien porque a pesar de haberlo previsto las partes no tenían definido la exclusión anticipada de los tribunales.

oferta. 3. Igualmente se entenderá válidamente formalizado el convenio arbitral por la mera presentación de la solicitud si consta acreditado que ésta se formaliza durante el tiempo en el que la empresa o profesional utiliza el distintivo público de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, aun cuando carezca del derecho a tal uso conforme a lo previsto en esta norma. 4. En caso de que no conste la existencia de convenio arbitral en cualquiera de las formas señaladas en los apartados precedentes, la Junta Arbitral de Consumo, recibida una solicitud de arbitraje dará traslado al reclamado para su aceptación, conforme a lo previsto en el artículo 37.3, apartado b)”.

2) Intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios

Constancia documental: El simple intercambio de cartas, télex, facsímiles o cualquier otro medio de comunicación que deje constancia escrita de que las partes manifiestan su voluntad de acogerse al arbitraje para la solución de sus controversias sobre determinadas materias comunes a ambas. Al igual que la anterior modalidad, ésta puede no referirse a aspectos de un contrato específico.

3) Incorporación de un convenio por remisión

Es en el artículo 9.4 LA donde se establece esta modalidad y constituye una incorporación por remisión, es decir, que el convenio pactado por las partes es aquel que consta en un documento diferente al que suscriben, documento que puede constituir ya un documento firmado por las partes, ya el que conste en intercambio de cartas, télex, fax u otros, u otros medios electrónicos, ópticos o de otro tipo.

Indudablemente que la remisión a la que se hace referencia, es a otros documentos donde también las mismas partes han concluido un acuerdo de arbitraje, siendo suficiente la simple mención del documento, en cualquiera de las modalidades antes referidas, para que implique que dicho convenio forma parte del nuevo acuerdo.

4) Intercambio de escritos

Implícitamente, cuando la Ley 60/2003 en el artículo 9.5 refiere al intercambio de escritos, hace alusión a la existencia de un proceso formalmente planteado donde, por lo menos, ya existe una demanda y una contestación.

Es una clara referencia a la manifestación de la voluntad de la existencia del convenio arbitral que en forma expresa se hace en el escrito de demanda y que, a tiempo de contestarla, no se la niega o se afirma su existencia.

Aunque la norma no aclara si esa demanda y su contestación se deben producir en un proceso arbitral o ante un órgano jurisdiccional, entendemos que la norma engloba ambas situaciones; lo importante es poder determinar e identificar que en esas actuaciones quede claro que existe el convenio arbitral por que las partes así lo manifiestan. En todo caso nos atrevemos a sostener que se está refiriendo a la demanda y contestación formulada ante un órgano jurisdiccional por cuanto, si fuera en un proceso arbitral, éste requiere de actuaciones pre-arbitrales, ejemplo: la propia designación de árbitro o árbitros, actuación ésta que denotaría la existencia del convenio arbitral expresamente determinado.

En este caso además queda claro que, al exigirse la escritura, la norma del artículo 9.5 LA equipara a esos dos actos de manifestación de la voluntad: Demanda y contestación, que deben ser plasmados en escritos dirigidos a un determinado tribunal con la respectiva firma ológrafa.

5) Convenio contenido en soporte electrónico, óptico o de otro tipo

En la última parte del artículo 9.3 LA se deja establecido que el requisito de la escritura, puede tenerse por cumplido si el convenio consta y es accesible para su consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Como dijimos, se trata de una modalidad a la que la Ley de Arbitraje ha recurrido para reconocer el presupuesto de la escritura a la que hace referencia expresa en la norma mencionada. Así, tienen plena validez aquellos convenios arbitrales que las partes hubieran acordado vía Internet, correo electrónico, sistemas SMS y MMS de mensajes de texto de telefonía móvil, los medios de reproducción de la voz como ser el videoconferencia y teléfono, todos ellos condicionados a que puedan reproducirse con posterioridad a efectos de demostrar su existencia.

El precedente de esta norma lo encontramos en la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio

Electrónico (BOE No. 106, de 11 de julio de 2002)⁹⁷ que reconoce la validez de los contratos concluidos bajo las modalidades referidas anteriormente.

La última parte del artículo 9.3 LA es donde se admite esta posibilidad, sin embargo establece ciertos condicionamientos que deben cumplirse:

- Haberse dejado constancia, en un soporte electrónico, óptico o de otro tipo, de la existencia del convenio.
- Posibilidad de acceder a esos soportes para una ulterior consulta acerca de la existencia del convenio.

Con relación a los soportes, como sostiene GARBERÍ⁹⁸, entendemos que se tratan de los Soportes Duraderos que, conforme la Directiva Europea sobre Contratos Celebrados a Distancia, son: los disquetes informáticos, los CD-ROM, los DVD y los discos duros de los ordenadores en que estén almacenados los mensajes de correo electrónico. El mismo autor señala que en este caso, es la posibilidad de su recuperación a efectos de prueba lo que hace su equivalencia a la escritura por lo que, señala, el requisito de la escritura es *ad probationem* y no *ad substantiam*.

2. Requisitos esenciales o de contenido del convenio arbitral

Al igual que en materia civil, se trata de aquellos presupuestos de cumplimiento inexcusable para tener por existente y válido el convenio arbitral.

2.1. Concurrencia de los requisitos de formación de los contratos

En la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje y respecto a los requisitos del convenio arbitral se previene que las normas generales sobre contratos son de aplicación en todo lo no específicamente previsto en esta ley. Supone ello una remisión a las normas del CC relativas a la formación de los

⁹⁷ <http://www.boe.es>

⁹⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003*, cit., p. 186.

contratos, concretamente, el consentimiento de los contratantes, el objeto cierto materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca, los cuales se hallan previstos en el artículo 1261 CC.

En la norma específica relativa a los requisitos del convenio, o sea el artículo 9 LA, no encontramos ninguna previsión que prescinda de los referidos requisitos de formación de los contratos.

2.2. Manifestación de voluntad

El artículo 9.1 LA establece que el convenio debe expresar la voluntad de las partes de someter al arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica contractual o extracontractual. Supone ello que lo importante es establecer la relación jurídica de la que trae o traerá causa el arbitraje, es decir, no se precisa identificar la controversia que dirimirán los árbitros, sino aquella relación de donde emana o emanará la misma, pues ello puede ser objeto de acuerdos posteriores al igual que la designación de árbitros y el propio procedimiento a seguir.

Analizamos *supra* las diferentes modalidades en que se expresa esa voluntad, vienen dadas en la misma norma del artículo 9 LA, es decir: Manifestación expresa que se plasma en la firma de un documento y; Manifestación tácita que deviene del intercambio de escritos de demanda y contestación o aquella que tiene virtualidad en el intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios.

2.3. Voluntad de las partes y derechos disponibles

El artículo 9 LA introduce el principio de autonomía de la voluntad como elemento fundamental de validez tanto del convenio como del mismo proceso arbitral. Sin esa autonomía de la voluntad no puede existir materia sujeto a arbitraje y, en su caso, el laudo que se obtenga es nulo.

Consustancial con lo anterior se establece que el arbitraje sólo puede versar sobre materia de libre disposición de los contratantes. Para delimitar este ámbito podemos decir que indisponibilidad significa lo que no está al alcance de la persona, aquello sobre lo que la persona no tiene libertad de disposición. Si las partes convienen someter a arbitraje derechos no disponibles, existe quebrantamiento de la norma y del propio sistema arbitral. En otras palabras, el convenio arbitral así concluido tiene una base prohibida y, consecuentemente, todo el proceso arbitral, incluido el laudo, es susceptible de nulidad, por cuanto el libre arbitrio a que se refiere la LA se contrapone a prohibiciones expresamente establecidos en la Ley. Sin embargo debe tenerse presente que, si el laudo se refiere a varias materias, unas disponibles y otras indisponibles, la nulidad sólo puede alcanzar a las últimas, es decir, la invalidez no puede alcanzar a lo resuelto sobre materias disponibles.

2.4. La controversia como objeto del convenio

La determinación del objeto del convenio, viene dada por la interpretación de lo que se entienda por “controversia”.

Ya dijimos que el artículo 9.1 LA establece que pueden ser objeto del arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir como consecuencia de relaciones jurídicas existentes entre los contratantes. Esto significa en principio que, para que exista arbitraje necesariamente debe darse una situación de confrontación de intereses entre dos o más personas -naturales o jurídicas- que precisan de una solución de ese conflicto que en su momento puede existir o puede ser prevenido antes de su concreción, y además importa que la resolución que se pronuncia debe ser aceptada anticipadamente por quienes someten esa controversia al proceso arbitral.

CORDÓN MORENO⁹⁹ señaló en su día que el concepto de cuestión litigiosa -como se denominaba a la controversia en LA 36/1988- evocaba la existencia de una discrepancia existente entre partes que necesariamente debía dilucidarse a favor de una u otra parte, agregando además que el dictamen que se pronuncie en su mérito no debe confundirse con un peritaje dirimente. Opinión ésta que podría a nuestro parecer tener cabida en la norma del artículo 9.1 LA.

Por otra parte, cuando el artículo en análisis -léase art.9.1 LA- se refiere a “...*controversias surgidas o que puedan surgir...*”, se está refiriendo, en primer lugar, a aquellas controversias ya identificadas o determinadas, caso en el cual el convenio arbitral adopta una modalidad independiente del contrato principal; y, por otra parte, se refiere a aquellas situaciones que puedan dar lugar a una controversia que son fácilmente determinables como consecuencia de la identificación de una determinada relación jurídica o la concurrencia de ciertos elementos que denoten con probabilidad la existencia de una controversia en el futuro, en tal caso el convenio arbitral podría estar inmerso como cláusula de un contrato principal.

3.La relación jurídica como origen de la controversia

La norma del artículo 9.1 LA también se refiere al origen de esa controversia, señalando que puede surgir de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales.

DIEZ – PICAZO¹⁰⁰ define la relación jurídica como “...una situación en la que se encuentran dos o más personas, que aparece regulada como una unidad por el ordenamiento jurídico, organizándola con arreglo a determinados

⁹⁹ CORDON MORENO, Faustino: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pp.66 – 68.

¹⁰⁰ DIEZ – PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, cit., p.205.

principios, y que la considera, además, como un cauce idóneo para la realización de una función mercedora de la tutela jurídica”.

Si la controversia nace de una relación jurídica contractual, supone la existencia de un contrato suscrito entre partes con los requisitos de validez previstos en el ordenamiento civil. En este caso, el arbitraje puede tener, como objeto principal, la controversia que se origina en la relación jurídica contenida en cada una de las estipulaciones de ese contrato firmado por las partes.

Por otro lado, el artículo en análisis también establece que no necesariamente la relación jurídica puede tener su origen en un contrato formalmente suscrito, sino que precisamente esa relación jurídica puede obedecer a intereses con trascendencia jurídica que les asiste a las partes y que necesariamente precisan de una solución. A esto es lo que la norma señala como relación jurídica extracontractual.

4. Efectos de la suscripción del convenio arbitral

Resume DIEZ – PICAZO¹⁰¹ que el convenio obliga a las partes a lo estipulado e impide a la jurisdicción ordinaria conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que tal impedimento sea invocado a través de la oposición de la excepción. En esa misma línea se pronuncia MONTERO AROCA¹⁰², agregando que la eficacia del convenio sólo se pierde por la renuncia al arbitraje pactado, sea expresa o tácitamente.

Siguiendo esa línea de delimitación de los efectos del convenio, en el artículo 11.1 de la Ley de arbitraje pueden distinguirse los siguientes:

¹⁰¹ Ult. Cit., p. 452.

¹⁰² MONTERO AROCA, J., GOMEZ COLOMER, J.L., MONTON REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional II*, 9º edición, pp. 879 – 880.

4.1. Efecto positivo

Encontramos su manifestación cuando en el artículo 11.1 LA se establece que: “1. *El convenio arbitral, obliga a las partes a cumplir lo estipulado...*”.

Si observamos la dicción que se emplea en la redacción de la norma, podríamos pensar que las partes que han firmado el convenio no tienen otra opción que no sea el cumplir lo que han estipulado; al respecto, creemos más bien que, al haberse firmado el convenio arbitral, lo que objetivamente se produce es el nacimiento de obligaciones para las partes, cuya manifestación más elocuente lo encontramos en lo que establece el artículo 1.091 CC¹⁰³, es decir, donde se le asigna a los contratos la calidad de Ley entre los que lo han firmado.

En consecuencia, no es que las partes tengan la “obligación de cumplir” lo estipulado en el convenio arbitral como menciona la norma sino, más bien, como señala el artículo 1.091 CC, esas obligaciones que tienen su origen en el contrato, las partes “deben” cumplirlas conforme se han estipulado, es decir, es potestativo de las partes si cumplen o no cumplen lo que han acordado.

En ese sentido y siguiendo a FERNANDEZ-BALLESTEROS¹⁰⁴, una vez producido el convenio arbitral, lo que nacen son facultades y cargas para las partes con miras a la realización del proceso arbitral; por lo mismo, no es que la manifestación de la voluntad prestada por las partes esté en orden a cumplir el nombramiento de árbitros, la adopción de un procedimiento, etc., sino más bien éstas constituyen potestades que se originan en la existencia de un convenio que las partes deben cumplirlas pues, de no ser así, también deben asumir las consecuencias de esa actitud.

¹⁰³ El artículo 1.091 del CC dice: “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos*”.

¹⁰⁴ FERNANDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel: “Convenio arbitral y demanda en cuanto al fono ante un Tribunal”, en GONZALES SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, cit., pp.117 – 118.

En esa misma línea VERDERA¹⁰⁵ no menciona la “obligación” de cumplir el convenio sino se refiere a las consecuencias de la obligatoriedad del mismo: “La fuerza vinculante de los contratos que con carácter general sienta el art.1.091 CC tiene una clara aplicación en el art.11.1 LA. Desde este punto de vista nos hallamos ante una consecuencia general de la obligatoriedad de todo contrato o convención”.

Por lo demás, podemos sostener que lo que se considera efecto positivo, que implica la suscripción del convenio, se encuentra en el orden del reconocimiento que las partes hacen a la jurisdicción arbitral para la solución de determinadas controversias y, al mismo tiempo, reconocer la competencia objetiva de los árbitros para decidir las a través del laudo con efecto de firmeza y cosa juzgada.

En torno a la facultad dispositiva de los efectos positivos que despliega el convenio arbitral, por virtud del principio dispositivo y también por la misma voluntad de las partes, aquellos podrán ser renunciados en forma tácita - por sumisión a la jurisdicción ordinaria- o por voluntad conjunta de las partes.

4.2. Efecto negativo

La redacción del numeral 1 del artículo 11 LA concluye mencionando: “...e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante *declinatoria*”.

Lo que en principio está diciendo la norma es que, el simple hecho de haber firmado el convenio arbitral, no significa que la jurisdicción ordinaria, definitiva y absolutamente, queda excluida de conocer las controversias sometidas a arbitraje. Por el contrario, deja entrever más bien que la jurisdicción ordinaria siempre estará al alcance de las partes aun mediando la

¹⁰⁵ VERDERA SERVER, Rafael: “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, en BARONA VILAR, Silvia, (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2º edición, cit., p. 556.

sumisión al arbitraje, claro está, siempre que alguna de ellas no invoque el sometimiento a los árbitros mediante declinatoria.

No significa que el simple hecho de la suscripción del convenio arbitral, como dice la norma, “*impide a los tribunales*” conocer de las controversias sometidas a arbitraje. En efecto, frente a la formulación de una demanda ante los tribunales, éstos, aun conociendo de la existencia del convenio, no pueden abstenerse de dar el trámite que corresponde a la demanda y, más bien, tienen plenas facultadas para someter a trámite la pretensión formulada. Como se puede advertir, la sola presencia del convenio no impide el acceso a los tribunales ordinarios sino, más bien, es la opción que les otorga la propia norma a las partes de hacer prevalecer ese convenio a través de la declinatoria; por lo mismo, afirmamos que, aun existiendo convenio arbitral, siempre se requerirá la voluntad de las partes a la hora de poner en marcha el procedimiento arbitral propiamente dicho.

Sobre el particular FERNANDEZ-BALLESTEROS¹⁰⁶ hace referencia a un “contraderecho” para referirse a aquella oposición a la que está facultada una parte frente al derecho de la otra de interponer demanda ante los tribunales, pese a la existencia de un convenio arbitral entre ambas. El mismo autor, con mucha propiedad sostiene, además, que la existencia de un proceso arbitral en curso, no afecta a la jurisdicción ordinaria y por lo mismo puede formularse la pretensión ante éstos; aspecto éste que no sustenta litispendencia sino, más bien, la prevalencia del compromiso arbitral y agrega que, lejos de significar incumplimiento, implica una carga para la otra parte de hacer prevalecer el convenio arbitral.

En otro orden de ideas el mismo autor señala que si el demandado no impugna la jurisdicción de los jueces, el convenio se entiende renunciado para

¹⁰⁶ FERNANDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel: “Convenio arbitral y demanda en cuanto al fono ante un Tribunal”, en GONZALES SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, cit., pp.120 – 121.

la controversia que es objeto de la demanda formulada en sede jurisdiccional y pierde su efecto en cuanto a la materia que, simultáneamente se formule en sede arbitral comprendida dentro del mismo convenio. También señala que el no haber opuesto declinatoria, no significa renuncia al convenio en su totalidad y que más bien éste cobra virtualidad, incluso sobre la materia objeto del proceso, si el proceso en sede jurisdiccional se concluye por desistimiento, o por caducidad en la instancia o por sentencia absolutoria de la instancia.

Ahora bien, ese impedimento no significa actuación de oficio de los tribunales pues será siempre la parte quien invoque la declinatoria. Al respecto, la Ley 11/2011 agrega al artículo 11.1 LA un segundo párrafo donde establece la oportunidad en que debe hacerse valer la declinatoria en sede jurisdiccional¹⁰⁷.

Por lo demás y respecto al efecto negativo del convenio arbitral, concluimos resumiendo que éste adquiere virtualidad no por el solo efecto del convenio suscrito por las partes, sino más bien, por la potestad que le otorga la propia norma a las partes de impedir el avance del proceso en sede jurisdiccional a través de la oposición de la declinatoria que debe formularse en forma y tiempo oportuno.

II. LA OPOSICIÓN DE LAS EXCEPCIONES DE “EXISTENCIA O VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL”: PRESUPUESTO PARA INVOCAR EL MOTIVO

Tratándose de este motivo en forma específica, debe agotarse previamente el cauce de la excepción relativa a la “*existencia o a la validez del convenio arbitral*”, al cual las partes tienen el derecho de acceder en el curso

¹⁰⁷ El punto TRES del artículo único de la Ley 11/2011 agrega un segundo párrafo al artículo 11.1 LA que dice: “*El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda en las pretensiones que se tramiten por el procedimiento del juicio ordinario, o en los diez primeros días posteriores a la citación para vista, para las que se tramiten por el procedimiento del juicio verbal*”.

del procedimiento arbitral. Creemos que con más propiedad la denominación o referencia a esta excepción hubiera sido en sentido negativo.

En efecto, aunque estructuralmente se ubica dentro de las competencias de los árbitros, el artículo 22.1LA expresamente 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”* (las negrillas son nuestras). Y es que la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje se encarga de justificar la ubicación de esta excepción diciendo *“Además, bajo el término genérico de competencia han de entenderse incluidas no sólo las cuestiones que estrictamente son tales, sino cualesquiera cuestiones que puedan obstar a un pronunciamiento de fondo sobre la controversia”*.

De ello se colige que, aparte de la excepción de incompetencia, las partes pueden oponer las excepciones que pongan en entredicho la *“existencia”* o la *“validez”* del convenio arbitral, que es consustancial con el contenido del motivo en análisis, y que puede llegar a impedir un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión.

1. Momento en que debe presentarse la excepción

Con relación a la oportunidad en que se puede hacer valer esta excepción, encontramos dos normativas en la Ley de Arbitraje, lo que permite que, en consecuencia, la excepción pueda oponerse también en dos momentos procesales diferentes: con carácter general, en cualquier momento antes de que se presente la contestación a la demanda arbitral o; excepcionalmente, en un momento posterior si se justifica la demora.

1.1. A más tardar, en el momento de presentar la contestación

En el artículo 22.1 LA se establece que los árbitros estarán facultados para decidir incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la

validez del convenio arbitral y, en el numeral 2, señala que ésta debe oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación.

En la sustanciación de las actuaciones arbitrales debe tenerse presente los acuerdos voluntarios de las partes relativo al procedimiento que deben observar. Por lo mismo, el momento de la oposición de la excepción estará determinado, en este caso, por el plazo en el cual las partes han convenido formalizar la demanda y la contestación, entendiéndose que nos estamos refiriendo al procedimiento convenido para un arbitraje *ad hoc* o el procedimiento de la entidad administradora en el caso del arbitraje institucionalizado.

Esa oportunidad también podrá determinarse conforme al procedimiento establecido por los árbitros, para lo cual están facultados conforme el artículo 25 numeral 2) LA.

Aunque la norma es imperativa y establece un momento preclusivo, no debe entenderse que la excepción debe necesariamente presentarse con la contestación, sino más bien ese momento es la última posibilidad para hacerlo, lo cual se colige de los alcances de la frase “*a más tardar*”.

Por otra parte, la norma hace referencia a “*la contestación*”, respecto de lo cual podría pensarse que solo el demandado está legitimado para excepcionar, por ejemplo, en el caso de que no exista demanda reconvenzional y no haya posibilidad para el actor principal de contestar la reconvección y por ende un límite para excepcionar. Al respecto, consideramos que dicho límite inicial que prevé la norma es únicamente para establecer el momento de la preclusión del derecho a excepcionar y no para delimitar subjetivamente dicha posibilidad.

1.2. Con posterioridad a la contestación, si la demora se justifica

Con posterioridad a ese momento de preclusión del derecho a excepcionar, en el último párrafo del numeral 2) del artículo 22 LA se

establece que las excepciones podrán oponerse solo si la demora resulta justificada. Con ello se incorpora una suerte de excepción específica a aquella norma donde se fija el momento de preclusión.

Pero la norma no menciona ni señala los parámetros para medir cuándo “*la demora resulta justificada*”, lo que lleva a plantearnos en qué casos y bajo qué condiciones será posible considerar esta situación excepcional de demora. Evidentemente no se trata de establecer un elenco de supuestos que amparen esta posibilidad, sino la determinación, en principio, subjetiva del árbitro o de los árbitros, que llevarán a considerar en cada caso concreto si esa demora es posible y si se encuentra justificada según su leal saber y entender, y obviamente será fundamental la labor que desempeñe el demandado, quien alegará la excepción más allá de la contestación de la demanda, por lo que será éste el que deberá justificar el por qué lo plantea *post contestationem* y no antes de la formulación de ésta.

Del contenido de la excepción referida también se colige que los motivos invalidantes del convenio que deben ser fundamento de la excepción, no pueden aparecer en cualquier momento procesal. De lo que se trata en realidad es de que pueda justificarse que, objetivamente, recién se conoce la circunstancia por la que se considere inexistente o inválido el convenio, es decir, se conocen con posterioridad a la formulación de la contestación, y es por ello que tan pronto se tiene conocimiento de estas circunstancias, se esgrimen para poder plantear con demora justificada la excepción al convenio. En efecto, cuando la norma introduce la frase “...*si la demora...*” implícitamente está dejando establecido que el justificativo de la excepción objetivamente ya existe y que, por ello, debe hacerse valer a más tardar al momento de contestar la demanda y, si se justifica la “*demora*”, se hará valer en un momento posterior. Por lo mismo, no puede hablarse de “*demora*” si objetivamente recién se conoce el motivo, pues la referida palabra está involucrando a la voluntad de la persona.

Podemos concluir entonces que la excepción a la norma solo puede darse por razones subjetivas, afirmación que tiene el siguiente razonamiento:

1°. Estamos ante la hipótesis de que existe un convenio arbitral firmado por las partes bajo el principio de la autonomía de la voluntad;

2°. Los motivos invalidantes solo pueden encontrarse o deducirse del propio convenio arbitral que da origen al arbitraje y no por situaciones sobrevinientes;

3°. Objetivamente los motivos que pueden dar lugar a establecer la inexistencia o invalidez del convenio preexisten al mismo inicio del procedimiento arbitral.

Por lo mismo, estamos frente a una situación en que las partes conocen la existencia de los justificativos de la excepción pero que, por diversas razones, no las ponen en evidencia en el momento oportuno y, por lo mismo, es el tribunal arbitral el que, sobre la base de un examen casuístico, definirá tal situación, es decir, si la “*demora*” es justificada o no.

A lo anterior podemos agregar otra apreciación: ¿Cuál el límite “posterior” para oponer la excepción? En efecto, la norma solo hace referencia “...*admitir excepciones opuestas con posterioridad...*”, pero ese término “*posterioridad*” no tiene un límite; y entonces podríamos pensar, exagerando, que el límite es la conclusión del procedimiento arbitral, obviamente como criterio temporal “de máximo”.

Al respecto, volvemos aquí a reiterar que la palabra “*demora*” denota que los motivos ya existen y que, si ello es así, no puede pretenderse que puedan invocárselos en el procedimiento arbitral sin un límite. Este es otro argumento más que justifica nuestra conclusión en el sentido de que la excepción a la norma preclusiva solo puede darse desde el punto de vista subjetivo y, en ese sentido, podría justificarse una demora máxima hasta el momento de la conclusión de las alegaciones, es decir, hasta antes de ingresar a la actividad probatoria del procedimiento arbitral. Quizás ésta sería la lógica

interpretación, aun cuando el legislador arbitral establece en su artículo 29.2 que cabrá, “*salvo acuerdo en contrario de las partes, modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho*”, lo que supone que tampoco existe como tal un momento preclusivo alegatorio y que por tanto no sería en absoluto impensable que los motivos que pudieren esgrimirse para excepcionar pudieren trascender más allá del periodo probatorio, aun cuando también en este caso habría que entender que el árbitro actuará como equilibrador, considerando o no procedente la interposición de la excepción. Todo ello fuera de la lógica jurídica procesal, empero desde la interpretación teleológica de la norma en el arbitraje (artículo 29).

1.3. Efecto que provoca el no oponer oportunamente la excepción

Si la parte ha omitido plantear la excepción referida, está convalidando la infracción de alguna norma dispositiva de la Ley de Arbitraje y la falta de algún requisito del convenio y, consecuencia de ello, no podrá invocar la causal de anulación que analizamos para fundamentar un eventual recurso de anulación respecto de aquello que no ha hecho valer por esta vía.

En efecto, en la norma arbitral se encuentra diseñada -en el artículo 22- una modalidad en base a la cual las partes involucradas en un proceso arbitral pueden hacer valer ciertos derechos que impidan el procedimiento arbitral, el cual necesariamente debe agotarse. Significa ello que, si no se opuso la excepción respectiva, no podrá acceder a la impugnación del laudo sobre la base de esta causal. Y esto tiene sustento en el principio de convalidación que informa las facultades de impugnación que prevé la Ley de Arbitraje en favor de las partes en el artículo 6 LA pues, quien cuenta con un medio idóneo, específico, previo e impeditivo del procedimiento arbitral y no lo utiliza en el momento y forma establecida, significa que da su consentimiento con las

infracciones no puestas de manifiesto por esta vía e implícitamente está renunciando a la impugnación sobre la base de esos motivos no denunciados oportunamente¹⁰⁸.

Lo expuesto nos obliga a referirnos a los alcances del artículo 6 LA. Su precedente es el artículo 4 LM que dice: *“Renuncia al derecho a objetar. Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar”*.

Compartimos la opinión de GARBERI en el sentido de que la redacción del artículo 6 LA no es del todo acertada, ello en comparación a la claridad del precedente. En efecto, como sostiene dicho autor, una cosa es el derecho a recurrir o a impugnar aquellas actuaciones y decisiones que no se ajusten a lo legalmente establecido, y otra es la convalidación de actos anulables y de las meras irregularidades, por efecto del transcurso del tiempo sin haberlas puesto de manifiesto en plazo¹⁰⁹.

Los alcances de la norma en análisis dejan entrever que, aunque en el precedente es mucho más claro y evidente, en los efectos convalidantes no pueden estar incluidos aquellos supuestos sobre los cuales las partes no tienen poder de disposición, es decir, el hecho de no haber opuesto la excepción no puede ser motivo para la convalidación sobre infracciones de normas que no están en el ámbito del derecho dispositivo de las partes.

¹⁰⁸ La Dra. BARONA VILAR, en sus Comentarios a la Ley de Arbitraje, pp. 1368 a 1369, y con relación con la LA 36/1988, hace alusión a la doctrina de los actos propios a los que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales han recurrido para sustentar la desestimación de un recurso donde no se haya alegado previamente la existencia del motivo, la misma que expresa que nadie puede ir contra sus propios actos y califica de inadmisibles el ejercicio de su derecho y acción que se halle en contradicción con un comportamiento anterior, contradictorio con ese ejercicio.

¹⁰⁹ GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003*, cit., pp. 134 – 135.

El artículo 6 LA incorpora al arbitraje principios como el de la buena fe procesal, el de la vinculación de la conducta a los actos propios y el valor de la seguridad jurídica. Por lo mismo, aunque el precepto referido aparece como una renuncia presuntiva a las facultades de impugnación previstas en la Ley de Arbitraje, lo cierto es que se trata de un mecanismo de preclusión del tiempo de pedir la anulación y de la revisión del laudo, presunción entendida como el hecho de que, basada en actos propios, se ha superado el tiempo de ejercer las facultades de impugnación que la Ley de arbitraje prevé, es decir, debe entenderse como una situación derivada de haber dejado pasar plazos y oportunidades de recurso y no como una verdadera renuncia a la impugnación que tantas dificultades comporta por virtud del peso del orden público¹¹⁰.

Como bien expone GARBERI¹¹¹, el precepto ha sido interpretado como un mecanismo de aceleración del procedimiento arbitral, afirmación que la sustenta refiriéndose al entendimiento del Consejo General del Poder Judicial expresado en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Arbitraje, de 23 de septiembre de 2003, en los siguientes términos: “El firme deseo de que la nueva regulación del arbitraje sea eficaz se manifiesta en los muchos artículos que pretenden evitar la paralización o el simple retraso en la tramitación del procedimiento que se podría conseguir utilizando determinados mecanismos procesales o prerrogativas. Así, se prevé la renuncia tácita a las facultades de impugnación (art.6)”.

Por lo que acabamos de exponer, a la hora de establecer si una infracción de ley o de algún requisito del convenio son susceptibles de convalidación por virtud del artículo 6 LA, deberá tenerse presente la facultad de disposición que ejerzan las partes sobre aquellos y, además, en el

¹¹⁰ MARTI MINGARRO, Luis: “Renuncia tácita a las facultades de impugnación”, en GONZALEZ SORIA, Julio (Coord.), en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, cit., pp. 73 – 76.

¹¹¹ GARBERI LLOBREGAR, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003*, cit., p. 134.

entendimiento de que su efecto es preclusivo y no precisamente impeditivo del derecho a la impugnación.

En conclusión, como sostiene MARTI MINGARRO¹¹², el objeto del artículo 6 LA es el de asegurar el imperio de la buena fe, de la confiabilidad de las conductas, en el ámbito del proceso arbitral, impidiendo que se haga uso de los recursos por quienes dejaron pasar, de manera obvia, la oportunidad de denunciar y con ello la de depurar el proceso o sus formas o exigencias básicas.

2. Impugnación del laudo que resuelve la excepción

La oposición de excepciones, en este caso la de “existencia y validez del convenio”, tiene dos cauces para ser resuelta como lo establece el artículo 22 en su numeral 3) LA.

2.1. Resolución con carácter previo

Aunque no se visualiza ningún tratamiento procesal para la resolución de la excepción, entendemos que ésta debe dilucidarse previo traslado a la parte contraria por virtud del principio de contradicción. En este caso, la resolución de los árbitros, sea estimatoria o desestimatoria, puede ser impugnada a través de la acción de anulación, así lo dispone el artículo 22 numeral 3) LA, aclarando que, en caso de ser desestimatoria la excepción, el proceso debe continuar pues, el ejercicio de esa acción, no suspende el procedimiento arbitral.

Ahora bien, si se desestima la excepción y la parte que la plantea no impugna la resolución a través de la acción de anulación en la forma prevenida, ésta constituye otra forma de convalidación de la infracción, dado que, si no lo hace en este momento, ya no podrá hacerlo cuando se pronuncia el laudo definitivo.

¹¹² MARTI MINGARRO, Luis: “Renuncia tácita a las facultades de impugnación”, en GONZALEZ SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, cit., p. 78.

2.2.Resolución conjunta con la causa principal

El tribunal arbitral podrá decidir que la excepción opuesta sea resuelta conjuntamente con las demás cuestiones relacionadas con el fondo del asunto planteado. En este caso, la impugnación a través de la acción de anulación, también se podrá hacer valer conjuntamente una eventual acción de anulación en contra de lo resuelto en lo principal.

III. LOS ALCANCES DEL MOTIVO DE ANULACIÓN POR INEXISTENCIA O INVALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL

El tratamiento de este motivo de anulación lleva a considerar, haciendo un paralelismo con la ley civil, que se está haciendo referencia a las dos principales categorías de invalidez de los contratos, en este caso: La nulidad y la anulabilidad. Es por ello que iremos analizando en cada uno de los supuestos el comportamiento y los alcances del motivo, así como un análisis acerca de la posibilidad o no de considerar que, ambas categorías de invalidez, tienen cabida en aquella norma de convalidación o, por el contrario, que solo alguna de las dos es posible.

1. Precisiones conceptuales

Hemos querido comenzar, en primer lugar, efectuando una somera reflexión acerca de algunas precisiones conceptuales relacionadas con aquellas categorías de invalidez de los contratos. A partir de esta primera puntualización, trataremos de vincularlos y trasladarlos, en su caso, a las posibles situaciones que puedan darse en relación con el convenio arbitral.

1.1.De la nulidad

Nos hemos referido al convenio arbitral como aquel acuerdo que asumen las personas -naturales o jurídicas-, bajo el principio de la autonomía de la voluntad, para someter la solución de sus controversias emergentes de

una relación digna de protección jurídica y que versen sobre cuestiones disponibles, al sistema de solución de conflictos denominado arbitraje. A este acuerdo y atendiendo al motivo en análisis previsto en la Ley de Arbitraje, debemos aplicar conceptos como el que refiriéndose a los contratos nos señala DIEZ - PICAZO¹¹³: “Un contrato es nulo radicalmente cuando no produce efectos jurídicos. Es la máxima sanción del ordenamiento jurídico...”.

Por su parte, MESSINEO¹¹⁴ señala: “La nulidad es la situación particular del contrato en cuya virtud éste carece de algún elemento constitutivo (...) El contrato nulo está desprovisto de todo efecto jurídico; es esta la consecuencia de orden jurídico de la nulidad. Ninguna de las partes adquiere derechos ni asume obligaciones en dependencia de un contrato que sea nulo”.

Tomando en cuenta los conceptos antes referidos, para que un acto jurídico sea eficaz y produzca sus efectos jurídicos, debe cumplir los presupuestos de formación que se encuentran recogidos en el artículo 1261 CC: a) Consentimiento de los contratantes; b) Objeto cierto que sea materia de contrato y c) Causa de la obligación que se establezca. Así, la nulidad viene a constituirse en una forma de ineficacia que proviene ya sea de la ausencia de alguno de esos requisitos o ya de un vicio sustancial de legalidad en cualquiera de los presupuestos citados, en nuestra temática, sea en el momento de celebración del convenio o cuando ese convenio se ha tornado ineficaz con posterioridad a su celebración y debido a circunstancias sobrevinientes.

¹¹³ DIEZ – PICAZO, Luis, GULLON, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, cit., p.104.

¹¹⁴ MESSINEO, Francesco: *Doctrina General del Contrato*, Tomo II, Ed. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986, p.264.

1) *De la nulidad textual*

La nulidad textual significa que las causales se encuentran tipificadas en forma clara y concreta. Siguiendo a MESSINEO¹¹⁵, en el caso de la nulidad textual, se parte de la premisa que el contrato es algo orgánico y que, faltando alguno de sus componentes -consentimiento, objeto, causa, forma-, el contrato resulta ineficaz y, además, derivadas de la deficiencia de los referidos componentes, surgen otras causas generales de nulidad que pueden afectar a la estructura del convenio -aspecto formal- o al contenido mismo de éste -aspecto sustancial-. Corresponde por ello advertir que, a tiempo de resolver la impugnación de un laudo vía acción de anulación sobre la base de la inexistencia o invalidez del convenio, no puede estar exento ese análisis doctrinal siempre en consideración a los presupuestos previstos en la Ley 60/2003 y a los mismos principios reguladores de la institución del arbitraje.

2) *De la nulidad virtual*

Se trata de aquellas situaciones en que, aunque no se establezca expresamente la sanción de nulidad, del carácter imperativo de la norma se impone la nulidad del acto, implicando no sólo a casos previstos en el CC sino que también se hace extensiva a casos expresamente establecidos en otras leyes vigentes.

Estos son los casos de la denominada nulidad virtual. Según afirma MESSINEO¹¹⁶: “Se tiene nulidad virtual en los casos en que, aun faltando la expresa sanción de la nulidad, pueda inferirse de la función de la norma su carácter imperativo, es decir, que ella es *lex perfecta...*”. Es la nulidad virtualmente establecida por la ley, por la que, cuando no resulta de una sanción expresa, se deduce de la función de la norma que ha quedado inobservada, por razón de su carácter imperativo.

¹¹⁵ Ult. Cit., pp.265 a 266.

¹¹⁶ Ult. Cit., p. 264.

Consecuentemente, se encuentran supuestos de esta nulidad en todo el ordenamiento legal cuando se produce una violación o desconocimiento de lo dispuesto en la ley bajo esa sanción. Y ello no implica que necesariamente venga impuesta la misma por medio de un texto o norma legal. Así, la inobservancia de todo requisito legal tiene por sanción la nulidad del acto, aun cuando el mismo texto que hubiere establecido ese requisito no hubiera previsto la sanción. Se trata de supuestos de nulidad implícita o también denominada como nulidad virtual, que son consustanciales a la misma falencia del acto.

1.2. De la anulabilidad

A diferencia de la nulidad, un acto anulable a primera vista es un acto regular y el vicio debe ser demostrado ante la autoridad jurisdiccional quien, valorando las circunstancias, resolverá la cuestión planteada, caso en el cual la actividad jurisdiccional traducida en una sentencia estimatoria tiene el carácter constitutivo de un nuevo estado de esa relación jurídica.

DIEZ – PICAZO¹¹⁷, conceptualizando este instituto, manifiesta al respecto: “Frente a la nulidad absoluta o radical, la anulabilidad o nulidad relativa se construye por la doctrina y jurisprudencia como una medida de protección de unos intereses concretos y determinados, que sólo autorizan al titular de los mismos al ejercicio de la correspondiente acción, no a quien tenga un interés legítimo. Aquellos intereses son los del contratante en quien concurra causa de anulabilidad recogida en la ley”. (...) “Los contratos anulables producen efectos legales desde su perfección, pero son claudicantes o provisionales, en el sentido de que cesarán y se tendrán por no existentes *ab initio* si la nulidad se declara judicialmente”.

¹¹⁷ DIEZ – PICAZO, Luis, GULLON, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, cit., p.109.

Como afirma MESSINEO¹¹⁸, “La anulabilidad del contrato es, respecto de su nulidad, un grado menos grave de invalidez” y agrega que el contrato anulable produce todos sus efectos en tanto no sea impugnado mediante la acción de nulación.

Pero también en este caso pueden distinguirse aquellas variables de nulidad que pueden darse, concretamente, estamos diciendo que la anulabilidad puede ser textual y también virtual.

Hemos querido referirnos someramente a los institutos de la nulidad y anulabilidad de la teoría general de los contratos, solo para dejar establecido que esos conceptos, como viene diseñada en la Ley civil, no constituyen los principales o únicos parámetros de esencialidad contenida en el artículo 41.1 inciso a) LA, es decir, la potencial inexistencia e invalidez a la que se refiere la norma, no necesariamente debemos definirla conforme la ley civil; tales aspectos sí que son orientadores y a ello obedece el somero análisis conceptual que hemos realizado.

2. Los conceptos de “inexistencia” e “invalidez” en la Ley de arbitraje

Como tenemos manifestado supra y atentos a lo que la Exposición de Motivos de la Ley de arbitraje refiere acerca de los requisitos y efectos del convenio arbitral donde abre la posibilidad de aplicar las normas generales sobre contratos, como señala la misma Exposición, esa aplicación solo es posible en tanto y en cuanto no se haya especificado expresamente en la Ley arbitral.

Por otra parte, en la consideración que hemos expuesto acerca de los conceptos sobre los institutos de la nulidad y anulabilidad, como motivos de invalidez, no debemos perder de vista que estamos ante una realidad distinta de la legislación arbitral, es decir, aplicables solo a los contratos. Aquí, estamos

¹¹⁸ MESSINEO, Francesco: *Doctrina General del Contrato*, tomo II, cit., p. 277.

ante el sistema arbitral cuya naturaleza, en palabras de BARONA VILAR¹¹⁹, sostiene que “el arbitraje es arbitraje y esa es su naturaleza”.

Pero además debemos tener en cuenta la propia naturaleza de la acción de anulación diseñada por el legislador arbitral y la introducción de un alcance nuevo, distinto al de los contratos, de los conceptos de inexistencia e invalidez como fundamento de un motivo de anulación del laudo arbitral, y que no necesariamente resultan ser los diseñados por la normativa civil.

Así, cobra virtualidad la advertencia que hace la Exposición de Motivos en el sentido de aplicar las normas contractuales solo si en la Ley arbitral no se haya especificado. En ese sentido, si bien la teoría general de los contratos relacionada con los institutos de la nulidad y anulabilidad tienen plena aplicación en el ámbito civil como fundamentos de invalidez de aquellos, no es menos evidente que, la naturaleza de la acción de anulación contemplada en la Ley de Arbitraje tiene sus propias peculiaridades donde, se reitera, lo fundamental es la autonomía de la voluntad de las partes.

Por lo mismo, cuando en el motivo de anulación, que nos ocupa, la Ley de arbitraje dice: “*Que el convenio arbitral no existe o no es válido*”, no necesariamente debemos acudir a los casos de nulidad y anulabilidad de los contratos sino, más bien, la existencia o inexistencia, validez o invalidez del convenio arbitral será una cuestión que debe dilucidarse sobre la base de la normativa que regula la existencia y validez del convenio arbitral. Desde ese punto de vista también debemos entender que los conceptos de “inexistencia”

¹¹⁹ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2º edición, cit., pp. 71 – 73. La profesora Barona, para sustentar su teoría, comienza por señalar que en la institución arbitral se tejen un conjunto de relaciones jurídicas plurales y concluye diciendo: “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 arbitraje*’ y esa es su naturaleza jurídica. Afirmar esto supone -ciertamente- asumir parte de los argumentos que se esgrimen desde la posición ecléctica, como consecuencia de que efectivamente en el arbitraje coexisten componentes contractuales, jurisdiccionales y procesales. A partir de este dato de complejidad, quizás, el error es insistir en categorizar a la institución, incardinándola en una única categoría existente. En consecuencia, puede afirmarse que el arbitraje es una categoría autónoma”.

e “invalidez” del convenio arbitral, en el marco de la Ley arbitral, tienen alcance diferente al de la ley civil, mismos que deben asumirse, se reitera, en consideración a los presupuestos de existencia y validez del convenio que prevé la Ley de Arbitraje, no necesariamente los alcances de los casos de invalidez de los contratos.

3. Algunos específicos motivos de ineficacia del convenio arbitral

Sin el ánimo de establecer un elenco cerrado de las potenciales posibilidades de invalidez adecuadas al motivo que analizamos, tomando en cuenta principalmente la normativa contenida en el artículo 9 LA y las precisiones conceptuales antes mencionadas, y teniendo presente que el arbitraje, el convenio arbitral y la nulidad o anulabilidad del mismo no puede ser una réplica sin más de las referencias a la nulidad o anulabilidad de los contratos, de manera ejemplificativa exponemos a continuación algunos casos de invalidez:

3.1. Inexistencia del convenio

Inexistencia significa que nunca ha nacido ni nunca se ha pretendido concluir un convenio. Es por ello que, entendemos, cuando se habla de inexistencia de convenio, lo que podría probarse es que los documentos presentados y que a decir de la parte constituya convenio, en realidad no tiene esa calidad y, por lo mismo, se deduciría la inexistencia; en otras palabras, podríamos pensar en la inexistencia, por ejemplo, cuando se inicia un proceso arbitral sobre la base de documentos de los cuales se tiene la creencia que constituye un convenio arbitral pero que no lo es. No es lo mismo que la invalidez pues ésta es otra categoría caracterizada esencialmente por la ausencia de algún requisito de formación o de la concurrencia de vicios en dichos requisitos. No olvidemos que en el caso de fusión de sociedades, por ejemplo, o de venta de una empresa a otra, puede

que en ese proceso de transformación aquellos contratos y en relación con ellos la existencia de convenio arbitral que se pudieren haber suscrito con terceros hayan podido desaparecer, siendo interpretable su implícita existencia y transmisión o su no transmisión de contrario. Este supuesto es realmente posible y así se da en la práctica arbitral, siendo no siempre fácil poder comprobar la verdadera existencia del convenio arbitral suscrito.

3.2. Inexistencia por ausencia de un requisito esencial del convenio

Aquí podemos ubicar aquellos casos en que el convenio arbitral carece de alguno de los requisitos que prevé el artículo 1261 CC. Por lo mismo se lo cataloga como inexistente por cuanto si el convenio carece de consentimiento, objeto o causa, simplemente resulta impropio referirse a la existencia de un convenio.

Sobre el particular la profesora BARONA VILAR¹²⁰ manifiesta su preocupación a la hora de extrapolar los conceptos del derecho civil al convenio arbitral y sostiene que, desde el punto de vista teórico, no hay duda: “el convenio arbitral será inexistente cuando no concurren los requisitos esenciales señalados por la Ley. Lo complejo es deslindar, en la práctica, y a salvo de los supuestos claros de inexistencia (porque no hay físicamente el convenio) en qué casos estamos ante un supuesto de convenio inexistente y en qué supuesto ante uno nulo, aun cuando se aplicaren los parámetros expuestos”. Más adelante la misma autora sostiene que, en materia convencional arbitral, la situación se simplifica produciéndose una quiebra del tratamiento jurídico aplicable a otros ámbitos del derecho y concluye diciendo que “el legislador arbitral ha querido otorgar el mismo cauce jurídico impugnatorio para todos los supuestos, sea cual sea la gravedad en que se

¹²⁰ Ult. Cit.: p. 1617.

incurran, con la salvedad del posible control de oficio matizado a que se refiere el artículo 41.2 LA”.

Significa ello que, en materia arbitral, los elementos componentes del convenio no deben ser vistos desde los conceptos aplicables a los contratos, sino más bien tomando en cuenta la naturaleza del arbitraje (El arbitraje es arbitraje y esa es su naturaleza) cuyo sustento principal es la autonomía de la voluntad, lo cual no significa que los conceptos aplicables a los contratos sean del todo descartados, más bien, resultan ser importante orientación.

3.3. Invalidez por vicios de los elementos esenciales del convenio

Dentro de las posibilidades de invalidez del convenio, concurren también aquellos motivos de anulabilidad o nulidad relativa. En este caso el convenio existe y ha nacido a la vida jurídica, pero uno o alguno de sus componentes esenciales, que han concurrido a ese nacimiento, se encuentra impregnado por un vicio.

El ejemplo más claro de invalidez, en este sentido, es cuando el consentimiento se encuentra viciado por error, intimidación o por dolo. En este caso, el consentimiento se ha dado y el convenio existe, pero está expedita la vía para instar su invalidez. En el caso del error, éste vicia el consentimiento por cuanto se llega a un convenio partiendo de una idea falsa de la realidad. Respecto de la intimidación, ésta constituye vicio por cuanto el consentimiento obtenido es producto de coerción que de la intimidación resulta. Y respecto al dolo, es el engaño por medios artificiosos que actúan en la voluntad del otorgante del consentimiento de modo tal que, no mediando ese engaño, no fuera posible el consentimiento. La invalidez podrá declararse, en estos casos, si se demuestra que, para la obtención del consentimiento, ha mediado una apreciación falsa de la realidad, coerción en la persona o, engaño por medios artificiosos, de tal suerte que, si esas circunstancias no se hubieran producido, tampoco se hubiera obtenido el consentimiento.

3.4. Invalidez por inobservancia del elemento objetivo del convenio

Aquí podemos hacer referencia a dos situaciones que pueden dar lugar a la nulidad radical del convenio: La primera con base en el artículo 2.1 LA, es decir, si en el convenio arbitral se introducen, como objeto del arbitraje, materias que no son de libre disposición de las partes; La segunda, con base en el artículo 9.1 LA, cuando no se determina la controversia que será sometida a arbitraje; ambos considerados presupuestos esenciales del convenio arbitral.

3.5. Invalidez relacionada con el aspecto formal del convenio

Si una norma establece que un determinado acto jurídico solo tendrá validez observando una determinada forma en su conclusión, solo si se cumple esa formalidad puede considerárselo válido.

El artículo 9.3 LA establece que el convenio debe constar por escrito, por lo mismo, en ninguna circunstancia podrá alegarse existencia de convenio verbal por cuanto existe una norma imperativa que implícitamente lo prohíbe.

Respecto de la constancia de ese convenio, la misma norma establece que puede darse de diferentes maneras: 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.

De la mencionada norma podemos decir que, la escritura y por ende la firma en un documento, han dejado de ser la única opción para garantizar la existencia del convenio, por lo mismo, los otros medios que se mencionan en la norma, el legislador arbitral ha considerado que también constituyen garantías de la formación y existencia del convenio. Lo importante ahora es que, por cualquier medio de telecomunicación, se haya dejado constancia del convenio.

Podemos concluir entonces que, el solo hecho de que el convenio no conste por escrito, no es suficiente para instar la nulidad del laudo por inexistencia de convenio pues, como tenemos apuntado, el convenio puede ser resultante de intercambio de otros medios de telecomunicación; lo principal y

fundamental, es que exista constancia de la existencia del acuerdo, lo cual se tiene cumplido si el convenio conste y es accesible para su consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. Lo importante y central para instar la invalidez del convenio, ya no será la falta de escritura, sino que la invalidez se producirá si, por ningún medio de los descritos en la norma, es posible constatar la constancia de la existencia del convenio y que, por lo mismo, no es posible su consulta ulterior.

3.6. Invalidez por inobservancia de la condición o plazo al que fue sometido el convenio

Podrá ocurrir que el convenio contemple que para someter a arbitraje una controversia tenga que cubrir previamente otros cauces de solución heterocompositiva como condición de ingreso al arbitraje. Así, a título de ejemplo, podría condicionarse la posibilidad del arbitraje a una conciliación o mediación previa. Si esta condición previa no se cumple, entonces el convenio de arbitraje no puede adquirir virtualidad. Esto no afecta a la existencia del convenio, que existe, sino a su eficacia, y ello por cuanto para poder activar la eficacia del convenio es imprescindible cumplir con la condición establecida.

También podrá suceder que las partes convienen que el arbitraje solo podrá ser promovido dentro de un determinado periodo de tiempo, es decir, se establece un plazo límite para formalizarlo. Si ello no ocurre, entonces se produce la caducidad del convenio y, en este sentido, estaríamos ante un caso de inexistencia específica. La caducidad deberá constar en el convenio, es decir, exponer que se trata de un convenio con vida definida y no para cualquier tipo de conflicto que se plantee en relación con el contrato o con las relaciones jurídicas expuestas en el contrato, sino que su puesta en marcha, su activación dependerá del cumplimiento de un plazo. Si no existe actividad lo que se produciría sería la caducidad por inactividad.

3.7. La determinación de la validez del convenio por remisión a otras normas

En el artículo 9.2 LA, se establece que la validez e interpretación del convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión, se rigen por sus normas especializadas, concretamente se trata de una norma de remisión a una normativa específica, así por ejemplo, la normativa contenida en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que Regula el Sistema Arbitral de Consumo.

En ese mismo orden entendemos que se puede ubicar lo que dispone el artículo 9.6 LA en el caso del arbitraje internacional, donde se supedita la validez del convenio arbitral al hecho de cumplir los requisitos exigidos por las normas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.

Como advertimos al principio, las posibilidades de inexistencia o invalidez del convenio arbitral son diversas y no existe un elenco cerrado al respecto. En todo caso, será en el análisis de cada situación en particular en que puedan identificarse un sin número de supuestos siguiendo referencialmente la teoría general de los contratos y, principalmente, la normativa especializada relacionada con la validez del convenio arbitral a la que en principio de este capítulo hicimos referencia.

4. Efectos que provoca la estimación de la pretensión anulatoria

Si la sentencia del Tribunal Superior de Justicia acoge la pretensión anulatoria y estima que el proceso arbitral se ha tramitado sobre la base de un convenio inexistente o inválido, el efecto natural de esa sentencia, no solo es la nulidad del laudo pronunciado, sino que todo el proceso carece de validez por cuanto se ha desarrollado sin su basamento principal que es el convenio arbitral, por ende, se considera que jamás las partes han manifestado su voluntad de someter a arbitraje determinada controversia.

Sin embargo, no significa ello que la controversia quede irresuelta definitivamente pues, sino existe convenio o éste es inválido, las partes tienen siempre el cauce jurisdiccional para hacer valer sus derechos. Aquí surge la duda acerca de si las actuaciones arbitrales anuladas provocan la interrupción de la prescripción del derecho discutido; entendemos que no es posible por cuanto lo anulado se considera inexistente.

IV. LA CONVALIDACION DE LOS MOTIVOS DE INVALIDEZ

La convalidación de un motivo de inexistencia o invalidez del convenio como consecuencia de la renuncia que implica el no hacer uso del derecho de impugnación merece un tratamiento diferenciado respecto a cada una de las categorías de invalidez a las que hemos estado haciendo referencia. Desde esa óptica exponemos nuestro análisis sobre el particular y, dentro del cual, las premisas resultan ser los artículos 22 LA -relativo a las excepciones al alcance de las partes para impugnar la validez del convenio- y el 6 LA, relacionado con la convalidación o renuncia a las facultades de impugnación.

1. La convalidación de los motivos de anulabilidad

No existe duda, como ocurre con los casos de nulidad, de que la no alegación de un motivo de anulación a través de la excepción que prevé la Ley de Arbitraje en su artículo 22, en la forma y oportunidad que establece la misma norma, da lugar a la convalidación del convenio arbitral afectado por alguno de los motivos de anulación. Y esto tiene sentido tomando en cuenta las características propias de este instituto como son su carácter privado, la prescriptibilidad de la acción y la posibilidad de su confirmación por quien se encuentra legitimado para impugnarlo.

2. La convalidación de los motivos de nulidad

El aspecto relativo a la posibilidad de convalidar causales de ineficacia como efecto de no oponer la excepción que prevé el artículo 22 LA, concretamente sobre la “existencia o validez del convenio”, ya dijimos que puede dar lugar a que cobre vigencia la convalidación; veremos a continuación si esta última norma tiene eficacia frente a los casos de nulidad radical o absoluta.

Pero antes de abordar en concreto el tema, conviene referirnos a lo que MESSINEO¹²¹ describe al respecto de la confirmación o convalidación del contrato nulo. Dicho tratadista, al señalar los caracteres y efectos de la nulidad del contrato, entre otros señala: “ e) Salvo una distinta disposición de la ley, (...) el contrato nulo no es susceptible de confirmación (o convalidación), es decir, de actos de validación, tanto por obra del único contratante de cuyo comportamiento dependa la nulidad como de ambas partes (si la nulidad depende de una u otra conjuntamente) (...). Es indiferente la causa de la nulidad; cualquiera de las indicadas anteriormente es idónea para impedir la confirmación; y si ésta se hubiera producido, es inútil y no elimina la nulidad” Más adelante, el mismo autor admite la posibilidad de casos de existencia de convalidación del contrato nulo, para lo cual pone como ejemplo lo siguiente: “Pero en el caso del contrato nulo de donación se admite (...) la confirmación (es decir, la convalidación y la ejecución voluntaria que es una especie de convalidación tácita) después de la muerte del donante, por parte de su heredero o de su causahabiente que tenga conocimiento de la causa de nulidad. No solamente la inobservancia de la forma sino cualquier causa de nulidad no es impedimento para la convalidación, salvo que se tratara de una causa de nulidad que fuera tal inclusive respecto del acto de confirmación”.

¹²¹ Ult. Cit., p. 272.

A la luz de lo anteriormente expuesto, nuestra preocupación surge de cuestionarnos si la falta de oposición de la excepción o la falta de la denuncia previa de la infracción pueden dar cabida a una convalidación de situaciones cuyos conceptos se han mencionado anteriormente, es decir: ¿Puede convalidarse un convenio con vicios de nulidad absoluta? ¿Pueden las partes, como efecto de la renunciabilidad de la denuncia o de la excepción, convalidar un convenio que carece de elementos esenciales en su constitución?

Análisis concretos de la doctrina sobre el tema no son coincidentes, pues mientras algunos admiten la posibilidad de confirmación del convenio viciado de nulidad como efecto de la no impugnación oportuna dentro del procedimiento arbitral, otros son contrarios a ello.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN¹²², analizando la LA 36/1988, señala que, una posición afirmativa en el sentido de la confirmabilidad de los actos anulables y de los actos nulos como efecto de no haberse alegado tales aspectos en el curso del procedimiento arbitral: “...no fuese muy acorde con la regulación de la Ley de Arbitraje, si tenemos en cuenta que en la misma, la salvaguarda del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pende del ejercicio del regulado recurso de anulación”.

El mismo autor más adelante manifiesta que una solicitud de declaración de nulidad del laudo “...deberá ser desestimada la pretensión si de los hechos se deduce que la parte demandante conocía de la causa de anulación, y a pesar de ello, siguió los trámites del procedimiento arbitral, sin alegar la nulidad del convenio”¹²³.

¹²² ALVAREZ SANCHEZ DE MOVELLAN, Pedro: *La anulación del laudo arbitral*, Ed. Comares, Granada, 1996, p.142.

¹²³ Ult. Cit., p.143.

Por su parte, CORDÓN MORENO¹²⁴ plantea el problema desde la perspectiva del texto del motivo previsto en el artículo 45.1 LA 36/1988 - Cuando el Convenio Arbitral fuese nulo-, exponiendo las soluciones siguientes:

1°. Si se asume que la norma se refiere sólo a casos de anulabilidad, la no alegación del motivo, implicaría la sanación de la causal y daría lugar a la desestimación del recurso de anulación que se plantee y, si se alega y se desestima, se podrá sustentar el recurso de anulación con base en dicho motivo.

2°. Sostiene además que, si se asume que la norma se refiere sólo a casos de nulidad absoluta, los vicios no pueden ser sanados y, en este caso, la invocación del motivo de anulación del laudo, es independiente de su alegación en el curso del procedimiento arbitral como causa de oposición.

GARBERÍ LLOBREGAT¹²⁵, comentando la Ley de Arbitraje y refiriéndose al motivo que analizamos, manifiesta que es muy difícil pensar una acción de nulidad sobre la base de esta causal e interpretando conjuntamente los artículos 6 y 22 de la referida ley señala: “Pues bien, de la conjugación de lo establecido en ambas normas se desprende con toda claridad que, si la parte demandada en el procedimiento arbitral no denuncia oportunamente los defectos del convenio arbitral por vía de excepción (...), con posterioridad, y por mor del efecto de renuncia tácita a la impugnación que se deduce del art.6 LA, una vez dictado el laudo ya no podrá denunciar dichos mismos defectos por vía de la acción de anulación (...) Acción que, a nuestro entender, antes que desestimada una vez desarrollada su normal tramitación, debería ser inadmitida *ad limine* por este motivo...”.

BARONA VILAR¹²⁶ al respecto señala que en ningún caso la nulidad de un acto puede entenderse *ipso iure* y que necesariamente requiere

¹²⁴ CORDON MORENO, Faustino: *El arbitraje en el Derecho Español, interno e internacional*, cit., p.128.

¹²⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003*, cit., p. 988.

¹²⁶ BARONA VILAR, S., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1º edición, cit., p.1383 - 1385. La misma autora señala “Esta afirmación, no obstante, implica una extraña solución

pronunciamiento judicial; agrega que es necesaria la alegación de parte para ejercitar este motivo de anulación ante los árbitros conforme el trámite previsto en el referido artículo 22 LA y que sólo ante la eventualidad de una desestimación de esa objeción, en relación con el sustento convencional del arbitraje, puede impugnarse mediante la acción de anulación del laudo. Y agrega: “Si no se hubiere alegado en el trámite de resolución arbitral previa a que se refiere el artículo 22 LA debe entenderse que se ha producido un efecto convalidante del convenio”.

De nuestra parte, nos quedamos con la posición de la profesora BARONA VILAR pues consideramos que el efecto sancionador contemplado en el artículo 6 LA, es lo suficientemente claro y preciso. El legislador arbitral da la oportunidad para que, en un momento oportuno un convenio considerado inválido o inexistente, con el cual se inicia el proceso arbitral, pueda ser denunciado por alguna de las partes en la forma que señala el artículo 22 LA; si esa expresa oportunidad no es utilizada, entonces significa que ya, en otro momento, no podrá alegarse la invalidez o inexistencia, en este caso, como tenemos expuesto *supra*, no interesa el grado de ineficacia del que pueda estar afectado el convenio, la convalidación se produce.

V. EL ARBITRAJE INSTITUIDO POR TESTAMENTO

Incluimos en este capítulo el tema que la Ley de Arbitraje denomina “*Arbitraje Testamentario*” por cuanto en los hechos resulta una modalidad de

ante la aplicación de nociones tales como la inexistencia, que, como se apuntó, supone el grado más elevado de sanción del ordenamiento jurídico. De este modo, afirmar que el silencio comporta la validación del acto inexistente rompe una configuración clásica de estas nociones. En suma, se pretende establecer un equilibrio entre los intereses de los sujetos en juego. Por un lado, el legislador está ofreciendo la posibilidad de denunciar aquellos vicios que puedan directamente afectar desde la base – convenio arbitral – a la institución. Pero esa posibilidad de cuestionar el convenio no puede quedar abierta e ilimitada en el tiempo, amén de provocar una clara inseguridad jurídica no permisible en el sistema. Es por ello que se mantiene unos momentos procesales de protesta, de planteamiento ante los árbitros, de modo que no hacer uso de los mismos comporta la negación de su cuestionamiento posteriormente, y ello se fundamenta en el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos”.

convenio arbitral lo que la norma prevé en su artículo 10. En efecto, haciendo alusión a uno de los componentes del derecho sucesorio y determinando los límites subjetivos y objetivos, se instituye esta modalidad o forma de concebir un convenio arbitral que involucra al derecho sucesorio.

1. Naturaleza jurídica y características

De principio debemos dejar claro que el denominado arbitraje testamentario no puede ser catalogado como un arbitraje especializado, como por ejemplo lo es el arbitraje de seguros, de consumo u otros; las razones de esta afirmación se sustentan en el simple hecho de que aquel constituye simplemente una modalidad que la Ley arbitral ha previsto para instituir un convenio arbitral mediante testamento.

En ese sentido, convenimos que no se trata de una modalidad de arbitraje lo que señala el artículo 10 LA sino que se trata de una modalidad de convenio arbitral instituido por un tercero y que involucra a personas por determinarse una vez que se ha abierto la sucesión del testador. Esas personas por determinarse serán aquellas llamadas a la sucesión como herederos no forzosos o legatarios.

Por otra parte, atendiendo a las distintas maneras de acreditar el convenio que hicimos referencia anteriormente, esta no se adecúa a ninguna de aquellas; en efecto, las partes que se verán involucradas en el futuro proceso arbitral no pueden formalizar el convenio a través de la firma de un documento, menos a través de cartas, fax u otros similares. Aquí como se apuntó *supra*, el convenio es un acto unilateral y personalísimo del testador que se consolida a través de un testamento; significa entonces que ese acto formal y personalísimo no puede ser sustituido por ninguna otra modalidad de concreción.

Otra característica de esta modalidad de convenio es el hecho de que éste adquiere virtualidad únicamente como efecto de la muerte del testador; en efecto, mientras el testador vive, el testamento no puede ser abierto y menos

surtir efectos. Es por ello, consecuentemente, que el convenio instituido tampoco puede surtir efectos; es más, incluso al testador le asiste la posibilidad de revocar el testamento y, en ese sentido, podríamos decir que el convenio instituido por testamento es siempre revocable.

2. Limite subjetivo

Al ser instituido mediante un testamento, significa que quien lo determina es un tercero, no las partes que se verán involucradas dentro del futuro proceso arbitral. En ese sentido podemos sostener que su origen es una manifestación de voluntad unilateral y personal del testador, lo cual a la vez significa que las futuras partes del proceso arbitral ni siquiera podrían conocer, antes de la apertura de la sucesión, la existencia del convenio instituido por testamento.

El término “*heredero no forzoso o legatario*” que menciona el artículo 10 LA, en los hechos, está haciendo referencia a aquellos herederos simplemente legales o herederos legales no forzosos, donde la legítima de los forzosos no se comprometa y, en todo caso, si los herederos forzosos han sido incluidos en el convenio arbitral testamentario por el testador, podrían intervenir en el proceso arbitral con la reserva de que, en ningún caso, su legítima estará en juego, en tal caso, la controversia solo tendría que versar sobre la porción disponible del testador.

Pero como sostiene GARBERI LLOBREGAT¹²⁷, la exclusión subjetiva del heredero forzoso no la fundamenta la personalidad del legitimario sino su cualidad de tal y, por lo mismo, si su derecho a la legítima ha sido satisfecho, por ejemplo, en vida a través de un legado, las controversias que puedan surgir entre aquel y los herederos no forzosos o legatarios en torno a las materias susceptibles del convenio arbitral testamentario, pueden ser sometidas a esta

¹²⁷ GARBERI LLOBREGAT, José (Dir.): *Comentarios a la Ley 60/2003*, cit., p.229.

modalidad de convenio sin que ello implique vulneración del orden público sucesorio.

Por otra parte, legado es una liberalidad que hace el testador sobre bienes de libre disposición, supone ello que la liberalidad no puede afectar a los legitimarios.

3. Las “diferencias” relativas a los límites objetivos

El artículo 10 LA en forma expresa señala cuales son las materias que pueden ser objeto del convenio arbitral instituido por testamento. En este sentido, de mucha utilidad será el analizar la incidencia de los alcances del concepto de controversia, como componente del convenio arbitral y, además, es necesario hacer un paralelismo de la función de los árbitros del convenio testamentario con la función del albacea.

Insistimos en denominar convenio testamentario a lo que la Ley de Arbitraje denomina “*arbitraje testamentario*”; y ello precisamente porque la norma concreta inclusive hace referencia a lo que es susceptible de ser considerado dentro del denominado arbitraje testamentario. En sí, lo que menciona la norma no es más que un parámetro o aspecto de donde devienen las relaciones jurídicas y de donde pueden surgir la o las “*diferencias*” entre los herederos no forzosos o legatarios. Lo que hace la norma del artículo 10 LA es señalar una posibilidad de donde, a partir de la apertura de la sucesión, pueden surgir controversias.

En efecto, la simple mención del objeto del arbitraje testamentario, no implica necesariamente la existencia de controversia o “*diferencias*” entre los herederos no forzosos que serán llamados a suceder y, en su caso, ser parte del proceso arbitral; significa que el testamento donde se instituye el convenio arbitral se concluye sobre probables controversias aún no suscitadas y que lo que se prevé son materias o estamentos del derecho sucesorio testamentario

que pueden dar causa a controversias a partir de la apertura de la sucesión, no antes.

4. El marco conceptual de donde surge el objeto del arbitraje

En sí lo que prevé la norma, como ya lo dijimos, es un marco conceptual de donde surgirá la futura controversia pues, por el solo hecho de haberse instituido el convenio en el testamento, no significa que la controversia existe. Concretamente la Ley de Arbitraje señala que las diferencias a que puedan surgir como emergencia de la institución del arbitraje testamentario es la “*distribución o administración de la herencia*”.

Podríamos entender en principio que el término “distribución” que utiliza la norma es sinónimo de “división”, sin embargo no parece ser así; La distribución de la herencia, en los términos de la normativa en materia sucesoria, constituye el efecto inmediato de la división de la herencia; en efecto, producida la división de la herencia, lo que queda es por asignar o distribuir cada una de esas porciones a los herederos y, en ese sentido, es en este momento en el que pueden surgir las “*diferencias*”.

Con relación a la administración de la herencia, nos debemos remitir a las normas relacionadas con las formas de aceptación de la herencia que, a la vez, dan lugar a ciertos efectos que tienen que ver con la administración de la herencia. Son estos los ámbitos referenciales en los cuales pueden surgir cuestiones litigiosas que merezcan ser dilucidadas a través del arbitraje testamentario.

5. La inexistencia o invalidez del convenio testamentario

Analizado someramente los aspectos centrales relacionados con el denominado “arbitraje testamentario” instituido en el artículo 10 LA, concluimos que los alcances de la normativa relacionada con la impugnación del laudo que en su día se pronuncie y que tenga su origen en esa modalidad de

arbitraje, son perfectamente aplicables a ésta; adquirirá virtualidad también aquellas cuestiones relacionadas con los presupuestos previos para impugnar el laudo como son la oposición de excepciones de inexistencia o invalidez del convenio, la protesta previa o el pedido de rectificación por extralimitación.

Lo que decimos es que, a través de la acción de anulación, no solo que se podrá cuestionar, por cualquiera de los herederos no forzosos involucrados, la validez o inexistencia del propio testamento con base en el motivo que nos ocupa, sino que además, podrá impugnar el laudo que en su día se pronuncie.

CAPÍTULO TERCERO. MOTIVOS DE ANULACIÓN RELACIONADOS CON LA ACTIVIDAD DECISORIA DE LOS ÁRBITROS

En este capítulo hemos agrupado aquellos motivos de anulación que tienen en común y, como principal variable, la actividad decisoria del árbitro o del colegio arbitral. La decisión de los árbitros es lo que caracteriza este conjunto de motivos que pivotan sobre uno de los elementos nucleares en el arbitraje, en los que destaca especialmente la decisión arbitral, a saber, el pronunciamiento del laudo sobre cuestiones respecto de las cuales las partes no les han autorizado ni vía convenio ni vía alegaciones; o bien se trata de aquellos supuestos en los que esa resolución se ha referido a cuestiones no arbitrables o que, en su actividad decisoria, se ha incurrido en infracción del orden público. Estamos refiriéndonos a los siguientes motivos:

1°. El contemplado en el artículo 41.1.c LA: *“que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión”*.

2°. El motivo previsto en el artículo 41.1.e LA: *“que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje”*.

3°. El motivo señalado en el artículo 41.1.f LA: *“que el laudo es contrario al orden público”*.

A la hora de establecer la concurrencia de los presupuestos de anulación para cada caso se deberá tomar en cuenta las variables que, en cada caso corresponde.

I. PRESUPUESTOS PARA INSTAR LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO POR VÍA DE LOS MOTIVOS QUE INVOLUCRAN LA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS

Al igual de lo que ocurre con el motivo contenido en el artículo 41.1.a LA, en el caso presente e independientemente de lo que prevé el artículo 6

LA¹²⁸, es imperativo agotar ciertos cauces previos para poder habilitarse e impugnar el laudo. A estos supuestos nos vamos a referir a continuación. Concretamente y, tal como lo establece el artículo 22.2 LA, debe oponerse la excepción de “materias que exceden la competencia del tribunal arbitral”.

La referida norma -artículo 22.2 LA- textualmente dice: “*La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que excede de dicho ámbito*”.

El exceso al que se hace referencia en la mencionada norma adquiere virtualidad por dos vías: 1°. Cuando los árbitros exceden los alcances del convenio suscrito por las partes; 2°. Cuando los árbitros resuelven sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje. A su vez, estas vías encuentran su acomodo en los motivos de los literales c) y e) artículo 41.1 LA, respectivamente. Todo ello al margen de lo que prevé el artículo 6 LA.

1. Oposición de la excepción de exceso de la competencia de los árbitros

Indudablemente que la norma del artículo 22.2 LA, al referirse al exceso de la competencia en que pueden incurrir los árbitros, hace alusión, por una parte, a todas las posibilidades de incongruencia incluida la *extra petita* que, como veremos, se trata de la modalidad de incongruencia que configura el motivo del artículo 41.1.c LA y, por otra parte, a aquella posibilidad en que los árbitros se pronuncien sobre materias no susceptibles de arbitraje, afirmación que se sustenta en lo que previene el artículo 41.3 LA.

En efecto, el eventual exceso de las cuestiones en el que puedan incurrir los árbitros, al que hace alusión la norma, significa que, *ad initio* del procedimiento arbitral los árbitros están considerando situaciones que no han

¹²⁸ Vid.: Apartado V, Capítulo I

sido materia del convenio arbitral suscrito por las partes o que constituyen materias que no están al alcance de la disponibilidad de dichas partes; extremo éste que debe ser impugnado inicialmente a través de la referida excepción, tan pronto como se plantee la situación y durante las actuaciones arbitrales, lo cual a la vez debe merecer una resolución expresa que puede dar lugar a una primera acción de anulación conforme señala el mismo artículo 22.3 LA.

1.1. Acerca de la incongruencia

En la Ley de Arbitraje no existe una normativa que nos diga cuáles son los parámetros o elementos configuradores de la incongruencia a la que hace referencia el motivo previsto en el artículo 41.1.c LA. En ese sentido se debe seguir lo expresado en la Exposición de Motivos (VI) de la Ley de Arbitraje donde, al hacer referencia a la determinación objetiva de la controversia, se dice que “siempre dentro del ámbito del convenio arbitral se produce de forma progresiva”. Con ello queremos dejar constancia que, no solo al momento de conocerse el laudo se puede advertir la concurrencia de la incongruencia *extra petita*, sino que la incongruencia como manifestación del principio dispositivo tiene virtualidad no solo en la resolución final sino a lo largo de todo el procedimiento arbitral. En este caso, esa incongruencia la podemos advertir al concluir la etapa de alegaciones cuando el tribunal arbitral determina la controversia que deberá ser materia del proceso.

En ese sentido el concepto del principio dispositivo, comprendido en su vertiente material y procesal, y su aplicación al campo del arbitraje, cobra una esencial materialización, pues no solo la iniciativa de incoar el proceso está aquí en juego, sino también el hecho mismo de la elección del mecanismo procesal, el uso del proceso arbitral, es ya en sí el ejercicio de un derecho potestativo¹²⁹.

¹²⁹ MOLINA CABALLERO, M. Jesús, *La congruencia en los laudos arbitrales*, cit., p. 83.

De lo dicho entendemos que esta forma de materialización de la incongruencia *extra petita* se presenta como aquella situación en la que los árbitros determinan la controversia sobre la base o incluyendo materias que las partes no han considerado ni en el convenio arbitral ni en sus alegaciones. Por lo mismo, esta situación debe ser puesta de manifiesto -tan pronto como sea posible- a través de la excepción pues, un caso extremo de dicha incongruencia sería que los árbitros incluyan en la parte dispositiva de su decisión materias no arbitrables que ni siquiera han sido mencionadas en el procedimiento arbitral.

Esta situación constituirá, en los hechos, una primera manifestación de la disconformidad de las partes con la determinación de la controversia establecida por el tribunal arbitral y que luego servirá para sustentar la impugnación del laudo con base en el motivo que analizamos.

1.2. Sobre la indisponibilidad de las materias

Como veremos en su momento, la Ley arbitral opta por una norma específica que proscribiera toda posibilidad de laudar sobre materias que no están en el ámbito de disponibilidad de las partes, y lo hace a través de lo que dispone el artículo 2 – I LA al señalar que “*Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*”.

Por contrario imperio, aquellas materias que excedan ese ámbito de disponibilidad no pueden estar al alcance de la voluntad de las partes y tampoco están al alcance de la decisión arbitral. Por lo mismo, dicha norma es la que debe tenerse presente a la hora de establecer si los árbitros están sometiendo a arbitraje materias indisponibles y, en su caso, oponer la excepción en la forma que señala el artículo 22.2 LA.

2. La petición de rectificación de la extralimitación parcial del laudo

La modificación DIEZ contenida en el artículo único de la Ley 11/2011, modificadorio del texto inicial del artículo 39 de la Ley 60/2003, de arbitraje,

introduce una novedad relacionada con la posibilidad de petición de rectificación de la extralimitación parcial del laudo, concretamente la norma dice:

“Artículo 39. Corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo. 1. Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros: (...) d) La rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje”.

Se trata de otro momento y otro cauce que el procedimiento arbitral admite para cuestionar aquellas posibilidades en que los árbitros han excedido en su competencia al pronunciar el laudo y cuya procedencia y tratamiento procesal se resume de la forma siguiente:

1°. Solo procede en dos casos: Que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o, que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

2°. La petición debe ser formulada dentro de los diez días siguientes a la notificación con el laudo por cualquiera de las partes.

3°. De la petición se dará audiencia a la otra parte.

4°. La resolución se pronuncia en el plazo de veinte días.

5°. Cualquiera sea la resolución, el término para formular la acción de anulación que contempla el artículo 41.4 LA, se notificará a las partes, momento desde el cual se computa el plazo para formular la acción de anulación.

Sobre el particular, en la STSJ de Madrid, No.43/2014, de 1° de julio de 2014, se tiene por renunciado tácitamente las facultades de impugnación por que el accionante no ha solicitado la rectificación por extralimitación del

Laudo para alegar que los árbitros, en dicho laudo, han resuelto sobre cuestiones no sometidas a arbitraje¹³⁰.

Por lo mismo, además de la denuncia previa contemplada en el artículo 6 LA y la oposición de la excepción prevista en el artículo 22.2 LA, la petición de rectificación conforme la norma modificatoria es otra vía que debe agotarse para pretender la anulación del laudo por los motivos que nos ocupa, aunque la misma, como hemos visto, solo es posible una vez conocido el laudo de lo principal.

II. ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL POR QUE LOS ÁRBITROS HAN RESUELTO SOBRE CUESTIONES NO SOMETIDAS A SU DECISIÓN (ARTICULO 41.1.c LA)

El precedente inmediato del motivo es el artículo 45.4 LA 36/1988¹³¹; hace alusión a la incongruencia *extra petita* en que pueden incurrir los árbitros a tiempo de pronunciar el laudo definitivo que resuelve la controversia.

1. Consideraciones generales

Textualmente el motivo previsto en el artículo 41.1.c LA es lacónico y dice: “*Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión*”.

¹³⁰ <http://www.poderjudicial.es>. Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia: El FJ Tercero de la STSJ M 43/2014, de 1º de julio, dice: “Profundizando en la causa concreta invocada, esta vendría determinada por el hecho de que el árbitro ha resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión, según el demandante (...). El primer obstáculo que nos encontramos a la hora de poder estimar la alegación de la demandante es el artículo 39 de la Ley de Arbitraje que dispone que (...). Lo anterior debe ser puesto en relación con el artículo 6 de la misma ley que establece que (...). Como consecuencia de lo anterior la parte demandante debería haber solicitado la rectificación del Laudo, en cuanto a la resolución sobre cuestiones no sometidas a arbitraje que son ahora alegadas, sin que la misma lo haya hecho, renunciando tácitamente con ello a las facultades de impugnación”.

¹³¹ El referido artículo decía: “*Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. En estos casos la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal*”.

La redacción del contenido de este motivo de anulación previsto en la Ley de Arbitraje, se inspira en el artículo 34 numeral 2) inciso a) punto iii) de la LM¹³² pero resulta menos explícito, incluso que el propio precedente (artículo 45.4 LA 36/1988), pues entre éste y la Ley Modelo UNCITRAL sí que existe similitud.

De principio, corresponde advertir que el motivo tiene directa relación con el principio dispositivo en su vertiente del deber de congruencia que, aunque propio de los procesos civiles, deben observar los árbitros al momento de pronunciar el laudo arbitral. Esa congruencia según el precedente y la norma de UNCITRAL no deja duda de que está relacionada, no con las pretensiones, sino directamente con el convenio arbitral que las partes han suscrito antes del inicio del ese procedimiento.

El motivo, como puede apreciarse *prima facie*, hace alusión concreta a tres componentes del sistema de arbitraje: El laudo arbitral, el convenio arbitral y la controversia sometida a arbitraje.

1°. El laudo arbitral que dilucida el fondo del asunto y que es pronunciado a la conclusión del procedimiento arbitral, entendiéndose como tal a aquella resolución que pone fin y decide sobre la controversia que ha sido objeto del proceso arbitral como consecuencia de la suscripción voluntaria de un convenio suscrito por las partes.

2°. El convenio arbitral que las partes han suscrito bajo el principio de la autonomía de la voluntad, entendiéndose como tal aquel acuerdo que suscriben las partes para someter una controversia, emergente de una relación jurídica contractual o extracontractual, a la decisión de los árbitros sobre derechos disponibles y que no afecten al orden público.

¹³² El artículo 34,2 numeral 2), inciso a) punto iii) de la LM dice: “*que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas;*”

3°. Complementa la contextualización del motivo, la referencia que se hace a la controversia, entendiéndose como tal aquella situación de confrontación de intereses entre dos o más persona que precisan de una decisión que resuelva la misma.

Del análisis conjunto de estos tres aspectos a los que hace alusión el texto del artículo 41.1.c LA, concluimos en principio que la causal se está refiriendo principalmente al deber de congruencia que deben observar los árbitros a tiempo de pronunciar el laudo arbitral y, a la vez, advierte que la vulneración de ese deber de congruencia, configura el motivo de anulación del laudo; es precisamente ese aspecto -la congruencia- en el que centraremos nuestro inicial análisis.

2. Principio dispositivo: Origen del deber de congruencia

La infracción del principio dispositivo dentro del proceso, provoca lo que se ha venido en denominar “incongruencia”. Este defecto, sin embargo, tiene varias connotaciones y sus efectos son diversos según se trate del defecto cometido por el juzgador, en nuestro caso, por los árbitros. Veremos algunos aspectos concernientes a este principio con el fin de establecer los fundamentos del por qué la incongruencia constituye infracción de este principio y no otro.

2.1. Concepto y fundamentos del principio dispositivo

“El juez no puede proveer si antes no ha habido alguien que se lo haya pedido, sino que debe, además, al proveer, mantenerse dentro del tema planteado por las partes”. “El principio dispositivo es, en sustancia, la proyección en el campo procesal de aquella autonomía privada en los límites señalados por la ley, que encuentra su más enérgica afirmación en la tradicional figura del derecho subjetivo”, son conceptos esbozados por

CALAMANDREI¹³³ respecto del principio dispositivo en el marco de su análisis que hizo en su momento a las instituciones de la normativa procesal italiana.

MONTERO¹³⁴ encuentra los fundamentos de este principio en la naturaleza privada del derecho subjetivo deducido en el proceso, en la titularidad particular del mismo, en la autonomía de la voluntad y, en definitiva, en la libertad.

El principio dispositivo encuentra esencialmente su fundamento en el carácter privado-disponible de la norma material, el cual se mantiene, aun cuando los derechos o intereses sean deducidos en juicio¹³⁵.

PICO I JUNOY hace mención a que el fundamento del principio dispositivo se encuentra en la propia estructura del modelo económico y jurídico escogido por un ordenamiento y, en especial, por la Constitución donde se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa. Y por ello se opta por un determinado modelo que implica una distinción clara entre intereses privados y públicos, y la admisión de un amplio margen de la autonomía de la voluntad y a la iniciativa de los particulares¹³⁶.

Lo expuesto nos demuestra que es por virtud del principio dispositivo que los árbitros quedan vinculados a las pretensiones del actor y la resistencia del demandado, dando lugar a lo que se denomina “deber de congruencia”, que no es otra cosa que el respeto que debe observarse sobre los posicionamientos que han asumido las partes dentro de un determinado proceso arbitral, posicionamiento del cual los árbitros no pueden apartarse, ni pueden proparse, ni abstenerse sobre alguna pretensión, ni guardar silencio al momento de pronunciar la resolución final.

¹³³ CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, volumen I, cit., p. 403 – 405.

¹³⁴ MONTERO AROCA, Juan: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Ed. tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 63 – 64.

¹³⁵ MILLAN, Carlos: *La incongruencia civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, p. 29.

¹³⁶ PICO I JUNOY, Joan: *El Juez y la Prueba*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 100.

2.2. Manifestaciones del principio dispositivo

MILLAN¹³⁷, en un estudio de los alcances del principio dispositivo, señala como sus principales manifestaciones, en principio, diciendo que la actividad jurisdiccional solo se activa mediante un acto previo de petición de parte; en segundo lugar señala que corresponde también a las partes la determinación del objeto del proceso de donde el juez no puede apartarse a riesgo de incurrir en incongruencia; la aportación de los elementos de hecho y los medios probatorios también son manifestaciones atribuidas a las partes y cuya finalidad es la de formar la sentencia; y, por último, menciona al poder de disposición del proceso por el cual pueden las partes poner fin a la actividad jurisdiccional mediante las formas extraordinarias de conclusión del mismo.

MONTERO AROCA¹³⁸ resume el significado de este principio en la forma siguiente:

1° La parte es libre de iniciar la actividad jurisdiccional.

2° Incumbe al actor la determinación del objeto del proceso a través de la pretensión y, al demandado, la determinación del objeto del debate a través de la resistencia.

3° El órgano jurisdiccional debe ser congruente con la pretensión y la resistencia formuladas a tiempo de dilucidar la controversia.

4° Las partes son libres de poner fin a la acción incoada.

Concluimos entonces que, por virtud del principio dispositivo, quienes están inmersos en los alcances de un proceso arbitral, son libres de la iniciación o no del proceso, de la fijación del objeto del proceso y del debate, de la libre disposición de sus pretensiones y resistencias incoadas y, por último, vinculan con sus peticiones la decisión de los árbitros.

¹³⁷ MILLAN, Carlos: *La incongruencia Civil*, cit., pp. 29 – 34.

¹³⁸ MONTERO AROCA, J., GOMEZ COLOMER, J.L., MONTON REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional I*, cit., pp.332 – 333. En el mismo sentido PICO I JUNOY, Joan: *El Juez y la Prueba*, cit., p. 99 – 100.

2.3. Limitaciones

Pero como sostiene LEIBLE, este principio no se mantiene en el procedimiento civil en su totalidad, sino parcialmente limitado o modificado. El principio está excluido, por ejemplo, cuando la conclusión del procedimiento por allanamiento o transacción no es admisible en asuntos matrimoniales; o cuando respecto de las costas debe decidir el juez de oficio sin instancia de parte. Pero también el principio es modificado por el deber judicial de esclarecimiento como cuando el juez está obligado a influir para que las partes planteen peticiones conducentes, limite que se impone en virtud de un interés de una equitativa realización del derecho de prestación de justicia. Por último, excepción al principio dispositivo para el ordenado desarrollo del procedimiento son las reglas sobre la dirección del proceso que tiene lugar en el llamado impulso de oficio, lo cual se traduce en el dominio del curso externo del procedimiento, la competencia para la fijación de audiencias, citaciones, notificaciones y otros¹³⁹.

Lo mismo ocurre en el sistema arbitral pues debe tenerse presente que el principio dispositivo regulador del proceso arbitral que da origen al deber de congruencia, no es absoluto sino que tiene sus límites que la misma LA se encarga de identificar, entre otros: el artículo 1.4 LA -exclusión del arbitraje laboral- y en el artículo 2.1 LA cuando limita el arbitraje a materia de libre disposición, excluyendo por tanto los derechos indisponibles o las materias que afecten el orden público.

En ese mismo sentido se manifiesta GARBERI¹⁴⁰, cuando sostiene que la observancia del deber de congruencia es consecuencia de la vigencia del principio dispositivo en el procedimiento arbitral, cuya manifestación principal es la imposibilidad de someter a arbitraje controversias sobre materias no

¹³⁹ LEIBLE, Stefan: *Proceso Civil Alemán*, Ed. Editora Jurídica de Colombia, 2º edición, Medellín, 1998, pp. 132 – 133.

¹⁴⁰ GARBERI LLOBREGAT, José (Coord.) *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, cit., 997.

disponibles y que, así como las partes son dueñas de acudir al arbitraje para resolver sus controversias, también se les debe reconocer el derecho a la congruencia en el laudo.

En efecto, en materia arbitral los alcances del principio dispositivo viene impuesto por la naturaleza privada y disponibilidad de las materias y cuya delimitación, como dijimos y como se prevé en el artículo 2.1 LA, “*son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*”.

En otro orden de ideas, podríamos considerar también límites o quiebre del principio dispositivo en el arbitraje por ejemplo cuando en el artículo 25.2 LA se faculta a los árbitros: Dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado; decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica que puede darse incluso de oficio; e incluso puede pensarse en el quebrantamiento del principio cuando, aunque no en forma expresa, se faculta a los árbitros a establecer en definitiva la controversia, tal como se expresa en la Exposición de Motivos (VI): “*Al fin y al cabo, la determinación del objeto de la controversia, siempre dentro del ámbito del convenio arbitral, se produce de forma progresiva*”, entendiéndose por ello que no solo es el convenio arbitral el que delimita la controversia sino otras situaciones cuya determinación es de competencia de los árbitros.

3. Acerca de la congruencia

El motivo que analizamos hace referencia a la congruencia que deben observar los árbitros al momento de pronunciar el laudo definitivo. En efecto, cuando la norma dispone la posibilidad de anulación de aquel por haberse resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión, le está imponiendo el deber de congruencia. Veremos a continuación cual el comportamiento y alcance de ese deber al que hace referencia el motivo.

3.1. Concepto

Ya adelantamos que el deber de congruencia es consecuencia del principio dispositivo. En esta línea BARONA VILAR¹⁴¹ sostiene: “*La congruencia es una de las nociones que está estrechamente vinculada al principio dispositivo, en cuanto se considera como una de las consecuencias esenciales del mismo...*”.

En ese mismo sentido ya se manifestaba MILLAN al sostener que el deber de congruencia tiene su fundamento en el principio dispositivo por ser éste la traducción procesal en donde se refleja el respeto a la naturaleza jurídico-disponible del derecho material deducido en juicio y concluía diciendo que la congruencia es la manifestación más importante del llamado principio dispositivo en cuanto permite dentro del proceso, la continuidad del carácter disponible del derecho material deducido en juicio¹⁴².

El concepto, aunque en forma expresa no contemplado en la Ley de Arbitraje, es perfectamente trasposable de aquella noción contenida en el artículo 218 numeral 1) LEC que dice: “*Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes deducidas oportunamente en pleito. Harán las declaraciones que aquellas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate*”.

GUASP y ARAGONESES¹⁴³ definen la congruencia como “la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto. Es, pues, una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma, y, más concretamente, su fallo o parte

¹⁴¹ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1º edición, cit., p.1393.

¹⁴² MILLAN, Carlos: *La incongruencia civil*, cit., pp. 22 – 23.

¹⁴³ GUASP, Jaime, ARAGONESES, Pedro: *Derecho Procesal Civil*, Tomo 1, 6º edición, cit., p. 519.

dispositiva, y otro el objeto procesal en sentido riguroso; no, por tanto, la demanda, ni las cuestiones, ni el debate, ni las alegaciones y las pruebas, sino la pretensión procesal y la oposición a la misma en cuanto la delimita o acota, teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto: Los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila”.

Pero es la propia naturaleza del arbitraje que nos señala que el concepto tiene aplicación dentro del proceso arbitral, no otra cosa puede significar que, aunque limitada a una sola modalidad, se haya previsto en forma expresa un motivo de anulación por tal circunstancia. En todo caso debemos entender que, las demás modalidades de incongruencia, no es que les esté permitido a los árbitros, sino que aquellas tendrán otro cauce o encontraran cabida en otro u otros motivos de anulación previstos en la Ley de arbitraje.

De lo dicho podemos concluir que la congruencia es un presupuesto de validez del laudo arbitral -que se configura entre aquellas facultades que las partes han cedido a los árbitros para la solución de sus controversias respecto de derechos de libre disposición- y del contenido mismo del laudo que necesariamente debe responder a las alegaciones oportunamente formuladas, en otras palabras, debe existir correspondencia de lo resuelto con los elementos configuradores de la controversia.

En consideración a la misma naturaleza del arbitraje debe tenerse presente que, antes de la concretización del objeto de la controversia, se encuentra el acuerdo de arbitraje y cuyo concepto genérico no permite identificar a aquella en forma taxativa y definitiva, pues como sostiene CADARSO PALAU, al mencionar que la controversia objetiva se delimita después de iniciado el proceso como efecto de las alegaciones de las partes - haciendo referencia a la forma progresiva que hace alusión la Exposición de Motivos de Ley de Arbitraje en la formación del objeto de la controversia- dice que la jurisprudencia ha venido insistiendo en la flexibilidad que debe

observarse entre lo controvertido y lo que debe ser decidido por los árbitros; en ese sentido se sustenta en la STS de 25 de octubre de 1982, para hacer referencia a que, al facultad de los árbitros, viene determinada por el *thema decidendi* lo que no debe interpretarse en extremo ni que los árbitros se encuentren obligados a interpretar restrictivamente el deber de congruencia; ello se explica por la propia naturaleza y finalidad del arbitraje que permite mayor elasticidad en la interpretación de las cuestiones a decidir, las cuales deben apreciarse no aisladamente sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada; el árbitro puede resolver cuestiones que sean consecuencia lógica y obligada de las que se han planteado; conclusiones derivadas de la naturaleza jurídica del compromiso arbitral que se hallan corroboradas por la interpretación que ha de darse al acuerdo contractual delimitador de la controversia, debiendo tenerse en cuenta el espíritu y finalidad que haya presidido el negocio¹⁴⁴.

De ahí podemos concluir que en materia arbitral la congruencia tiene su propia peculiaridad en comparación al ámbito judicial en el cual, la cuestión controvertida sí que debe definirse conforme el objeto del proceso y, en su caso, por el objeto del debate, que cobran virtualidad una vez éstas se conocen dentro del proceso. Y aunque propiamente no signifique “progresividad” el hecho de que en materia arbitral un primer momento en la determinación de la controversia sea la suscripción del convenio y luego las alegaciones, estos aspectos justifican o explican que, en el proceso arbitral, son los árbitros los que en definitiva, sobre la base de la manifestación de la voluntad de las partes (convenio y alegaciones), determinan la controversia, es decir, configurándose el primer aspecto de ponderación -el otro resulta ser el laudo definitivo- a

¹⁴⁴ CADARSO PALAU, Juan: “Motivos”, en GONZALEZ SORIA, (Coord.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., pp. 425 – 426.

tomarse en cuenta a la hora de establecer si los árbitros han decidido congruentemente.

3.2. La concretización de la congruencia en la Ley de Arbitraje

En la legislación arbitral existen normas expresas vinculadas a ese deber de congruencia, que necesariamente deberán ser observadas por los árbitros a tiempo de emitir el laudo arbitral. Sin el ánimo de establecer un elenco cerrado y a manera de ejemplo, mencionamos algunas de ellas:

1°. La primera de las normas que tiene que ver con el deber de congruencia tiene relación con la actividad que despliegan las partes al comienzo del procedimiento arbitral, concretamente la demanda y la contestación -y en su caso la reconvenición y las excepciones- que se presentan en el procedimiento arbitral las que, luego del convenio arbitral, delimitan el ámbito al cual los árbitros deberán adecuar su accionar. En efecto, en el artículo 29 LA se dispone: *“I. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros y a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula, y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda...”*.

Indudablemente que esa concretización y puntualización tanto de la demanda como de la contestación deben estar en directa relación con el convenio arbitral suscrito por las partes y, más objetivamente, deberán referirse únicamente a la controversia que ha sido objeto del convenio arbitral.

2°. En el artículo 34.3 LA, encontramos otra normativa que deben tener muy en cuenta los árbitros a la hora de decidir, concretamente cuando se le impone la obligación de decidir la controversia *“...con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables”*.

Esta disposición es tomada del artículo 28 numeral 4) de la LM que textualmente dice: “*En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso*”.

3°. En general, las normas relacionadas con el pronunciamiento del laudo y los presupuestos que deben observar los árbitros conforme las normas de los artículos 36 y 37 LA, vincula a los árbitros en sus actos decisorios a la voluntad de las partes, lo cual constituye manifestaciones claras del deber de congruencia.

BARONA VILAR¹⁴⁵ señala que, a los efectos de establecer la correlación entre lo que se pide y lo que se da, dos elementos deben ponderarse del lado de las partes:

1°. El primero, el convenio arbitral, por cuanto a través de él las partes voluntariamente someten a decisión de los árbitros determinadas controversias, lo cual es consustancial con lo que prevé el artículo 9 LA. A través del convenio ya se tiene previsto el posible conflicto y la cuestión sometida a arbitraje, en concreto, será actividad que las partes realizarán en forma posterior.

En este caso la delimitación objetiva es genérica cuando se refiere a los efectos de una relación jurídica contractual en general; y es específica cuando se suscribe un convenio como efecto de un conflicto extracontractual. Hay que analizar los límites objetivos del convenio, aunque ello no es óbice para atenerse a la literalidad del convenio, así los árbitros no deben interpretar restrictivamente y pueden ingresar a analizar la finalidad que llevó a las partes al convenio.

2°. Y en segundo término se deben considerar las actuaciones procesales de las partes relacionadas con las alegaciones, son las que

¹⁴⁵ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2° edición, cit., pp. 1705 – 1709.

determinan, en definitiva, la configuración del objeto del proceso: La demanda, que determina el objeto del proceso; la contestación determina el objeto del debate. También las subsiguientes modificaciones y la misma actividad relacionada con la conclusión del proceso que determina los alcances del laudo.

Otro elemento de la correlación lo constituye la actividad arbitral que debe considerarse para apreciar la concurrencia de la incongruencia. En este caso debe tenerse presente si el arbitraje es en derecho o en equidad, en ambos casos no cabe duda que el laudo debe ser motivado conforme la norma del artículo 37.4 LA, modificado por el punto NUEVE del artículo único de la Ley 11/2011, donde dice que el laudo debe ser motivado, sin distinguir si es de derecho o en equidad, con las salvedades que ahí se mencionan.

3.3. ¿Cuándo debe entenderse cumplido el deber de congruencia?

Siguiendo a GUASP y ARAGONESES¹⁴⁶ la congruencia supone: Que el fallo no contenga más de lo pedido por las partes (*neeat iudex ultra petita partium*), pues si así lo hiciera incurriría en incongruencia positiva; Que el fallo no contenga menos de lo pedido por las partes (*neeat iudex citra petita partium*), pues si así ocurre se incurre en incongruencia negativa; Que el fallo no contenga algo distinto pedido por las partes (*neeat iudex extra petita partium*) pues se incurrirá en incongruencia mixta, combinación de la positiva y negativa, lo que sucede cuando se falla sobre objeto diferente al pretendido.

A la luz de las normas antes señaladas, según la Ley de Arbitraje, una resolución arbitral podrá considerarse que responde a la voluntad de las partes cuando el tribunal arbitral sustente su análisis y decisión en una interpretación conjunta e interrelacionada de los alcances de los siguientes aspectos:

¹⁴⁶GUASP, Jaime, ARAGONESES, Pedro: *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 521.

1°. Del convenio arbitral suscrito por las partes como manifestación de la voluntad de las partes que da origen al proceso arbitral¹⁴⁷.

2°. De los términos de la relación jurídica -contrato principal- que haya dado lugar a la cláusula compromisoria o donde se encuentre inmersa, interpretación que deberá considerar la intención común de los contratantes plasmada en cada una de sus estipulaciones y todos aquellos aspectos que sean inherentes a la naturaleza misma de la relación jurídica, afirmación ésta que tiene sustento, por ejemplo, en lo previsto en el artículo 34.3 LA -último párrafo- cuando se refiere a que, al laudar, deben tener en cuenta los usos aplicables; como ser los mercantiles en caso de que se trate de un asunto comercial¹⁴⁸.

Aquí volvemos a mencionar aquello de la flexibilidad de la interpretación que deben hacer los árbitros sobre las cuestiones que deben decidir y que no debe interpretarse en extremo ni que los árbitros se encuentren obligados a interpretar restrictivamente el deber de congruencia, ello por virtud de la propia naturaleza del arbitraje, pudiendo entenderse comprendidas en el

¹⁴⁷ “Con carácter general en el arbitraje el elemento que da origen a la institución, el convenio arbitral, juega un papel importante en la configuración en abstracto de lo que se va a plantear y, en su caso, resolver en el proceso arbitral. Es en el convenio donde las partes voluntariamente se someten a los árbitros, pero no con carácter absoluto, sino refiriéndose a determinada o determinable cuestión”: BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2º edición, p. 1706.

¹⁴⁸ Interesante resulta el análisis de la jurisprudencia que en su momento hizo ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro: *La anulación del laudo arbitral*, cit., p.291, quien al respecto decía: “A este respecto, y en torno a la abundante jurisprudencia generada con motivo de la impugnación de laudos por pretendidas incongruencias de su contenido se fue creando una doctrina sobre la especial flexibilidad que debía regir la apreciación de la congruencia del laudo. Baste, como muestra la STS de 17 de marzo de 1988 (RA 2212) en la que se recoge esta doctrina declarando que ‘ los árbitros no vienen obligados a interpretar las cláusulas de la escritura de compromiso de forma rígida y excesivamente literal, sino que disponen de la suficiente libertad para resolver con amplitud el conjunto de lo pactado, haciendo una interpretación racional de sus cláusulas que permita acomodar su contenido a la finalidad esencial de este tipo de resoluciones extrajudiciales: contribuir al móvil de paz y equidad para la que están destinados...’”. El mismo autor agrega: “Por ello, la jurisprudencia orientó la interpretación de las cláusulas arbitrales ‘no aisladamente, sino teniendo en cuenta el conjunto de todas ellas, con sus antecedentes’, ‘rechazando una exégesis literalista y restrictiva’ (...), de modo que la interpretación flexible de la congruencia del laudo arbitral obligaba a tener en cuenta la complementariedad y conexidad de las cuestiones a resolver por los árbitros”.

compromiso aquellos aspectos íntimamente relacionados con la controversia y que, de no hacerlo así, aquella quedaría insuficientemente fallada.

3°. De la identificación concreta de la controversia, cuyos alcances no precisamente se encuentra en la cláusula compromisoria pues ésta siempre se la suscribe en forma genérica¹⁴⁹.

4°. De las alegaciones de las partes a través de la demanda, contestación reconvencción, contestación a la reconvencción, excepciones y los actos de disposición de las pretensiones, es decir, el *thema decidendi*, establecido por voluntad de las partes¹⁵⁰.

5°. Del contenido de la resolución o laudo pronunciado por los árbitros, y no únicamente la parte resolutive, sino principalmente relacionada con aquella, la fundamentación de dicha resolución.

No obstante los aspectos sincréticos antes expuestos, que tienen su virtualidad propia, a la hora de establecer si se ha fallado congruentemente o no, es innegable que serán las alegaciones de las partes expuestas en sus memoriales de demanda y contestación las que, en definitiva, deberá determinar si el laudo es congruente pues, la ponderación para ello no será precisamente respecto del convenio suscrito por las partes, sino respecto de las pretensiones de las partes concretizadas en sus alegaciones. Y esto tiene sentido por cuanto, a la hora de ponderar el laudo, no será respecto del convenio arbitral pues éste, como dijimos, es genérico y normalmente solo hace mención a una relación contractual, lo cual difiere de las específicas pretensiones que, a los fines del procedimiento arbitral, las partes las exponen

¹⁴⁹ Al respecto, CADARSO PALAU, Juan: “Motivos”, en GONZALES SORIA, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., p. 425, señala: “...lo normal será que el convenio arbitral se refiera solamente a las controversias potenciales que puedan surgir de una determinada relación jurídica, siendo después, al iniciarse el proceso arbitral, y por medio de las alegaciones que en él se cruzan las partes, cuando se va delimitando objetivamente la controversia”

¹⁵⁰ BARONA VILAR, Silvia: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2° edición, cit., p. 1705. La referida autora señala al convenio arbitral y las alegaciones, como elementos de configuración del objeto del proceso, elementos relacionados a la actividad de las partes.

en sus alegaciones. Tampoco existirá incongruencia si el laudo no se pronuncia conforme lo pedido por cuanto, si el laudo no concuerda estrictamente con lo pedido, la congruencia se tiene cumplida cuando el fallo se adecua racionalmente a los hechos que sustentan la pretensión, en este sentido la STSJ M 43/2014, de 1º de julio¹⁵¹.

Por lo expuesto, compartimos la conclusión que expone MOLINA CABALLERO¹⁵² cuando dice que “no significa que lo establecido en el convenio no tenga virtualidad a la hora de desarrollar un arbitraje, lo que ocurre es que su funcionalidad no es la misma que la congruencia”.

4. La incongruencia

Como hemos expuesto anteriormente, el principio dispositivo es el que se visualiza como infringido cuando el Juez, y en este caso los árbitros, no

¹⁵¹ <http://www.poderjudicial.es>. Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia: En una parte del FJ Tercero de la STSJ M 43/2014, de 1º de julio, dice: “La congruencia no tiene otra exigencia que la derivada de la conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso y existe congruencia ahí donde la relación entre estos dos últimos términos, fallo y pretensiones deducidas no están sustancialmente alteradas (...). La congruencia exigible al laudo se predica de las concretas pretensiones contenidas en los escritos de las partes, y no de las meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las mismas en defensa o apoyo de aquellas. La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo viene declarando reiteradamente que la congruencia de las sentencias no exige una correspondencia absolutamente rígida entre lo pedido y lo acordado sino que también se cumple cuando el fallo, pese a no concordar literalmente con lo pedido, se adecue racionalmente a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamenten, hasta el punto de ser admisibles pronunciamientos complementarios del juzgador no pedidos por las partes pero sí encaminados a facilitar la ejecución del fallo o a evitar nuevos pleitos. Lo expuesto, no significa que se puedan resolver cuestiones distintas, ajenas a lo que fue debatido y sometido a arbitraje, porqué si fuera así no estaría previsto como motivo de anulación la causa referida en el apartado c) punto primero del artículo 41 de la Ley de Arbitraje; ahora bien, para examinar, si el motivo ha de prosperar o no, es preciso además no olvida que la intervención ha de ser mínima por parte del tribunal, y, que la congruencia de lo resuelto ha de examinarse de forma no rígida sino flexible, atendiendo a lo que fue pretendido por las partes a través de sus alegaciones, y todo ello sin olvidar que la demanda de anulación no es una instancia de apelación a través de la que se pueda subsanar errores u omisiones en que pudiera incurrir el laudo para completarlo, ni tampoco una instancia tendente a que se examine la corrección o no de lo resuelto”.

¹⁵² MOLINA CABALLERO, M. Jesús: *La congruencia en los laudos arbitrales*, Ed. Universidad de Málaga, Málaga, 2002, p. 114.

adecúan su resolución a la voluntad de las partes expresada en sus pretensiones y el convenio arbitral mismo. En ese sentido compartimos las críticas de MILLAN¹⁵³ a aquellas posturas que pretenden ligar la congruencia con otros principios -contradicción, audiencia- sin atender al hecho de que, lo que queda en evidencia es, en definitiva, el principio dispositivo.

4.1. Concepto

Si el principio de congruencia constituye uno de los controles de la actividad de los árbitros al momento de pronunciar el laudo y que inexcusablemente debe estar en función al convenio y las alegaciones de las partes, la incongruencia sería conceptualizada como la falta de consonancia de esos aspectos en que han incurrido los árbitros al momento de pronunciarse en el fondo de la cuestión sometida a su decisión.

Como hemos sostenido anteriormente, el mismo sistema de arbitraje, entendido como un método de solución de controversias que tiene vida a partir del momento en que las partes manifiestan su voluntad de someter la solución de las mismas al procedimiento arbitral, constituye una manifestación del principio dispositivo y, en ese entendido, cuando el tribunal arbitral deja de pronunciarse conforme las pretensiones expuestas por las partes, no solo se está viciando el laudo, sino que se está desconociendo esa inicial voluntad que las partes han manifestado para que el arbitraje adquiera virtualidad.

Desde el punto de vista constitucional, la incongruencia en general supone un grave atentado al derecho de las partes a obtener una resolución arbitral que cumpla el objetivo que el ordenamiento constitucional le ha asignado al arbitraje¹⁵⁴.

¹⁵³ MILLAN, Carlos: *La incongruencia Civil*, cit., pp. 21 – 22.

¹⁵⁴ GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, cit., p. 998.

Para el TC¹⁵⁵ el vicio de incongruencia supone un desajuste entre el fallo judicial y los términos de las pretensiones formuladas por las partes que puede entrañar vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una modificación sustancial de los términos en que discurrió la controversia procesal.

Por lo expuesto, a la hora de establecer si un laudo arbitral incurre en vicio de incongruencia, supone la concurrencia, en principio, del pronunciamiento de un laudo en el que se advierta una desviación de la intención de las partes expresadas en sus pretensiones y que contrastan con el juicio expresado por los árbitros en el laudo; pero además esa desviación debe implicar la no satisfacción de la tutela judicial efectiva reconocida por la CE y que también signifique indefensión a las partes.

4.2. Modalidades

La forma de cómo se manifiesta esa incongruencia, da lugar a diversas modalidades que, siguiendo a DEVIS ECHANDIA¹⁵⁶, serían las siguientes:

1°. La incongruencia *ultra petita*, que significa que la sentencia no debe otorgar más de las pretensiones de las partes concretizadas en sus alegaciones.

2°. La incongruencia *extra petita*, se produce cuando se sustituye una pretensión por otra o cuando se pronuncia sobre algo adicional o cuando se atiende a la pretensión pero por *causa petendi* distinta a la invocada.

3°. La incongruencia *citra petita*, se produce cuando el tribunal deja de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

¹⁵⁵ Entre otras la STC 95/2005, de 18 de abril, FJ Tercero. En: <http://www.tribunalconstitucional.es>. Buscador de Jurisprudencia.

¹⁵⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando: *Teoría General del Proceso*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1997, pp. 440 – 446.

4°. La incongruencia *infra petita* se refiere al hecho de que el tribunal deja de pronunciarse sobre alguna de las pretensiones.

En su momento y partiendo de la teoría de la pretensión procesal GUASP desarrolla el concepto diciendo que un fallo es congruente cuando no se concede más de lo pedido por las partes (*neeat iudex ultra petita partium*), lo contrario implica incongruencia positiva, que es aquella que se produce cuando el fallo contiene o niegue lo que nadie ha pedido; ejemplo, se pide la nulidad de un contrato y se falla acogiendo la pretensión pero además condena a daños, sin que se hubiera pedido. Se incurre en incongruencia negativa cuando la sentencia omite decidir sobre alguna de las pretensiones procesales (*neeat iudex citra petita partium*), la que se da cuando la sentencia omite decidir sobre alguna de las pretensiones procesales; en principio, esto podría ocurrir tanto cualitativa como cuantitativamente. Ejemplos: Se pide la rescisión de un contrato y la devolución de una cosa y se condena solo a lo primero y se guarda silencio sobre lo segundo; se pide la entrega de una cantidad y se concede o se niega una cantidad menor y nada se falla sobre el resto. Por último, menciona que el fallo no debe contener algo diferente a lo pedido (*neeat iudex extra petita partium*), y si esto se produce se incurre en incongruencia mixta que es una combinación de las anteriores y se produce cuando el fallo resuelve algo distinto a lo pedido¹⁵⁷.

Por su parte MILLAN¹⁵⁸, en sus estudios de la incongruencia civil tienen esa misma orientación y sobre la base de la clasificación tradicional

¹⁵⁷GUASP, Jaime, ARAGONESES, Pedro: *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 519 - 520.

¹⁵⁸MILLAN, Carlos: *La incongruencia civil*, cit., pp. 103 - 163. Un resumen de dicho estudio, con apoyo en sentencias del Tribunal Supremo, es el siguiente:

“1. Incongruencia por *ultra petita*: Significa conceder el Juez más de lo pedido o resistido por el actor o demandado (*neeat iudex ultra petita partium*). Con relación al actor, la incongruencia puede ser más de lo pedido por el actor cualitativa o cuantitativamente: Cualitativamente, cuando se pronuncia solo respecto la pretensión planteada y, además, se pronuncia sobre otra que no ha sido pedida. Cuantitativamente, cuando se dispone el pago de una suma mayor de lo pedido porque considera que eso es lo debido. En ambos casos Millan considera que más que *ultra* es *extra petita* la incongruencia, dado que, cuando el Juez se excede cualitativa como

cuantitativamente, otorga lo NO pedido El criterio de *DISTINCION* de ambas (*ultra* y *extra petita*) debe buscarse en el nexo de relación entre lo pedido y lo otorgado: En la *extra petita*, el pedido de la parte se sustituye por otra cosa distinta; En la *ultra petita*, el pedido no se sustituye sino que, además de lo pedido, el juez le añade otra cosa distinta. Se incurre también en incongruencia *ultra petita* cuando el fallo concede más de lo resistido por el demandado, es decir, cuando el juez excede el alcance de la resistencia del demandado a la pretensión sustancial del actor.

2. Incongruencia por *infra petita*: Significa conceder menos de lo pedido (*neeat iudex infra petita partium*). El deber de congruencia significa también que la parte dispositiva de la sentencia resuelva todas las pretensiones de las partes. Por lo mismo, se incurre en incongruencia negativa el fallo que contiene menos de lo pedido por las partes. El vicio de incongruencia por *infra petita* no surge por pronunciamiento menor que el solicitado en extensión cualitativa, puesto que en tal caso entrañaría más bien incongruencia por *citra petita* y no por *infra petita*, en cuanto que el Juez se abstiene de pronunciarse sobre algún extremo de la demanda de los contendientes, lo que da lugar a una omisión de pronunciamiento.

Si la incongruencia por *infra petita* solo se da desde el aspecto cuantitativo de la pretensión y no cualitativo, tal supuesto, en puridad, no origina en modo alguno incongruencia, salvo que la sentencia concede menos de lo admitido por el demandado.

No incide en incongruencia el fallo que condena al demandado a entregar al actor una cantidad inferior a la pedida.

No incurre en incongruencia por *infra petita* el fallo que concede menos, si la razón de dar guarda perfecta armonía con el de pedir. Es congruente el fallo que absuelve parcialmente al demandado de la pretensión del actor.

Si la razón de dar es distinta de la de pedir, aunque el fallo otorgue menos de lo pedido; la incongruencia será por *extra petita* y no por *infra petita*.

La absolución en principio nunca es incongruente, será justa o injusta, pero no incongruente:

*La sentencia meramente absolutoria resuelve, por sí misma y de modo congruente, todas las peticiones deducidas por los litigantes, si se postuló la absolución de la pretensión deducida de contrario, lo que ordinariamente sucede, de modo recíproco, cuando media la reconvencción.

*No es incongruente la sentencia que en su parte dispositiva declara no haber lugar a ninguna de las peticiones deducidas en la demanda, de las que se absuelve al demandado, toda vez que existe perfectamente correlación con todas las pretensiones oportunamente postuladas.

*Las sentencias que rechazan totalmente la demanda son congruentes pues resuelven todas las cuestiones propuestas en ella, y solo adolecerían de incongruencia si las desestimasen por alegaciones fácticas no invocadas oportunamente por el demandado.

3. Incongruencia por *extra petita*: Dar cosa distinta de lo pedido (*neeat iudex extra petita partium*). Se incurre en incongruencia *extra petita* o exceso de poder, cuando en la resolución el juez se aparta de las pretensiones formuladas por los litigantes y concede cosa distinta a la pedida. Ej.: Se pretende “hacer obras de reparación”, pero en la sentencia se dispone “pago de una suma de dinero”. Si bien la decisión cumple su cometido, el mandato no recae sobre la controversia que constituye el concreto objeto del proceso.

La incongruencia *extra petita* encuentra su fundamento en la libertad que el derecho privado reconoce a los sujetos privados para disponer de la exigibilidad que, en virtud de determinadas relaciones jurídicas, surgen de la actividad humana de relación y cambio. En el orden procesal y en concreto en la resolución judicial, la autonomía señalada se manifiesta en el sometimiento del juez a lo estrictamente solicitado por las partes en el proceso jurisdiccional. Cuando el Juez altera o modifica el problema planteado por los litigantes en el momento procesal oportuno, desconoce la libertad negocial. También supondría la alteración de la relación jurídico material. En ese sentido quedaría sin justificación el principio fundamental en el sentido de que no puede haber jurisdicción sin acción.

contenido en el Código de las Siete Partidas, sostiene que dicha clasificación recoge los vicios de incongruencia en los que jueces y tribunales pueden incurrir en sus resoluciones y son las que se reflejan en las siguientes fórmulas: *Neeat iudex ultra petita partium* (por conceder el juez más de lo pedido o resistido por el actor o demandado); *neeat iudex infra petita partium* (conceder menos de lo pedido); *neeat iudex extra petita partium* (dar cosa distinta de lo pedido) y *neeat iudex citra petita partium* (omisión al pronunciamiento).

5. La incongruencia en el motivo de anulación

Ya hemos adelantado que no cabe duda que, el motivo que analizamos, encaja en la modalidad de incongruencia por *extra petita*; a ello solo corresponde agregar algunas apreciaciones que sustentan esta afirmación.

Se incurre en incongruencia *extra petita* el fallo que acoge un extremo no solicitado por las partes, aún aludido en el contrato objeto de la controversia.

No es que el fallo añada algo a las pretensiones de las partes (algo distinto) sino que el ámbito de este supuesto es que alguna de las pretensiones sea sustituida por otra no manifestada por las partes.

La incongruencia es mixta cuando se omite resolver sobre cuestiones ya planteadas y se añaden además, indebidamente, cuestiones que no han sido pedidas por ninguna de las partes. En este sentido, la incongruencia por *extra petita* constituiría al mismo tiempo, omisión de pronunciamiento. La distinción estriba en que, mientras en la omisión de pronunciamiento requiere ausencia parcial o total de declaración en el fallo, en la incongruencia *extra petita* la declaración del fallo existe, pero la pretensión de la parte se sustituye por otra diversa que es precisamente la que el Juez otorga.

4. Incongruencia por *citra petita* u omisión de pronunciamiento: (*Neeat iudex citra petita partium*).

En la sentencia se deben decidir todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

Casos:

*Cuando el fallo omite resolver sobre alguna de las pretensiones de las partes.

*Cuando aplaza la decisión o reserva inoportunamente la acción para otro proceso como pretexto para dilatar o negar la resolución sobre las pretensiones que hayan sido discutidas en el pleito.

*No incurre en incongruencia la decisión judicial que omite realizar declaraciones sobre reserva de acciones o derechos que las partes hayan proclamado, ya que tales reservas ni confieren ni privan de derecho alguno”.

5.1. Solo contempla el componente objetivo del proceso

La incongruencia por exceso puede producirse en los componentes objetivo y subjetivo del proceso y concurre cuando: Existe pronunciamiento respecto de quien no ha sido parte en el proceso; cuando se otorga más de lo pedido, siendo indistinto que se fundamente en la misma *causa petendi* o en otra; cuando la decisión se fundamenta en *causa petendi* no alegada por la parte y, cuando se pronuncia sobre una excepción no alegada ni controlada de oficio¹⁵⁹.

En ese sentido se ha pronunciado FERNANDEZ SEIJO para quien, “La alteración de los términos objetivos del proceso genera una mutación de la *causa petendi*, y determina incongruencia *extra petita*, todo ello de conformidad con la doctrina jurisprudencial que veda resolver planteamientos no efectuados, sin que quepa objetar la aplicación del principio *iura novit curia*, cuyos márgenes no permiten la mutación del objeto del proceso, o la extralimitación en la causa de pedir, ni en definitiva autoriza la definición de problemas distintos de los propiamente controvertidos”¹⁶⁰.

De la lectura de la norma que contempla el motivo de anulación que analizamos no cabe duda que el artículo 41.1.c LA hace alusión exclusiva a la incongruencia *extra petita* o por exceso y, para delimitar el motivo de anulación, solo toma el componente objetivo del proceso.

Y aquí cabría preguntarse: ¿Cuál el tratamiento que debe darse cuando en el laudo se incurre en incongruencia por exceso subjetiva?

En principio podríamos decir que en la forma como viene redactada la norma relativa al motivo que analizamos el legislador arbitral deja en claro que a los árbitros les está vedado toda posibilidad de pronunciarse sobre derechos

¹⁵⁹ BARONA VILAR, Silvia, (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2º edición, cit., p 1701.

¹⁶⁰ FERNANDEZ SEIJO, José María: “El principio *iura novit curia* y el principio de aportación de parte”, en AA.VV., *El Proceso Civil*, Ed. tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 1609 – 1610.

de personas que no han intervenido en el proceso arbitral y, como es lógico, está proscribiendo la posibilidad de la indefensión.

Por otra parte, consideramos que adquiere virtualidad lo relativo a la legitimación activa que le asiste a un tercero, que no ha intervenido en el proceso, para formular la acción de anulación¹⁶¹.

Ante dichas eventualidades, el ordenamiento jurídico no puede estar al margen y, por lo mismo, quien se vea en el estado de indefensión que le ha provocado un laudo arbitral donde no ha sido parte, puede formular la acción de anulación por infracción del orden público por haberse provocado indefensión.

Como dijimos, en ningún caso le está permitido a los árbitros pronunciarse respecto de alguien que no ha sido parte en el proceso y, en tal caso, la incongruencia por exceso subjetiva no estaría cubierta por el motivo de anulación que analizamos, aunque sí al amparo del motivo del artículo 41.1.f LA. En conclusión, los alcances del motivo de anulación que nos ocupa, está delimitado por los componentes objetivos de la pretensión formulada: La *causa petendi* y el *petitum*¹⁶².

5.2. Acerca de “las cuestiones no sometidas a su decisión”

Si la norma hace referencia a una “cuestión no sometida a su decisión”, significa entonces que las cuestiones sometidas a decisión pueden ser verificables ya por actuaciones pre arbitrales -por ejemplo la suscripción del convenio arbitral- o ya por actuaciones producidas dentro del mismo proceso arbitral -demanda, contestación, excepciones-.

El convenio arbitral, por una parte, delimitará genéricamente la cuestión que debe ser sometida a arbitraje, es decir, establece el marco general respecto

¹⁶¹ Vid.: Capítulo I, apartado IV, numeral 2, epígrafe 2.3.

¹⁶² BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de arbitraje*, 2ª edición, cit., pp. 1710 – 1711.

del cual se determinará la controversia y se establecerá en definitiva lo que se someterá a arbitraje que, como se tiene dicho sobre la base de la exposición de motivos, se produce progresivamente. En este sentido el convenio resulta ser un primer ámbito de ponderación y de contraste para determinar si la cuestión es o no es arbitrable.

Y en concreto, son las alegaciones de las partes -demanda, contestación, reconvencción, excepciones- formuladas ante los árbitros las que, en definitiva determinan cuales son las cuestiones sometidas a arbitraje y cuya desviación o desajuste en el que se incurra, constituirá la “cuestión no sometida a su decisión” a la que hace alusión la norma.

Además, son esas mismas alegaciones de las partes expuestas en sus memoriales de demanda y contestación las que constituyen el objeto del proceso y el *thema decidendi* y, por ende, lo que a la vez constituye el nexo vinculante con la facultad decisoria de los árbitros quienes no podrán apartarse de las delimitaciones formuladas por las partes. Por lo mismo, cuando la norma hace referencia a “*cuestiones no sometidas a su decisión*” debe entenderse que, la *causa petendi* y el *petitum* constitutivos del objeto del proceso, han sufrido un desajuste en consideración del laudo pronunciado y que ha dado lugar a que los árbitros hayan concedido algo no pedido por las partes o la decisión se sustenta en *causa petendi* no planteada por la parte¹⁶³.

¹⁶³ <http://www.tribunalconstitucional.es> Buscador de Jurisprudencia: STC 194/2005, de 18 de julio, cuyo FJ Segundo es el siguiente: “Como hemos recordado recientemente en la STC 95/2005, de 18 de abril (FJ 3), desde la STC 20/1982, de 5 de mayo, (FFJJ 1 a 3), este Tribunal ha venido definiendo el vicio de incongruencia, en una constante y consolidada jurisprudencia, como el desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso. Al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido, el órgano judicial incurre, según hemos dicho de modo reiterado, en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium*, potencialmente reveladoras de la parcialidad del órgano judicial, que decide lo que nadie le pide, o de la indefensión de alguna de las partes, que se encuentra sorpresivamente con una decisión ajena al debate previo. Son muy numerosas las decisiones en las que este Tribunal ha abordado la relevancia constitucional del vicio de incongruencia de las resoluciones judiciales, precisando cómo y en qué casos una resolución incongruente puede lesionar el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 CE. Se ha elaborado así un cuerpo de doctrina

consolidado, que puede sistematizarse, a los efectos que a este amparo interesan, en los siguientes puntos:

a) El vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos

subjetivos —partes— y objetivos —causa de pedir y *petitum*. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*.

b) Si la incongruencia omisiva o *ex silentio* se produce, en esencia, cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración, la denominada incongruencia por exceso o *extra petitum* se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones (por todas, la STC 130/2004, de 19 de julio, FJ 3). En algunas ocasiones ambos tipos de incongruencia pueden presentarse unidas, dándose la llamada incongruencia por error, que es aquella en la que concurren al unísono las dos anteriores clases de incongruencia: se trata de supuestos en los que, por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquella sin respuesta (por todas, SSTC 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 182/2000, de 10 de julio, FJ 3; 213/2000, de 18 de septiembre, FJ 3; 211/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4).

c) La incongruencia *extra petitum*, que es la modalidad que ahora interesa, constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en el proceso civil, donde ahora nos movemos, pronunciarse sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser éstas las que, en su calidad de verdaderos *domini litis*, conforman el objeto del debate o *thema decidendi* y el alcance del pronunciamiento judicial, por lo que éste deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos, por los sujetos del mismo (partes), por lo pedido (*petitum*) y por los hechos o realidad histórica que les sirve como razón o causa de pedir (*causa petendi*). Este principio dispositivo rige también en nuestro sistema procesal en la segunda instancia civil y configura las facultades de conocimiento del órgano *ad quem*, que, en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, sólo puede entrar a conocer sobre aquellos extremos de la Sentencia de instancia que hayan sido objeto de impugnación por las partes en el recurso de apelación (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 5; 212/2000, de 18 de septiembre, FJ 2; 120/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 139/2002, de 3 de junio, FJ 2; 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3; AATC 132/1999, de 13 de mayo; 315/1999, de 21 de noviembre; 121/1995, de 5 de abril).

Lo dicho no comporta que el Juez deba quedar vinculado rígidamente por el tenor de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o por los

5.3. Flexibilización del deber de congruencia en materia arbitral

No obstante lo anteriormente expuesto, debe tenerse presente que los árbitros gozan de cierta flexibilidad en comparación al órgano jurisdiccional y, por lo mismo, la esencia de lo pedido y discutido en el proceso es lo que vincula a los árbitros y no la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes; en este sentido, en materia arbitral el principio de congruencia no debe ser interpretado restrictivamente pues la naturaleza del arbitraje le permite a los árbitros una mayor amplitud de interpretación de los aspectos que fueron descritos y que deben ser objeto de decisión, aun cuando no hayan sido expresamente manifestado pero que, atendiendo a la finalidad y los

razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado, el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocados por los litigantes; y, por otro lado, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 134/1999, de 15 de julio, FJ 9; 172/2001, de 19 de julio, FJ 2; 130/2004, de 19 de julio, FJ 3). Tampoco cabrá hablar de incongruencia, en fin, cuando el pronunciamiento discutido del Tribunal, en cuanto no pedido, sea uno de los que puede realizar de oficio (STC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 5).

d) Para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE se requiere una desviación esencial generadora de indefensión: “que el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), ‘suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes’ (STC 20/1982, de 5 de mayo), de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (SSTC 20/1982, de 5 de mayo, 86/1986, de 25 de junio, 29/1987, de 6 de marzo, 142/1987, de 23 de julio, 156/1988, de 22 de julio, 369/1993, de 13 de diciembre, 172/1994, de 7 de junio, 311/1994, de 21 de noviembre, 91/1995, de 19 de junio, 189/1995, de 18 de diciembre, 191/1995, de 18 de diciembre, 60/1996, de 4 de abril, entre otras muchas)” (STC 182/2000, de 10 de julio, FJ 3)”.

antecedentes de la controversia sometida a arbitraje, se reputan implícitos o son consecuencia inescindible o necesaria de las cuestiones sometidas a la decisión de los árbitros¹⁶⁴.

En esa misma línea se ha pronunciado la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuando, en el FJ Cuarto de la STSJ M 45/2014, de 16 de julio, dice: “La congruencia en el arbitraje tiene un matiz diferencial respecto del proceso civil cuando se atiende a dos características del arbitraje puestas de relieve desde antiguo por la jurisprudencia: La búsqueda de la verdad objetiva (...) y la misión pacificadora inherente al arbitraje que exige decidir suficientemente la controversia, de ahí por ejemplo la atenuación de la rigidez de la preclusión al conformar el *thema decidendi* en el procedimiento arbitral, por oposición a la que impera en la jurisdicción civil (...). En definitiva: la fijación del objeto del arbitraje no exige, ni muchísimo menos, la precisión del suplico de una demanda, ni tiene los límites temporales para su determinación previstos en la LEC, de ahí la frecuencia con que, al cumplir su función pacificadora, los árbitros hayan de integrar, ampliándola, la causa debatida, en orden a decidir suficientemente sobre ella”¹⁶⁵. Y en ese mismo orden, en palabras de la STC194/2005, tampoco cabría hablar de incongruencia, cuando el pronunciamiento discutido del Tribunal, en cuanto no pedido, sea uno de los que pueda realizar de oficio”¹⁶⁶.

En la determinación de los alcances del motivo de anulación que analizamos, también debemos tener presente la incidencia del principio *iura novia curia* en la decisión de los árbitros.

El deber de congruencia que se cumple cuando el laudo responde a los términos de las pretensiones de las partes, resulta compatible con el principio

¹⁶⁴ Entre muchas otras: STC 194/2005, de 18 de julio; STSJ M 45/2014, de 16 de julio; STSJ M 12/2014, de 1º de julio.

¹⁶⁵ http://www.poderjudicial.es/Consejo_General_del_Poder_Judicial. Buscador de Jurisprudencia.

¹⁶⁶ <http://www.tribunalconstitucional.es> Buscador de Jurisprudencia: FJ. Segundo de la STC 194/2005, de 18 de julio.

iura novit curia en el sentido de que, la calificación o fundamento jurídico que puedan formular las partes para sustentar sus pretensiones, no vincula la decisión del tribunal arbitral en el sentido de que éstos están facultados para realizar sus razonamientos jurídicos tomando en cuenta la norma que consideren correcta, siempre y cuando se ajusten a los hechos alegados en la acción ejercitada, es decir, *iura novit curia* es inadmisibles para justificar una desviación de la *causa petendi*.

Se trata entonces de otra manifestación de aquella característica a la que hicimos referencia respecto a que los árbitros no deben quedar vinculados rígidamente a las peticiones o planteamiento de las partes, lo cual no solo tiene virtualidad en el proceso arbitral sino en la jurisdicción ordinaria¹⁶⁷.

Opina ORMAZABAL: “Quien acude a los tribunales pone en manos de un letrado la dirección de sus intereses y, en concreto, la fundamentación jurídica de sus pretensiones, y le trae por completo sin cuidado cuál sea el modo en que su letrado argumente o defienda en Derecho sus intereses. Cuando el Estado, personificado en el tribunal, resuelve una contienda entre particulares y otorga la tutela solicitada por el actor con apoyo en fundamentos jurídicos que éste no adujo, en modo alguno está interfiriendo en la autonomía de la voluntad de los particulares o contraviniendo el principio dispositivo, pues (...) no hace otra cosa que secundar la voluntad de dicho actor, para quien la tutela otorgada con fundamento jurídico diverso del solicitado resultará tan

¹⁶⁷ Entre otras la STC 48/1989, de 21 de febrero, cuya parte del FJ 7 dice: “La doctrina sobre la congruencia de las sentencias, que se integra por la adecuación entre la parte dispositiva de aquéllas y los términos de las pretensiones formuladas por las partes en el proceso, si bien puede determinar en algunos supuestos especiales la violación del art.24 CE, es perfectamente compatible con el principio *‘iura novit curia’*; por tanto, no existe obligación por parte de los órganos judiciales, para respetar aquel derecho fundamental, de ajustar los razonamientos jurídicos que sirven de fundamento a sus decisiones a las alegaciones sobre las normas jurídicas aducidas por las partes en el desarrollo del proceso, pues el principio citado les faculta para desvincularse de las mismas”. También la STC 194/2005, de 18 de julio, FJ segundo: “Por un lado, el principio *iura novit curia* permite al juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes...”. <http://www.tribunalconstitucional.es> Buscador de Jurisprudencia.

preciosa, útil, beneficiosa y satisfactoria -desde luego deseada- como la que se hubiese otorgado sobre la base de su perspectiva jurídica del asunto”¹⁶⁸.

Pero esa facultad de la que está investido un juez, en este caso los árbitros, no es absoluta y tiene sus propias restricciones y limitaciones. MILLAN¹⁶⁹ expone un compendio sobre las mismas para concluir diciendo que “el principio *iura novit curia* tiene como límite de aplicación el que no se modifique el título o causa de pedir de la acción ejercitada”.

5.4. La falta de exhaustividad o la denominada “incongruencia omisiva”

La norma referida a la causal que analizamos no contempla el caso del laudo pronunciado con incongruencia *citra petita e infra petita*, esto es, cuando el tribunal arbitral deja de pronunciarse sobre el fondo del asunto o cuando deja de pronunciarse sobre alguna de las pretensiones. Quiere decir que si el tribunal arbitral incurre en esta clase de incongruencias no se configura el motivo de anulación que analizamos.

Antes de la vigencia de la Ley 11/2011, mediante la cual se han modificado varios artículos de la Ley de Arbitraje, en ningún caso estaba

¹⁶⁸ ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo, *Iura novit curia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 90 – 91.

¹⁶⁹ MILLAN, Carlos: *La incongruencia civil*, cit., pp. 136 – 154. Sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, expone los siguientes casos de incongruencia: “a) El deber de congruencia exige que la decisión se ajuste a los hechos y también a la acción ejercitada, de tal modo que no se alteren sus elementos fundamentales. Apremiar acciones o excepciones no ejercitadas, contravendría los principios generales de *quod non est in actis non est in mundo* y el de *sententia debat esse conformis libello*, de tal manera que los contendientes en el pleito quedarían sin la posibilidad de rebatir aquellas acciones o excepciones, por lo que se produciría una manifiesta indefensión en sus derechos e intereses. Esta incongruencia además significará que las acciones ejercitadas por las partes queden imprejuizadas. b) Le está vedado al juzgador resolver o condenar por acción diferente de la que se ejercita, ni por derecho distinto del que se hace valer, ni por excepción distinta a la alegada. c) Incurre el juzgador en incongruencia cuando estima de oficio acciones o excepciones no alegadas por las partes. d) Constituye incongruencia *extra petita* en cuanto se apoya en hechos distintos a los aducidos por las partes, esto es, modifica el objeto planteado por las partes, al acoger acciones o excepciones no invocadas por los litigantes”.

permitido que los propios árbitros, que pronunciaron el laudo, puedan modificarlo cuando incurrieran en exceso, es decir, incurrieran en incongruencia *extra petita*, y solo se daba la posibilidad del complemento en caso de haberse incurrido en omisión, en ese sentido GARBERÍ LLOBREGAT¹⁷⁰.

Vigente la Ley 11/2011, de 23 de diciembre, lo relativo a la rectificación de la incongruencia por exceso a cargo de los mismos árbitros, le da otra connotación a aquella posibilidad de quiebre del principio de inalterabilidad del laudo que venía contemplado en la redacción original del artículo 39 LA, en la cual solo se preveía las posibilidades de corrección, aclaración y complementación del laudo.

Como sostiene BARONA VILAR, aquella facultad reparadora que preveía dicha norma es ahora a través de dos posibilidades:

1°. A través de la petición de complemento del laudo: Su fundamento se sitúa en la idea de respetar la exigencia del requisito de exhaustividad del laudo, es decir, cuando los árbitros dejan sin dar respuesta a alguna de las pretensiones formuladas que han sido objeto de debate entre las partes dentro del procedimiento arbitral.

2°. A través de la petición de rectificación por extralimitación del laudo: Su fundamento se sitúa en la exigencia del requisito de la congruencia del laudo como requisito interno de las resoluciones que implica correlación entre la actividad de las partes y la actividad de los árbitros, entendiéndose

¹⁷⁰ Al respecto, GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, cit., pp. 1000, comenta: “En consecuencia, mientras que la incongruencia *extra petita* del laudo sólo puede ser combatida mediante la acción de anulación ante los tribunales (lo que, además, parece más lógico dada la inconveniencia de dejar la resolución del problema en las propias manos de los árbitros que conscientemente se han extralimitado en su enjuiciamiento), la incongruencia *citra petita*, por el contrario (y porque es perfectamente posible que la misma se haya debido a un error o descuido de aquellos, quienes, en cualquier caso, no han manifestado todavía su parecer acerca de las cuestiones litigiosas cuyo pronunciamiento omitieron), debe ser corregida por la vía de la complementación del laudo ante los propios árbitros”

involucradas, no solo la parte resolutive del fallo, sino los fundamentos en que se basa el mismo.

Hechas estas breves precisiones sobre la actividad reparadora a cargo de los propios árbitros respecto de la denominada incongruencia omisiva, en palabras de la profesora BARONA¹⁷¹, no es propiamente incongruencia, sino falta de exhaustividad, y para ello se sustenta en lo que prevé el artículo 218 LEC¹⁷², donde se deslinda los alcances de lo que es incongruencia y falta de exhaustividad. A ello agrega la diferencia en el fundamento de una y otra: así, señala que la incongruencia tiene sustento en los principios dispositivo y de aportación de parte, en tanto que, la exhaustividad se sustenta en el derecho a la tutela judicial efectiva.

Aunque el propio TC¹⁷³ -y también la doctrina a la que anteriormente nos hemos referido - han venido utilizando la terminología de “incongruencia omisiva” para referirse a la falta de exhaustividad, al igual que la profesora BARONA sostenemos que tal situación no encaja en los alcances de lo que se entiende por “incongruencia” propiamente dicha, por cuanto el término “incongruencia” implica más bien “contradicción”, “desajuste” entre lo que se ha pedido y los términos del pronunciamiento de los árbitros y, si se ha omitido ese pronunciamiento, entonces tampoco puede existir incongruencia pues lo peticionado ha quedado sin resolución.

¹⁷¹ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2ª edición, cit., pp. 1602 – 1603.

¹⁷² El artículo 218 LEC dice: “*Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación. 1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate*”.

¹⁷³ <http://www.tribunalconstitucional.es> Buscador de Jurisprudencia: Entre otras, las SSTC No.40/2006, de 13 de febrero y No.3/2011, de 4 de febrero. En uno de sus fundamentos de la primera dice: “Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de un lado, la incongruencia omisiva o *ex silentio*, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes...”.

En ese sentido es que la Ley arbitral, en su modificación, ha mantenido la actividad reparadora de “complementación” del laudo para los casos en que los árbitros no se han pronunciado sobre todas las pretensiones y, por lo mismo, estaríamos ante infracción del derecho a la tutela judicial efectiva cuyo cauce de impugnación, al margen de la petición de complementación contemplada en el artículo 39 LA, corresponde incardinar a través del motivo previsto en el artículo 41.1.f LA, es decir, por infracción del orden público pero, como dice la profesora BARONA¹⁷⁴, “...solo en aquellos supuestos -que no en todos- en que se asuma, erróneamente, que la ausencia de un pronunciamiento explícito sobre alguna cuestión comporta una desestimación implícita de la misma; en ese mismo sentido la STC 40/2006, de 13 de febrero (antes mencionada) en la que, haciendo referencia a la incongruencia omisiva, sostiene que ésta se produce “siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamiento contenidos en la resolución”.

5.5. La llamada “incongruencia por error”

Conforme tiene declarado el TC, cuando la incongruencia por exceso o *extra petita* y la que dicho Tribunal denomina incongruencia omisiva o *ex silentio*, se presentan unidas, dan lugar a lo que denominan “incongruencia por error”. Como se sostiene en el FJ Tercero de la STC 3/2011¹⁷⁵, de 14 de febrero, “es aquella en la que concurren al unísono las dos anteriores clases de incongruencia. En efecto, se trata de supuestos en los que, por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión

¹⁷⁴ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2º edición, cit., p. 1606.

¹⁷⁵ <http://www.tribunalconstitucional.es> Buscador de Jurisprudencia.

absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta”.

Entendemos que ésta es una modalidad de la falta de exhaustividad u omisión de pronunciamiento a la que hicimos referencia anteriormente por cuanto, en definitiva lo que sucede es que las pretensiones formuladas, y que han sido objeto del debate, quedan irresueltas; claro está que aquí, el ingrediente principal que concurre es que el juzgador, o el árbitro en nuestro análisis, cree estar resolviendo la controversia planteada y razona erradamente sobre un objeto que no ha sido materia del debate.

En este caso, los cauces de la actividad reparadora -sea por vía de la complementación o por la rectificación por extralimitación- no tendrían cabida por las razones siguientes:

Por una parte, si como vimos en el apartado anterior con lo afirmado por la profesora BARONA¹⁷⁶, hemos anotado que el fundamento de la petición de complementación del laudo tiene base en el deber del árbitro de cumplir el requisito de la exhaustividad, entonces esta actividad reparadora no resulta idónea para revertir, vía petición de complementación, el razonamiento que ha expuesto el árbitro para fundamentar el laudo, en otras palabras, no se trata de una simple omisión de pronunciamiento, sino estamos ante un pronunciamiento razonado, pero errado, que resuelve una pretensión en la creencia que corresponde a la que ha sido objeto del proceso.

Por lo mismo, la actividad reparadora de la rectificación por extralimitación, tampoco corresponde pues, del entendimiento de la norma modificatoria -punto DIEZ, artículo único de la Ley 11/2011, por el que se introduce el literal d) a la redacción original del artículo 39 LA- ésta solo procede cuando, además de haberse resuelto las pretensiones debatidas en el procedimiento arbitral, los árbitros han resuelto otras cuestiones que no han

¹⁷⁶ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2º edición, cit., p. 1600.

sido objeto del debate, es decir, se han extralimitado; en tal caso, estamos ante una situación de incongruencia por exceso y cuyo cauce inicial de reparación procede ante los mismos árbitros.

De lo expuesto podemos concluir que, la denominada “incongruencia por error” no admite ni la petición de complementación ni la petición de rectificación ante los propios árbitros y, por lo mismo, se abre la posibilidad de accionar de anulación del laudo por infracción del orden público en el entendido de que se ha infringido el derecho a la tutela judicial efectiva.

6. Efectos de la sentencia que estima la pretensión anulatoria

Los efectos de la estimación de la acción, en este caso, pueden asimilarse a los que hemos señalado respecto de la inexistencia o invalidez del convenio pues, en esencia, de lo que se trata es que no existe manifestación de la voluntad de las partes para someter a arbitraje cuestiones que los árbitros han decidido. Sin embargo, podría darse el caso de la concurrencia de otras pretensiones que sí son parte del convenio arbitral y, en este sentido, la anulación solo surtiría efectos respecto de aquellas cuestiones que no han sido sometidas a la decisión de los árbitros y, por tanto, el proceso arbitral mantiene toda su validez.

III. ANULACIÓN DEL LAUDO POR HABER RESUELTO SOBRE CUESTIONES NO SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE (ARTÍCULO 41.1.e LA)

En la sistemática que hemos adoptado, vamos a analizar el segundo motivo de anulación que tiene como variable principal la actividad decisoria de los árbitros. Centramos nuestro análisis con miras a establecer los alcances de lo que significa materias que son susceptibles de arbitraje, para ello, indudable es que tenemos que referirnos a la norma del artículo 2.1 LA.

1. Lo que preveía la Ley 36/1988

Reconociendo a la Ley UNCITRAL como su principal fuente de inspiración, en la Exposición de Motivos el legislador comienza por dejar en claro que se reputa innecesario establecer algún elenco, ni a título de ejemplo, de materias indisponibles como se preveía en LA 36/1988 y considera suficiente establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes.

En efecto, si bien la regulación del artículo 2 LA tiene coincidencia con lo que se preveía en el artículo 1º LA 36/1988 en lo concerniente a la indisponibilidad: *“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”*; dicha normativa resultaba complementada con las precisiones de indisponibilidad que se mencionaba en el artículo 2 LA 36/1988, es decir, con un determinado elenco de posibilidades de materias no disponibles. En ese sentido, el análisis de ambas normativas daba las pautas generales de lo que resultaba ser indisponible vía arbitraje, concepción desde la cual se podían establecer los presupuestos del motivo de anulación previsto en el artículo 45.4 LA 36/1988.

La concurrencia de ambas normas de la anterior Ley de Arbitraje parecía que cerraba el ámbito de discusión sobre el tema, sin embargo no fue así pues, a raíz de dicha normativa se ha desarrollado la doctrina que, del todo, no ha sido coincidente en sus apreciaciones. Y es que en cierta forma la inclusión de los referidos artículos sobre una misma temática resultaba impropia dentro del contenido de una normativa específica. En efecto, resultaba innecesario establecer un catálogo de materias excluidas del arbitraje cuando, por principio, ya se tenía establecido que el sistema de arbitraje sólo puede versar sobre materias de libre disponibilidad conforme a derecho; y, por

contrario imperio, lo indisponible y lo que afecte al orden público resultan materias no arbitrables.

2. Materias susceptibles de arbitraje conforme a derecho

En el artículo 2-I LA se sienta el principio de la disponibilidad como presupuesto insoslayable para determinar qué es lo que puede ser materia de arbitraje; norma con la cual “el legislador ha seguido el mismo criterio de la máxima generalidad y el mínimo contenido normativo, limitándose a establecer el principio general de que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho”¹⁷⁷.

Abordaremos a continuación ciertas precisiones conceptuales relacionadas con la mencionada norma con el objeto de establecer criterios que deben tomarse en cuenta para determinar lo que son materias susceptibles de arbitraje. Adelantamos aquí que, en la norma principista del artículo 2.1 LA, subyacen los conceptos de arbitrabilidad de la materia, controversia suscitada y libre disponibilidad.

2.1. Acerca de la arbitrabilidad

Algunas precisiones relacionadas con la actividad misma del arbitraje, nos darán pautas para establecer el alcance del concepto:

1) El contexto de la normativa principista

Un primer aspecto a tomar en cuenta respecto del concepto es que, si bien para determinar la variable principal del motivo de anulación en análisis debemos tomar en cuenta lo que previene el artículo 2.1 LA, sin embargo debe tenerse presente que ésta norma hace referencia a “*materias objeto de arbitraje*”, lo cual, dentro del contexto de la normativa (DISPOSICIONES

¹⁷⁷ HERNANDEZ – GIL ALVAREZ CIENFUEGOS, Antonio: “Disposiciones Generales”, en DE MARTIN MUÑOZ, Alberto, HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coords.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 115.

GENERALES), la prevención despliega su eficacia en cuanto a la actividad negocial de las partes, es decir, a aquel momento determinado cuando las partes deciden suscribir el convenio arbitral.

En ese sentido, el concepto de arbitrabilidad adquiere relevancia al momento de identificar el motivo que puede esgrimirse para accionar de anulación del laudo. En efecto, si en el convenio arbitral se han incluido materias que no están al alcance de la voluntad de las partes y, pese a ello, se insta el procedimiento arbitral, la acción de anulación no se incardinará a través del motivo que analizamos, sino que se deberá recurrir al motivo del artículo 41.1.a LA, es decir, por la invalidez del convenio arbitral por cuanto éste vulnera una expresa prohibición de la Ley de Arbitraje: La prohibición de incluir materias no arbitrales en el convenio; claro está que, previo a la impugnación, deberán agotarse los cauces relacionados con la denuncia, conforme el artículo 6 LA, la oposición de la excepción correspondiente conforme la norma del artículo 22 LA y, por último, la petición de rectificación por extralimitación parcial del laudo conforme la Disposición Diez del artículo único de la Ley 11/2011, de 20 de mayo.

Y es que la rúbrica del artículo 2.1 LA, consideramos que no condice con el texto del artículo y éste, a su vez, con el contexto donde se ubica la norma (DISPOSICIONES GENERALES). Si se hace referencia a “controversias”, como lo menciona la norma, ya no estamos frente a Disposiciones Generales, sino más bien frente a una concreta situación de conflicto que adquiere virtualidad, más bien, dentro de las “actuaciones arbitrales” que ponen en movimiento el procedimiento arbitral, distinto del alcance de lo que, entendemos, se ha tratado de expresar en el artículo 2.1 LA, es decir, como algo relevante que perdura, no solo en un momento determinado del procedimiento arbitral, sino que subyace en todo momento y en todo el sistema arbitral. El objetivo del principio de disponibilidad contenido en el artículo 2.1 LA entendemos que es poner un límite a otro principio no menos

importante como lo es el de la autonomía de la voluntad, por cuanto, a través de aquel, se sustrae de la voluntad de las partes aquellas materias respecto de las cuales al propio sistema arbitral le está vedado.

2) La arbitrabilidad en la norma del artículo 41.1.e de la Ley de Arbitraje

Repárese que el artículo 41.1.e LA menciona “...*cuestiones no susceptibles de arbitraje*” que resulta ser la expresión negativa de lo que prevé sobre el mismo concepto el artículo 2.1 LA pues en ésta norma se afirma: “*Son susceptibles de arbitraje...*”. Significa que dos normas hacen mención a la arbitrabilidad positiva y negativamente hablando.

La manifestación negativa de la arbitrabilidad contenida en la normativa relacionada con el motivo de anulación del laudo, hace referencia a “cuestiones”, entendiéndose que dicha expresión es para mencionar una concreta situación de controversia surgida entre las partes.

Esta serie terminológica que hemos venido señalando -materia, controversia, cuestión- resulta ser blanco de las críticas de MONTERO¹⁷⁸ para quien, recurriendo a los componentes del proceso judicial, aplicables al proceso arbitral, sostiene que ninguno de esos términos tiene cabida en el concepto del objeto del proceso arbitral y que, más bien, lo que en realidad resulta ser indisponible, es la pretensión que constituye el verdadero objeto del proceso, aunque la misma tiene su punto de partida normalmente en la existencia de una controversia o conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos.

En el Capítulo I hemos desarrollado, sobre la base de la teoría de la Pretensión Procesal concebida por GUASP, el tema relativo al “Objeto del proceso de anulación” y en donde tenemos expuesto con amplitud las diferentes precisiones conceptuales relacionadas con los componentes de la

¹⁷⁸ MONTERO AROCA, Juan: “Materia objeto de arbitraje”, en BARONA VILAR, Silvia (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2º edición, cit., p. 145.

pretensión anulatoria, análisis que no volveremos a repetirlo y más bien nos remitimos en su contenido¹⁷⁹.

Compartimos las críticas del profesor MONTERO, aunque no en consideración a la norma del artículo 2.1 LA, sino respecto de los alcances del contenido de la norma del artículo 41.1.e LA, en el sentido de que ni la “materia”, ni la “controversia”, ni la “cuestión”, pueden ser objeto del proceso arbitral y, por lo mismo, concluimos que, con relación al objeto del proceso anulatorio que se desprende del proceso arbitral sobre la base del motivo en análisis, con más propiedad la norma tendría que haberse referido a la “pretensión no susceptible de arbitraje” en lugar de “cuestión no susceptible de arbitraje”, todo ello en razón a que ésta última resulta ser una situación que puede presentarse, entre las partes, aún sobre materias no susceptibles de arbitraje pero que, en tanto no se introduzcan al proceso como una pretensión no pueden alcanzar relevancia anulatoria.

2.2. La libre disposición conforme a derecho

Arbitrabilidad y libre disponibilidad son conceptos indisolubles y que se encuentran presentes en el contenido de la normativa que analizamos. No por ello resultan ser sinónimos, más bien uno es consecuencia del otro.

Acerca de la disponibilidad de la materia objeto del arbitraje existen numerosos criterios doctrinarios: GASPARE LERA¹⁸⁰, en análisis de la Ley 36/1988, consideraba que los términos arbitrabilidad y disponibilidad, son sinónimos y concluye que la disponibilidad no ha de referirse a materias sino a concretos derechos de los que una persona es titular, que las meras limitaciones a la facultad de disponer no inciden en el carácter arbitrable del derecho gravado con ellas, que la indisponibilidad absoluta son los derechos que se

¹⁷⁹ Vid.: Apartado III, Capítulo I, “El Objeto del Proceso de Anulación”.

¹⁸⁰ GASPARE LERA, Silvia: *El Ámbito de Aplicación del Arbitraje*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 107 – 109.

hallan fuera del comercio de los hombres. HERNANDEZ – GIL¹⁸¹ sostiene que el concepto obliga a “identificar qué normas suministran la medida de lo disponible, bien por adecuación o no a ellas, o bien porque expresamente definan qué es y qué no es indisponible”. Por su parte, NIEVA FENOLL¹⁸² sostiene que “la disponibilidad o no de las materias depende de las épocas; dicho en otras palabras, de la moral colectiva que el legislador pretende reflejar en cada momento histórico en el derecho positivo”; y agrega: “Quiérese decir con ello que el criterio de la indisponibilidad de la cuestión, siempre será un criterio jurídicamente inseguro, y sobre todo extraordinariamente contingente, a menos que el legislador realice un listado exhaustivo de esas materias”. FERNÁNDEZ ROZAS¹⁸³, por su parte, sostiene que “la determinación de qué categorías de controversias deben ser resueltas necesariamente por órganos estatales, quedando, por lo tanto, excluidas del arbitraje, es realizada individualmente por cada ordenamiento jurídico. Dentro de los criterios empleados para determinar qué asuntos pueden o no ser sometidos a la decisión de árbitros, existen varias tendencias entre las que se halla la inclusión de todos aquellos asuntos que a la luz de la ley nacional sean susceptibles de transacción o se definan como derechos de libre disposición de las partes, señaladamente aquellas vinculadas al ejercicio de la actividad pública, derivadas de la protección o tutela de las personas o las reglamentadas por normas imperativas”. PERALES VISCASILLAS¹⁸⁴ habla de un doble sentido de la libre disponibilidad: en relación con el derecho material y con el derecho jurisdiccional. Sostiene que significa que las partes, además de tener la libre

¹⁸¹ HERNANDEZ – GIL ALVAREZ CIENFUEGOS, Antonio: “Disposiciones Generales”, en DE MARTIN MUÑOZ, Alberto, HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coords.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., pp. 119 – 120.

¹⁸² NIEVA FENOLL, Jordi: “Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, Ed. J.M Bosch Editor, N.º. 3, año 2002, p. 23.

¹⁸³ FERNANDEZ ROZAS, José Carlos (Director): *La nueva Ley de Arbitraje, Estudios de Derecho Judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 77 – 78.

¹⁸⁴ PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, cit., p. 131.

disposición sobre la materia, deben tener además libertad de poder someter a arbitraje una disputa, es decir, que esa forma de solución tampoco le este vedada y, en tal caso, el Estado estaría prohibiendo la arbitrabilidad sobre determinadas materias pues supondría imposición de la vía jurisdiccional como cauce de solución de ciertas disputas.

La libre disposición a la que hace alusión la norma del artículo 2.1 LA dijimos que es conexas o sinónimo de la frase “cuestiones no susceptibles de arbitraje” que menciona el artículo 41.1.e LA. Entonces, en los alcances de dicha norma, el concepto de disponibilidad adquiere virtualidad al momento de determinar si la pretensión, sometida a conocimiento de los árbitros, es posible ser dilucidado por dicha vía o, por el contrario, ese derecho controvertido solo puede ser resuelto a través de una sentencia.

Dijimos también que compartíamos la posición adoptada por MONTERO¹⁸⁵ en el sentido de referirse a la “pretensión”, en lugar de “materias” o “controversias”, y es en ese sentido de que la posición asumida por el mencionado profesor resulta coherente con la conclusión a la que arriba respecto de la disponibilidad. En efecto, el referido profesor afirma que en la pretensión que se quiera someter a arbitraje debe atenderse a la petición de la misma, o sea a un bien o consecuencia jurídica y que, cuando esa consecuencia solo pueda hacerse efectiva por medio de sentencia estaremos ante materia de no libre disposición. Concluye graficando que no es posible el arbitraje cuando una consecuencia jurídica solo puede obtenerse en sentencia, en tanto que si los particulares pueden alcanzar esa consecuencia por ellos mismos, entonces sí esa consecuencia también puede obtenerse por medio del arbitraje y del laudo.

Respecto a la libre disponibilidad, a la luz de la doctrina desarrollada conforme a la Ley 36/1988 y la Ley 60/2003, podemos concluir señalando que,

¹⁸⁵ MONTERO AROCA, Juan: “Materia objeto de arbitraje”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, BARONA VILAR, Silvia (Coord.), 2º edición, cit., p. 145.

independientemente de los derechos comprendidos en una determinada materia de que se trate, el concepto implica que las partes tienen la posibilidad de disponer, a través de una determinada pretensión, de sus derechos para alcanzar consecuencias jurídicas a través del arbitraje.

Y respecto a la frase “conforme a derecho”, nos quedamos con la opinión de PERALES VISCASILLAS¹⁸⁶: “significa someter la libre disposición al criterio único y exclusivo del legislador y, en consecuencia, sustraer de la autonomía de la voluntad de las partes la determinación contractual de lo que sea la materia de libre disposición”.

2.3. Existencia de controversia

Según el artículo 2.1 LA, pueden ser objeto del arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. Esto significa en principio que, para que exista arbitraje, necesariamente debe darse una situación de confrontación de intereses entre dos o más personas, naturales o jurídicas, que precisan de una solución de ese conflicto que en su momento puede existir o puede ser prevenido antes de su concreción y, además, importa que la resolución que se pronuncia debe ser aceptada anticipadamente por quienes someten esa controversia al proceso arbitral.

CORDÓN MORENO¹⁸⁷, al referirse al concepto de “cuestión litigiosa”, como estaba normado en LA 36/1988, evocaba la existencia de una discrepancia existente entre partes que necesariamente debe dilucidarse a favor de una u otra, agregando además que el dictamen que se pronuncie en su mérito no debe confundirse con un peritaje dirimente.

El término “cuestión litigiosa” era un concepto vinculado a los elementales principios del arbitraje, en cierta forma, iniciador del contenido del

¹⁸⁶ PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, cit., p. 133.

¹⁸⁷ CORDON MORENO, Faustino: *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, cit., pp.66 – 68.

texto de LA 36/1988 y, además, estaba presente en otras normas de la referida Ley; y con respecto al convenio arbitral, en el artículo 5 párrafo 1° LA 36/1988, se mencionada: *“El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones...”* En la Ley 60/2003, el término “cuestión litigiosa” se cambia por el de “controversia”, mismo que subyace también en varios artículos, entre otros, en el artículo 9 LA: *“El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”*.

En todo caso, en la redacción del artículo 41.1.e LA, tendría que haberse utilizado dicho término (controversia) en lugar de las “cuestiones” para denotar lo que no es susceptible de arbitraje puesto que, las normas relacionadas con la disponibilidad (léase artículos 2.1 y artículo 9 LA, entre otros), como hemos visto, hacen referencia a la “controversia”.

Por otra parte, en el entendimiento el artículo 9 LA, en estrecha relación conceptual con el artículo 41.1.e LA, se está haciendo referencia, en primer lugar, a aquellas controversias ya identificadas o determinadas, caso en el cual el convenio arbitral adopta una modalidad independiente del contrato principal; y por otra parte, se refiere a aquellas situaciones que puedan dar lugar a una controversia que son fácilmente determinables como consecuencia de la identificación de una relación jurídica o la concurrencia de ciertos elementos que denoten con probabilidad la existencia de una controversia en el futuro, en tal caso el convenio arbitral estará inmerso como cláusula de un contrato principal.

Respecto al origen de esa controversia ésta puede surgir de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales.

DIEZ - PICAZO¹⁸⁸ define la relación jurídica como “...una situación en la que se encuentran dos o más personas, que aparece regulada como una unidad por el ordenamiento jurídico, organizándola con arreglo a determinados principios, y que la considera, además, como un cauce idóneo para la realización de una función merecedora de la tutela jurídica”.

Si la controversia nace de una relación jurídica contractual, supone la existencia de un contrato suscrito entre partes con los requisitos de validez previstos en el ordenamiento civil. En este caso, el arbitraje puede tener como objeto principal la controversia que se origina en la relación jurídica contenida en cada una de las estipulaciones de ese contrato firmado por las partes.

Por otro lado, el artículo 9 LA también establece que no necesariamente la relación jurídica puede tener su origen en un contrato formalmente suscrito sino que esa relación jurídica puede obedecer a intereses con trascendencia jurídica que les asiste a las partes y que necesariamente precisan de una solución. A esto es lo que la norma señala como relación jurídica extracontractual.

Concluimos diciendo entonces que no basta la concurrencia de un derecho, una materia o una pretensión disponible por las partes sino, además de la disponibilidad, la cuestión o cuestiones -entendida como conflicto de intereses con trascendencia jurídica, a las que hacen referencia los artículos 2.1 y 41.1.e LA- deben ser identificadas como verdaderas “controversias” (valga la redundancia) susceptibles de ser dilucidadas por vía del procedimiento arbitral.

3. Acerca de las materias indisponibles o excluidas del arbitraje

Las normas que hicimos referencia anteriormente -artículo 2.1 y 41.1.e LA- también llevan implícito uno de los más importantes componentes del sistema de arbitraje cual es: la voluntad de las partes como elemento

¹⁸⁸ DIEZ – PICAZO, L. y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, cit., p.205.

fundamental de validez tanto del convenio como del mismo proceso arbitral. Sin esa autonomía de la voluntad no puede existir derecho sujeto a arbitraje y, en su caso, el laudo que se obtenga es nulo.

Consustancial con lo anterior se establece, como ya lo hemos visto, que el arbitraje sólo puede versar sobre derechos disponibles de las partes. Si las partes convienen someter a arbitraje derechos no disponibles, existe quebrantamiento de la norma y del propio sistema arbitral. En otras palabras, el convenio arbitral así concluido tiene una base prohibida y, consecuentemente, todo el proceso arbitral, incluido el laudo, es susceptible de nulidad, por cuanto el libre arbitrio a que se refiere la Ley de Arbitraje se contrapone a prohibiciones expresamente establecidos en la Ley.

3.1. Lo que preveía la derogada Ley de Arbitraje 36/1988

Aunque la Ley de Arbitraje no establece taxativamente cuales son los derechos indisponibles, en los casos que contemplaba el artículo 2 LA 36/1988 como materias excluidas del arbitraje encontramos identificadas las pautas generales de lo que se consideran materias indisponibles:

1) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución

Es lógico que, respecto a una cuestión que ha sido dilucidada en sede judicial, no se puede volver a considerar y resolver en vía de arbitraje, y ello por un principio elemental, cual es la concurrencia de la cosa juzgada.

A la vez ello supone que, aun existiendo una resolución respecto a una controversia de las partes, si esa resolución no ha adquirido la calidad de cosa juzgada, dicha controversia sí puede ser materia de arbitraje, afirmación ésta que tiene además sustento en la norma que analizamos pues ésta exige la existencia de “*resolución judicial firme y definitiva*”, aunque esta profusión conceptual ya ha sido zanjada por virtud del punto DOCE del artículo único de

la Ley 11/2011, modificadorio del artículo 43 LA; en efecto, dicha norma determina que el laudo pronunciado produce efectos de cosa juzgada por ese solo hecho, esto es, por habérselo pronunciado, independientemente de la acción de anulación en su contra o de la revisión conforme a la LEC.

Al respecto, podemos decir que era muy difícil pensar que las mismas partes que han lidiado dentro de un proceso en sede judicial y que han obtenido una resolución firme, puedan ponerse de acuerdo y suscribir un convenio para someter la misma cuestión a un proceso arbitral con los consiguientes efectos que ello implica. También era difícil imaginarse que la parte victoriosa en el proceso judicial pudiera consentir someter a arbitraje una cuestión dilucidada a su favor. Pese a ello, la posibilidad no era del todo descartable y nos atreveríamos a decir que el caso podría darse únicamente cuando las partes actúen en perjuicio de un tercero.

Debe tenerse presente que la norma no se refería a una sentencia en especial sino a una resolución judicial, lo cual nos hace concluir que las cuestiones resueltas a través de otra clase de resolución judicial que no hubiera sido precisamente una Sentencia, tampoco podrían haber sido objeto de arbitraje.

En este sentido debía considerarse además que, si bien la norma concretizaba la condicionante a la existencia de una resolución judicial firme, consideramos que tampoco podría haberse sometido a arbitraje cuestiones ya resueltas mediante un laudo arbitral firme, toda vez que los efectos de éste se asimilan a los de una sentencia con autoridad de cosa juzgada.

La norma en análisis preveía una salvedad: la referida a los aspectos derivados de su ejecución. Significaba ello que las partes que han intervenido en un proceso judicial y han obtenido una resolución firme podían someter a arbitraje todos los problemas que puedan surgir como consecuencia de la ejecución de esa resolución firme, es decir, no significaba que se atribuya a un tribunal arbitral la potestad de ejecutar lo resuelto vía proceso arbitral, sino que

las partes podían someter a arbitraje las controversias surgidas en el curso de la ejecución de una resolución, por ejemplo, la liquidación de daños y perjuicios a que hubiera sido condenado una de las partes y cuya cuantificación se dejó para la fase de ejecución.

2) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición

La segunda limitación expresa diseñada por LA 36/1988 establecía la imposibilidad de someter a arbitraje aquellas cuestiones que, disponibles para las partes, se encontraban ligadas a otra u otras indisponibles. En ningún caso, por efecto de esa conexión indisoluble, podrían haber resuelto los árbitros aquella cuestión disponible sin pronunciarse sobre la indisponible, razón por la cual la posibilidad de resolución estaba vedada.

3) Las cuestiones donde debía intervenir el Ministerio Fiscal

La norma identificaba expresamente dos situaciones en que debía asumir representación y defensa el Ministerio Fiscal respecto de personas que no puedan actuar por sí mismas: 1°. Por carecer de capacidad de obrar y 2°. Por carecer de representación legal.

En concreto, la norma reitera la previsión contenida en el artículo 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, nos estamos refiriendo al apartado séptimo de dicho artículo.

De lo que se trataba entonces era precautelar la capacidad procesal del incapaz que, por sí, no puede intervenir en un determinado proceso comprometiendo sus bienes y derechos, y por lo mismo se requería la asistencia del Ministerio Fiscal. La norma indudablemente se sustentaba en la incapacidad de obrar y, en ese sentido, se estaba refiriendo a los menores de edad y a los legalmente declarados interdictos.

3.2. Lo que prevé la Ley 60/2003, de arbitraje

Aunque en el artículo 2.1 LA se mantiene el principio de la disponibilidad que contemplaba el artículo 1 LA 36/1988, en aquella ya no se prevé el elenco de materias excluidas del arbitraje que preveía ésta última.

De esta forma, se deja abierta a la adaptabilidad del derecho a la posibilidad de restricción o permisibilidad de la disponibilidad de los derechos, además se evita una configuración tasada de supuestos de indisponibilidad que produce una insatisfacción en muchos casos¹⁸⁹.

El problema de la disponibilidad o indisponibilidad a la luz de la nueva normativa viene suscitando opiniones diversas:

Si bien estamos en el análisis de lo que prevé la Ley de Arbitraje respecto de la disponibilidad o indisponibilidad de los derechos, ello no obsta para referirnos en principio al análisis de la doctrina que, en su momento, se manifestó respecto de la temática sobre la base de la anterior normativa. En ese sentido GASPAR LERA¹⁹⁰ sostuvo que la concreción del concepto de indisponibilidad significa identificar la esfera jurídica en que la persona no tiene libertad de actuación, concretamente, establecer criterios para determinar el campo de la inarbitrabilidad. Describe en primer término, los derechos de la personalidad por estar ligados a la naturaleza misma del hombre; el Estado Civil de las personas en razón de que, respecto a ellos, existe un interés público que impide a sus titulares disponer de los mismos, dentro de los cuales se encuentran comprendidos los estados de familia (resultantes de la filiación y el matrimonio), las situaciones de capacidad, nacionalidad y vecindad y el sexo, respecto de los cuales las incidencias jurídicas que surgen corresponden ser

¹⁸⁹BARONA VILAR, Silvia: “De la Anulación y de la Revisión del Laudo”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, BARONA VILAR, Silvia (Coord.), cit., p. 1737.

La inclusión de la norma del artículo 2 LA 36/1988 suscito una serie de críticas comenzando por cuestionar la utilización de la palabra “materia” en lugar de “derecho” respecto de los cuales se plantean las controversias: GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, cit., 28 – 30.

¹⁹⁰GASPAR LERA, Silvia: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, cit., pp. 91 – 101.

dilucidadas en la jurisdicción ordinaria; por último menciona al Derecho de Familia por cuanto la familia, concebida como institución de interés público, no puede ser susceptible de someterse al arbitraje las incidencias que pudieran surgir al respecto.

GARBERI LLOBREGAT¹⁹¹, sostiene que el significado actual de la norma debe buscarse a partir del establecimiento de ciertos criterios válidos para determinar si una controversia planteada es indisponible o disponible; así menciona los siguientes criterios: histórico; los alcances de la CE; semántico (la posibilidad ha de predicarse de cada uno de los derechos comprendidos en la materia de que se trate y respecto de los cuales surge el conflicto entre partes); indisponibilidad no es identificable con ausencia de limitaciones de la facultad de disponer; lo imperativo de una norma que regula un derecho, no convierte a este en indisponible por ese solo hecho.

Sobre la base de dichas premisas, a manera de resumen, expone que aquellas cuestiones litigiosas que afecten al interés general (así, cuando aparece involucrada una Administración Pública, o un colectivo indeterminado portador de intereses difusos) y las que tienen repercusión directa en el Registro Civil consagrados como indisponibles por el artículo 751 LEC, quedan fuera del ámbito de disponibilidad de las partes o, dicho de otra forma, son solo atendibles en vía jurisdiccional y, por lo mismo, son conflictos no susceptibles de ser sometidos a arbitraje¹⁹².

MERINO MERCHAN Y CHILLÓN MEDINA¹⁹³, por su parte sostienen que son materias indisponibles "...aquellas de *ius cogens* reservadas al ejercicio de las potestades públicas y las que afectan al estado civil de las personas (pero en este caso no necesariamente a sus efectos económicos) o que por Ley expresamente se excluya o limite el sistema de composición arbitral

¹⁹¹ GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003*, cit., pp. 32 - 38.

¹⁹² *Ult. Cit.*, p. 1007.

¹⁹³ MERINO MERCHAN, José F., CHILLÓN MEDINA, José Ma.: *Tratado de Derecho Arbitral*, cit., pp. 712 – 713.

(...) Se sienta así una presunción (...) general a favor de la arbitrabilidad material”¹⁹⁴.

MONTERO AROCA¹⁹⁵, antes de referirse a ciertos casos concretos de indisponibilidad señalados por la jurisprudencia, reflexiona sobre los alcances de la inarbitrabilidad de las materias a la que hacía referencia el artículo 2 LA 36/1988 a los cuales ya tuvimos oportunidad de referirnos anteriormente.

Dicho autor sostiene que la regla contenida en 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” y, sobre las mismas, bien

¹⁹⁴ SAP de Almería de 3 de octubre de 2005, Rollo 52/05 Voto Particular: “...al amparo del artículo 40 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la acción de anulación del laudo arbitral dictado (...) encontrando el amparo la impugnación en la regla e) del número 1 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, con arreglo a la cual el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, sosteniendo que el Tribunal Arbitral se pronuncia sobre una materia que le está vedada por estar reservada a la exclusiva competencia de la Administración General del Estado (...) por lo que, desde un punto de vista objetivo, es evidente que quedan fuera de la actuación del árbitro aquellas cuestiones que las partes no hayan sometido a su decisión y también aquellas sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según se cuida de indicar la Ley 60/2003 (...) TERCERO: Debe también anotarse, de una parte, que la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, actualmente en vigor, desarrollada por el Reglamento aprobado por Real Decreto núm. 424/2005, de 15 de abril, como antes la Ley 11/1988, de 24 de abril, desarrollada por el Reglamento aprobado por Real Decreto núm. 1.736/1998, de 31 de julio, señala textualmente en su artículo 14, bajo el epígrafe “Resoluciones de Conflictos”, que “De los conflictos en materia de acceso derivadas de esta Ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión de Mercado de Telecomunicaciones” (...) añadiendo en el siguiente artículo 20, al tiempo de delimitar las obligaciones de servicio público (...) que “4. Corresponde al Ministerio de Ciencia y Tecnología el control y ejercicio de las facultades de la Administración relativas a las obligaciones de servicio público y de carácter público a que se refiere ese artículo” (...) de donde se sigue que (...), es inequívoca la voluntad del legislador de mantener bajo el control de la Administración General del Estado, por lo que no resultan disponibles para las partes por corresponder, según los casos, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o, en el caso presente, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio dirimir las controversias que se puedan suscitar con relación al acceso a las redes o a los servicios disponibles al público (...).

¹⁹⁵ MONTERO AROCA, Juan: “Materia objeto de arbitraje”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, BARONA VILAR, Silvia (Coord.), 2º edición, cit., pp. 145 – 153.

puede llegar a determinarse los supuestos de arbitrabilidad e inarbitrabilidad de una pretensión, no obstante, sobre la base de la jurisprudencia señala casos concretos relacionados con la arbitrabilidad de las pretensiones, a saber: La reparación del daño causado por el acto ilícito, independientemente de que el mismo sea o no delito; lo relacionado con la impugnación de los acuerdos sociales¹⁹⁶ respecto de lo cual concluye diciendo que “la jurisprudencia, como hemos ido indicando, posiblemente haya confundido que una materia esté regulada en la ley (caso obvio de la convocatoria de la junta general de la sociedad anónima) con que sobre esa materia las consecuencias jurídicas previstas en la ley tengan que declararse en todo caso por medio de sentencia, siendo evidente que la obvia necesidad de regulación legal no puede comportar que las consecuencias no puedan lograrse por acuerdo entre los interesados”; las cuestiones relacionadas con los servicios públicos; los conflictos relacionados con el arrendamiento y en el régimen de propiedad horizontal.

A la luz de la doctrina y jurisprudencia, la disponibilidad o indisponibilidad, en la forma prevenida en la Ley arbitral, tiene diversas aristas: Algunas veces la situación es muy evidente y no se precisará mayores análisis para determinar la indisponibilidad, como sucede por ejemplo en los casos de las cuestiones que afectan al interés general o el Registro Civil de las personas; otras, constituyen limitaciones de la arbitrabilidad objetiva de determinadas controversias previstas en leyes especiales que abren la posibilidad de que, sobre una misma temática, puedan presentarse situaciones diversas. En ese sentido, la no formulación de un elenco concreto de casos de indisponibilidad resulta ser una acertada determinación de la Ley de Arbitraje pues, en la forma que se describe, se deja a la interpretación de las normativas reguladoras de cada caso concreto las que, sin embargo, podrán ser

¹⁹⁶ STS de 18 de abril de 1998: “no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de Accionistas ni la impugnación de los acuerdos sociales; sin perjuicio de que, si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente el laudo”.

susceptibles de ciertas matizaciones que modifiquen o modulen una primera impresión sobre su disponibilidad o indisponibilidad. Lo cierto es que pretender agotar un análisis de los casos concretos de indisponibilidad o disponibilidad sería imposible por cuanto tendríamos que involucrar, en ese análisis, todo el derecho positivo.

La disponibilidad de un derecho significa arbitrabilidad del mismo, especialmente si el derecho positivo permite la libre disposición de ese derecho a las partes, es decir, si se permite el juego de la autonomía de la voluntad y, para ello, en cada caso se debe analizar el derecho que corresponde, solo así se puede arribar a una definición de la disponibilidad o indisponibilidad del derecho o, en otras palabras, si ese derecho es o no es arbitrable¹⁹⁷.

4. Exclusión del arbitraje laboral

En el artículo 1° numeral 4) LA, se replica exactamente lo que se preveía en el artículo 2.2 LA 36/1988: “*Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley los arbitrajes laborales*”.

Dos aspectos corresponden precisar respecto a esta disposición para establecer el alcance de la norma: El fundamento de esa exclusión y los alcances de la normativa relacionada con los conflictos laborales:

¹⁹⁷ En ese sentido BERNARDO SAN JOSE, Alicia: *Arbitraje y Jurisdicción: Incompatibilidad y vías de Exclusión*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 36. Al respecto dicha autora sostiene: “El predominio de intereses exclusivamente privados o la presencia de un interés social o público determina la disponibilidad o no de la materia controvertida. Así, cuando estamos en presencia de intereses exclusivamente privados, respecto de los cuales el principio de autonomía de la voluntad de las partes rige con total plenitud, el Estado considera el arbitraje como un método idóneo de solución de controversias. Por el contrario, cuando aparece un interés social o público, el Estado limita la autonomía de la voluntad de las partes, estableciendo normas de carácter imperativo e impidiendo que las controversias que puedan surgir en dicho ámbito sean resueltas por sujetos u órganos distintos de los establecidos por él para este fin”.

4.1. Fundamentos de la exclusión

Un primer aspecto es el relativo a establecer el fundamento o motivo por el cual se excluyen los arbitrajes laborales del ámbito de aplicación de la Ley de Arbitraje. Consideramos que el arbitraje laboral ha sido creado como una forma de establecer un mayor control y equilibrio, por parte del Estado, de los derechos y garantías reconocidas a los trabajadores y, por otra parte, precautelar también los derechos y garantías de los empresarios como propietarios de los centros laborales creadores de fuentes de trabajo, todo ello con el objetivo de evitar que intempestivamente se produzca la suspensión de las actividades laborales sin previo agotamiento de las instancias conciliatoria y de arbitraje y así evitar los conflictos sociales y económicos que acarrearía tales hechos. Como sostiene HERNANDEZ BURRIEL¹⁹⁸, el fundamento de la normativa en análisis radica en la incidencia que la materia laboral tiene en el ámbito del Derecho Público y en la necesidad de salvaguardar los derechos de los trabajadores sustrayendo del ámbito del arbitraje las controversias relativas a ellos.

La manera de abordar la problemática laboral en la forma establecida en las normas laborales tiene sustento en lo que prevén los artículos 35, 37 y 38 de la CE¹⁹⁹, donde se consagra al trabajo como un deber y un derecho, la

¹⁹⁸ HERNANDEZ BURRIEL, Jorge: “Disposiciones Generales”, en HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (Coord.), *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Barcelona, 2004, p. 34.

¹⁹⁹ CE: “Artículo 35.- 1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores”

“Artículo 37.- 1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. 2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad”

negociación colectiva laboral y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

4.2. La normativa especializada que rige la materia

Como sostiene CADARSO PALAU²⁰⁰, la exclusión del arbitraje laboral, más que una cuestión de arbitrabilidad, constituye una cuestión de delimitación del ámbito de la Ley.

Algunos autores niegan la aplicación supletoria de la norma arbitral en los casos de arbitraje laboral²⁰¹. Sin embargo, compartimos la opinión de HERNANDEZ – GIL ALVÁREZ CIENFUEGOS²⁰² quien, luego de hacer una

Artículo 38.- Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”

²⁰⁰ CADARSO PALAU, Juan: “Motivos”: en GONZALEZ SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, cit., p. 433.

²⁰¹ Entre otros: OLIVENCIA RUIZ, Manuel: “Ámbito de Aplicación”, en GONZALES SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, cit., p. 44; MANTILLA - SERRANO, Fernando: *Ley de Arbitraje*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pp. 43 – 44; GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, cit., pp. 23 – 24.

²⁰² HERNANDEZ – GIL ALVAREZ CIENFUEGOS, Antonio: “Disposiciones Generales”, en DE MARTIN MUÑOZ, Alberto, HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coords.), en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, cit., pp. 110 – 114. El referido autor hace una exposición sucinta de la normativa laboral específica, misma que transcribimos a continuación: “Probablemente el legislador tuvo en consideración esa situación previa que arranca del Real Decreto – ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, que, para los conflictos colectivos de trabajo, preveía la posibilidad de resolverse por uno o varios árbitros designados por las partes (art.24); y, sobre todo del Real Decreto – ley 5/1979, de 26 de enero, sobre creación del Instituto de Mediación Arbitraje y Conciliación (IMAC), con determinadas ‘funciones de mediación, arbitraje y conciliación’ (art.1), bajo los principios de libertad, rogación, neutralidad y gratuidad (art.3). Además, con sede en las capitales de provincia y otras localidades con Magistratura de Trabajo, y dentro del Instituto de Mediación, Conciliación y Arbitraje, se creaban los Tribunales de Arbitraje Laboral a los que ‘los empresarios y trabajadores podrán someter todas las controversias, tanto individuales como colectivas de trabajo, que surjan entre ellos sin otras limitaciones que las establecidas reglamentariamente’ (art.4). Se establece así mismo que ‘por los motivos que reglamentariamente se determinen, contra el laudo que dicten los árbitros, cabrá recurso en los conflictos individuales ante la Magistratura de Trabajo de la localidad, cuya sentencia será firme, y ante el Tribunal Central de Trabajo en los conflictos colectivos’ y que ‘firme la decisión arbitral podrá ejecutarse ante la Magistratura de Trabajo del lugar donde se haya efectuado el arbitraje (...) del modo que la Ley de Procedimiento Laboral establece para las sentencias’ (art.4). Por Real Decreto 2756/1979k, de 23 de noviembre, el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación asume sus

reminiscencia de las normas que regulan el arbitraje laboral, expresa que el propio artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores permite identificar un amplio campo de disponibilidad de los derechos derivados de la legislación laboral y por lo mismo no debería excluirse *a priori* la arbitrabilidad de ciertos derechos, afirmación que se sustenta en la jurisprudencia del TS que reconoce la competencia de la jurisdicción civil sobre cuestiones de índole civil dimanante de la legislación laboral, como la demanda sobre indemnización de daños y perjuicios que tengan como causa directa o indirecta una relación laboral (STS de 26 de octubre de 1981). A su juicio ello determina que, el artículo 1.4 LA debe interpretarse restrictivamente y solo respecto de aquellos supuestos en que la legislación laboral crea y regula sus propias instancias arbitrales y de mediación o conciliación, en las que no quepa, por su propia naturaleza, una proyección de los principios de la Ley de Arbitraje.

funciones y se establece la conciliación obligatoria en los conflictos individuales como ‘intento de celebración del acto de conciliación’, siendo obligatoria la asistencia para ambas partes (art. 4.1 y 2). El IMAC fue suprimido por la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, pasando a constituir una unidad dependiente de la Dirección General de Trabajo o de las Direcciones Provinciales de Trabajo, y estando hoy sus funciones asumidas por la Subdirección General de Relaciones Laborales y órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas según resulta del RD 1600/2004, de 2 de julio. (...). Los arts.25.2 y 26 del Real Decreto – ley 17/1977, que contemplaban los laudos ‘de obligado cumplimiento’ dictados por la autoridad laboral con fuerza ejecutiva inmediata, fueron declarados inconstitucionales por la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril precisamente ‘porque no se trata propiamente de un arbitraje’, al no dictarse el laudo por árbitro designado por las partes, y porque ‘aun cuando lo fuera, no concurren los elementos justificativos de la restricción que el derecho de negociación recogido en el art.37 CE, podría establecerse, sin afectar a su contenido esencial’. El art.85 del Estatuto de los Trabajadores, al regular el contenido de los convenios colectivos establece que ‘los laudos arbitrales que a estos efectos puedan dictarse tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en el periodo de consultas, siendo susceptibles de impugnación en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los convenios’, generalizándose después en el art.91 el arbitraje y la mediación como procedimientos de resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos, con la misma eficacia jurídica de los convenios y susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los Convenios colectivos, incluyendo ‘cuando el laudo hubiere resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión’, y poniendo a disposición de las partes, en las controversias de carácter individual, cuando expresamente se sometan a ellos, estos mismos procedimiento arbitrales”.

En esa misma línea se manifiesta GOMEZ JENE²⁰³, para quien la exclusión del arbitraje laboral del ámbito de aplicación de la normativa de la Ley 60/2003 no es absoluta por cuanto entiende que ésta es de aplicación supletoria a los arbitrajes, tanto del ámbito colectivo como individual, que dimanen del marco que brinda el artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores.

5. Efectos de la sentencia que estima la pretensión anulatoria

El haber sometido al arbitraje cuestiones no susceptibles para ser dilucidadas bajo esta modalidad de solución de controversias, significa que el arbitraje tiene una manifestación de voluntad -traducida en el convenio- sobre materias que el sistema prohíbe por ser indisponibles para las partes y, por ende, inarbitrables. Por ello si se estima la pretensión todo el proceso arbitral carece de validez, lo que no implica que las partes puedan recurrir a la vía jurisdiccional para hacer valer sus derechos.

IV. ANULACIÓN DEL LAUDO POR INFRACCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO (ARTÍCULO 41.1.f LA)

La Ley 60/2003, de arbitraje, siguiendo las directrices de la UNCITRAL²⁰⁴, ha introducido en el artículo 41.1 literal f) el motivo de anulación del laudo arbitral cuando éste es contrario al orden público, mismo que también se preveía en el artículo 45 numeral 5) LA 36/1988.

CABANELLAS²⁰⁵, con mucha propiedad, refiriéndose al orden público dice: “Más fácil es sentirlo que definirlo...”, al tiempo que señala una serie de definiciones desde diferentes puntos de vista y atendiendo distintas materias y

²⁰³ GOMEZ JENE, Miguel: “Ámbito de Aplicación”, en ARIAS LOZANO, David (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Ed. Thomsom – Aranzadi, Navarra, 2005, p. 30.

²⁰⁴ La LM, en su art.34 numeral 2 inciso b) punto ii), establece que, el laudo contrario al orden público, puede ser anulado si es comprobado por el Tribunal respectivo.

²⁰⁵ CABANELLAS, Guillermo: *Diccionario de derecho usual*, Tomo III, 9º Edición, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1976, pag.131.

ámbitos de aplicación de dicho concepto. Respecto al campo civil señala: “...el orden público es el límite infranqueable por la voluntad individual”.

Existe opinión coincidente en doctrina en el sentido de que hablar de orden público es referirse a algo indeterminado y que sus alcances debe buscarse necesariamente en la jurisprudencia. En ese sentido, a objeto de establecer los alcances del motivo en análisis, nos será muy útil referirnos a la doctrina y a la jurisprudencia.

En todo caso, nuestro análisis será orientado a establecer una conceptualización adecuada al contexto en el cual nos encontramos, es decir, se tratará de establecer los alcances de lo que el legislador ha pretendido al incluir la infracción del orden público como causal de anulación del laudo arbitral.

1. Opiniones doctrinales acerca del concepto de orden público

Como dijimos, la doctrina y jurisprudencia se han preocupado por establecer los alcances del concepto de orden público en el ámbito del sistema arbitral y más concretamente como variable del motivo de anulación del laudo arbitral. Es por ello que pondremos más énfasis en su consideración por cuanto nos ayudará a tener una idea aproximada de dicho concepto y la línea jurisprudencial que está creando el TC a través de sus diferentes fallos respecto a este tema.

No existe ninguna duda de que los estudiosos del derecho arbitral, en particular del español, inicialmente sobre la base de la derogada Ley 36/1988 y hoy tomando en cuenta la Ley de Arbitraje 60/2003, han coincidido en señalar, como antes ya se dijo, que el orden público previsto como motivo de anulación del laudo es un concepto indeterminado y que sus alcances deben encontrarse a la luz de los diferentes fallos jurisprudenciales.

Es bueno mencionar en principio las pautas que el legislador daba en la Exposición de Motivos de la derogada LA 36/1988 respecto del orden público al referirse al denominado recurso de anulación: “El convenio arbitral no

implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Por ello, el Título VII regula un recurso de anulación del laudo, a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajustan a lo establecido en la Ley. Junto a ello se ha introducido la posibilidad de anular el laudo cuando éste fuese contrario al orden público, concepto que habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución”.

CORDON MORENO²⁰⁶, sobre la base del desarrollo de la jurisprudencia señala “... en el ámbito jurídico privado, el orden público es contemplado fundamentalmente como un límite al libre juego de la voluntad de los particulares, límite que se establece en atención a intereses generales que trascienden a los particulares de los actuantes y que, como tales, han de imponerse a éstos”. Agrega que en doctrina se entiende que al orden público pertenecen “...las materias situadas dentro del orden constitucional que no pueden quedar impedidas o menoscabadas por los pactos o contratos de los particulares...” y, además considera que dicho concepto abarca toda la institución arbitral incluyendo el objeto del arbitraje, el desarrollo del procedimiento arbitral y el mismo laudo arbitral.

LORCA NAVARRETE y SILGUERO ESTAGNAN²⁰⁷, en un análisis jurisprudencial de los motivos de anulación previstos en la derogada LA 36/1988, son coincidentes en buscar los alcances de lo que significa orden público, en la propia Exposición de Motivos y en la jurisprudencia, a la luz de la cual extraen algunos conceptos como cuando señalan que, “...en términos generales, el orden público expresa las limitaciones que afectan a la libertad del individuo a cambio del interés general que debe aceptar en base a la

²⁰⁶ CORDON MORENO, Faustino: *El Arbitraje en el Derecho español: Interno e Internacional*, cit., pp.131 – 132.

²⁰⁷ LORCA NAVARRETE, Antonio María, SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín: *Derecho de Arbitraje Español, Manual Teórico - Práctico de jurisprudencia arbitral española*, Ed. Dykinson, Madrid, 1994, pp. 514 – 524.

construcción de un orden necesario para la vida en comunidad “ y, además señalan “...pues su vulneración sólo será procedente cuando el árbitro haya pronunciado su laudo con clara infracción de los derechos fundamentales”.

En la misma línea de análisis jurisprudencial, GARBERI LLOBREGAT, SÁNCHEZ LEGIDO y VECINA CIFUENTES²⁰⁸, atendiendo al contexto del análisis y reconociendo que es el Tribunal Constitucional el llamado a establecer los alcances del motivo, señalan que, para que un laudo sea contrario al orden público, es preciso que aquel vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidas en la Constitución.

En sus primeros análisis sobre la LA 36/1988, la profesora BARONA VILAR²⁰⁹, refiriéndose al orden público, señalaba: “Es un instrumento vivo, coherente con el tiempo que vive, fiel reflejo de una sociedad en cuanto mecanismo de defensa, en cada época y lugar se alía con los valores, todos ellos de distinta naturaleza e importancia”. Agrega que es el Juez el encargado de establecer qué principios rigen en un concreto momento en una determinada sociedad y concluye diciendo que: “Por su naturaleza el orden público excluye una enumeración taxativa o una formulación dogmática, marca una línea general indicativa que sólo adquiere concreción y contenido tras la intervención casuística del Juez”.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN²¹⁰, sobre la base del estudio de la LA 36/1988 y especialmente referido al orden público, en su día concluyó manifestando que el recurso de anulación no constituye una vía para quien pretende una resolución más justa, en el caso de entender que el laudo es injusto y que el control del contenido del laudo se articula en la Ley a través del respeto del orden público entendido éste a la luz de los principios

²⁰⁸ GARBERI LLOBREGAT, José, SANCHEZ LEGIDO, Ángel, VECINA CIFUENTES, Javier: *Legislación Arbitral, (Interna e Internacional)*, Ed. Colex, Madrid, 1998, pp.185 – 192.

²⁰⁹ BARONA VILAR, Silvia: *Recurso de Anulación del Laudo Arbitral*, Revista Española de Arbitraje (1988 – 1989), Madrid, pp. 127 – 130.

²¹⁰ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro: *La anulación del laudo arbitral*, cit., pp.323 – 373.

constitucionales, concretamente, a que el recurso haga referencia a la vulneración de alguno de los derechos fundamentales y que la noción de orden público debe ser adecuada a la naturaleza del recurso.

En resumen, los autores que en su momento analizaron la LA 36/1988, fueron coincidentes en el hecho de tomar como pauta la referencia que les proporcionaba la Exposición de Motivos de la referida Ley donde se expresa, como tenemos expuesto, que ese motivo de anulación debe interpretarse a la luz de los principios de la Constitución cuya interpretación le corresponde al TC; en ese sentido, coincidentemente los autores también destacaron la STC 43/1986, de 15 de abril, donde se aborda el concepto de orden público a la luz de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas en la CE²¹¹. Coincidieron también en el sentido de que el orden público es un concepto indeterminado y que es la Constitución de cada País la que establece el marco jurídico más importante para determinar los alcances de lo que en un determinado momento y en un lugar pueda entenderse como orden público, para lo cual, la doctrina y la jurisprudencia son las llamadas a interpretar cuáles son los derechos y garantías cuya infracción signifique atentar contra el orden público.

La Ley 60/2003 mantiene el elenco tasado de causales de anulación y mantiene el motivo de anulación cuando el laudo es contrario al orden público

²¹¹ <http://www.tribunalconstitucional.es> Buscador de Jurisprudencia (Boe 102 de 29 de abril de 1986). La STC 43/1986 de 15 de abril de 1.986 en su fundamentación CUARTA señala: “Antes de la entrada en vigor de la Constitución, la LEC y la doctrina jurisprudencial han venido denegando el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras contrarias al orden público del foro. Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los jueces y tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art.24 de la C.”

aunque, en su Exposición de Motivos, ya no se refiere a la pauta que se expresaba en la Ley arbitral derogada.

CADARSO PALAU²¹², comentando la nueva ley de arbitraje española, mantiene los mismos criterios expuestos anteriormente cuando señala: “No parece, por tanto, que el orden público pueda entenderse encerrado de manera exclusiva en el texto constitucional, de modo que seguirá siendo inevitable una dosis de vacilación e incertidumbre en la tarea de individualización e identificación que, a la postre, corresponde a los tribunales desplegar”.

GARBERÍ LLOBREGAT²¹³, atendiendo a la jurisprudencia de las AA.PP. pronunciadas sobre la base de la LA 36/1988 y, comentando la nueva Ley de Arbitraje, concluye haciendo suyos párrafos de las SSAP Alicante 4^a de 22 de septiembre de 1999 y Madrid 11^a de 10 de julio de 2003: “...únicamente debe de admitirse el control jurisdiccional de aquellas infracciones del laudo que sean contrarias a los derechos fundamentales y libertades públicas consagradas constitucionalmente y que no tengan cabida en los demás motivos de anulación, sin que en ningún caso dicho control pueda alcanzar a revisar, ni la aplicación del derecho realizada por los árbitros, ni la razonada valoración que a los mismos hayan merecido los medios de prueba practicados en el procedimiento”.

PERALES VISCASILLAS²¹⁴ califica al orden público como una institución de contornos difíciles de precisar, mutable y variable en el tiempo dependiente del entorno socio-político y jurídico de la época de su análisis.

BARONA VILAR²¹⁵, concluyendo también que el orden público, interpretado desde los principios que rigen la CE y reconociendo que es el TC

²¹² CADARSO PALAU, Juan: “Motivos”, en GONZALEZ SORIA, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., p.442.

²¹³ GARBERI LLOBREGAT, José, *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, cit. pp.1014.

²¹⁴ PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, cit., p. 164.

²¹⁵ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): “De la anulación y de la revisión del laudo”, en BARONA VILAR, Silvia (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2^o edición, cit., p. 1747.

es su intérprete máximo, entiende que un laudo arbitral será contrario al orden público cuando vulnera los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II Título I de la CE garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad por el artículo 24 CE, conclusión que tiene como base de sustentación la STC 43 de 15 de abril de 1986.

Como puede apreciarse, el rumbo de los análisis doctrinales, sustentados en la jurisprudencia, de la antigua LA 36/1988 con relación a la Ley 60/2003, no ha cambiado y más bien se mantiene, y ello tiene sentido pues, como se sostiene en la jurisprudencia y en las opiniones doctrinales, el concepto es variable en el tiempo y conforme al entorno de la época en que se vive, es por ello que entre la época de vigencia de ambas leyes, no pueden haberse producido cambios en aquellos ámbitos y, por lo mismo, el análisis tampoco puede tener nuevas orientaciones.

2. El orden público, límite de la autonomía de la voluntad

Importante es referirnos a uno de los principales principios que rige el sistema arbitral y, en general, el derecho privado: La Autonomía de la Voluntad. En el artículo 1255 CC se prevé el principio de libertad contractual cuya base principal es precisamente dicha autonomía, pero condicionada a la no vulneración de las leyes, la moral y el orden público: *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrario a las leyes, a la moral y al orden público”*.

La referida norma deja en evidencia que, el accionar en la esfera de los intereses privados basado en la autonomía de la voluntad, que se refleja en toda la actividad particular, está reconocida por el Estado pero, al mismo tiempo, es el propio Estado el que, pese a esa naturaleza, le impone límites sustentado en el concepto de orden público y en ese sentido, como señala DE BARTOLOME

CENZANO²¹⁶, la autonomía de la voluntad es definible en la medida que lo sea su límite, esto es, el orden público. En ese mismo orden, señala la importancia de determinar en qué consiste ese límite y, para explicarlo, se vale de dos posiciones doctrinales²¹⁷:

La primera es la dirección positiva que justifica las reglas del orden público en la propia ley y, por lo mismo, la característica principal es la de su legalidad. La configuración de las leyes de orden público son imperativas y prohibitivas, mismas que no pueden ser desconocidas por los particulares.

La otra dirección doctrinal es la extrapositiva, “que parte del principio de la existencia de un principio limitado de la autonomía de la voluntad que bien puede encontrarse fuera de todo texto legal”. En ese sentido el orden público sería un mecanismo jurídico de aplicación jurisdiccional “cuya función última consiste en velar por el interés general limitando cualquier voluntad privada que atente contra este interés”. Según esta línea doctrinal, es al juez a quien le corresponde la determinación del orden público, es decir, determinar frente a hechos concretos si las necesidades sociales deben oponerse a la voluntad de los individuos, pero tampoco es libre de aplicar a su antojo el concepto de orden público, sino tendrá en cuenta la conciencia de los caracteres esenciales de la noción del derecho tal y como aparece en su grupo.

Con relación al tema BARONA VILAR²¹⁸ considera que el orden público es un límite al principio de autonomía de la voluntad de las partes y que ello obedece al respeto debido a los intereses generales que se imponen a los privados de las partes, consideración ésta que la sustenta en Sentencias del Tribunal Supremo²¹⁹ en las que extracta diciendo que lo convenido entre

²¹⁶ DE BARTOLOME CENZANO, José Carlos: *El Orden Público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 273.

²¹⁷ *Ult. Cit.*, pp. 290 – 293.

²¹⁸ BARONA VILAR, S., (Coord.): *Comentarios a la Ley de arbitraje*, 2º edición, cit., p. 1741 – 1742.

²¹⁹ Menciona las SSTs de 26 de abril de 1995, 26 de septiembre de 2006 y 7 de junio de 2006.

partes: “no podría quedar afectado por el límite de la autonomía privada, libertad contractual que establece el artículo 1255 bajo la expresión ‘orden público’. Concepto de gran dificultad e imprecisión que no es exactamente coincidente con el de norma imperativa, especialmente por cuanto muchas normas imperativas no se refieren ni a la ‘organización de la comunidad ni a sus principios fundamentales y rectores’ y porque en determinadas materias comprendidas dentro del ámbito señalado no se requiere un carácter imperativo expreso para que queden sustraídas a la disponibilidad de los particulares, como ha señalado la más autorizada doctrina. No hay desde luego, un precepto imperativo que pueda haber sido infringido por efecto del pacto discutido (art.6.3 CC)...”.

En ese sentido, el orden público expresado a la par del artículo 1255 CC como límite de la autonomía de la voluntad no puede tener otra significación que la de establecer un límite a la autonomía de la voluntad bajo el marco de los derechos reconocidos en la CE como única norma que puede condicionar los alcances de la Ley, es decir, que aquel límite impuesto está referido a materias, entre otras, a la dignidad de la persona, derechos fundamentales y libertades.

3. La jurisprudencia en torno al orden público

Ha sido de mucho interés la doctrina que el TC, además de otros tribunales, ha venido desarrollando a través de sus fallos en el ámbito específico del arbitraje y muy especialmente en lo relativo a la consideración misma del orden público como motivo de nulidad del laudo arbitral.

3.1. La interpretación de los límites de los derechos fundamentales

El análisis jurisprudencial parte de la premisa de precisar que el orden público es inherente a la existencia misma de un Estado de Derecho, principio éste contenido en el artículo 1º de la CE²²⁰.

Los alcances del concepto de Estado de Derecho no sólo se caracteriza por la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos al ordenamiento jurídico vigente (en el que impera la ley o donde rige el principio de legalidad que funciona a través de los cauces establecidos en la legislación vigente), sino por su vinculación a un ordenamiento superior en que se consagran y garantizan unos valores (derechos y libertades públicas) que, desde el punto de vista moral y político, se consideran básicos para la convivencia humana y la consecución de la paz social.

El principio de legalidad constituye el soporte básico de ese Estado de Derecho consagrado en el artículo 9.1 CE al establecer: “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”. Se trata de una manifestación del principio general de imperio de la ley, según el cual todos (gobernantes y gobernados) se encuentran sujetos a la Constitución y la ley y únicamente en virtud de ella adquieren legitimidad sus actuaciones (principio de legalidad) y, por lo mismo, el principio de legalidad se constituye en el pilar básico del Estado de Derecho y soporte del principio de seguridad jurídica.

DE BARTOLOME CENZANO²²¹, afirmando que el orden público es un límite de los derechos fundamentales, sostiene que el operador jurídico debe intentar su interpretación y aplicación, inmediata o mediata, desde la propia Constitución, a través de los derechos, principios y valores que se derivan de

²²⁰ El artículo 1 numeral 1) de la CE dice: “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”.

²²¹ DE BARTOLOME CENZANO, José Carlos: *El Orden Público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 67 – 70.

aquella. Este entendimiento resulta de considerar a la Constitución una auténtica norma jurídica de la que resulta obligatoria la aplicación inmediata de los derechos fundamentales y libertades públicas y de los derechos de los ciudadanos, éstos últimos inmediatamente aplicables en bloque²²². No concibe esa labor interpretativa desde otra perspectiva pues dice: “Si la interpretación tomase como puntos de referencia valores o principios diversos a los que inspiran y en los que se fundamentan jurídicamente o constitucionalmente los derechos limitados, se estaría creando sin duda una nueva sub-norma de contenido distinto sobre ese derecho o su límite”. Cierra su análisis advirtiendo que no debe inferirse que, tales argumentos son los que sirven como puntos de referencia para la labor interpretativa, afirmación que la sustenta en la STC de 8 de abril de 1981²²³ que estableció la teoría general de los límites a los derechos fundamentales.

²²² Esta afirmación la sustenta en la STC 80/1982, de 20 de diciembre: “si es cierto que tal valor (aplicación inmediata) necesita ser modulado en lo concerniente a los artículos 39 al 52 en los términos del artículo 53.3 de la CE, no puede haber duda a propósito de la fuerza vinculante inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los artículos 14 al 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del artículo 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo ‘vinculan a todos los poderes públicos’. Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse sólo por ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial implican que esos derechos ya existen con carácter vinculante para todos los poderes públicos”. <http://www.tribunalconstitucional.es> Buscador de Jurisprudencia (Boe No.13, de 15 de enero de 1983).

²²³ <http://boe.vlex.es> En el FJ Siete de la STC de 8 de abril de 1981 del Pleno del TC, referida a la teoría general de los límites de los derechos fundamentales dice: “Tampoco puede aceptarse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución solo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la norma fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el Derecho Constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución esta expresión se entiende como derivación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”.

3.2. Orden Público, Derechos Fundamentales y libertades públicas

El TC ha interpretado que no cualquier infracción de norma imperativa puede dar lugar a la nulidad de una resolución bajo el argumento de infracción del orden público y más bien éste debe referirse a infracciones de orden constitucional, con los derechos fundamentales y libertades públicas, en especial, con las garantías que hacen al contenido del artículo 24 de la CE.

En la STC 43/1986 de 15 de abril de 1.986 en su fundamentación CUARTA señala: “Antes de la entrada en vigor de la Constitución, la LEC y la doctrina jurisprudencial han venido denegando el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras contrarias al orden público del foro. Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los jueces y tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art.24 de la C.”.

Es a partir de esta sentencia en que se viene construyendo la jurisprudencia acerca de los alcances del orden público respecto de lo cual algunos autores²²⁴ las han clasificado como “orientación estricta, amplia y

²²⁴ GARBERI LLOBREGAT, José, BUITRON RAMIREZ, Guadalupe: *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Amplia selección de jurisprudencia y legislación complementaria*, Ed. Colex, Madrid, 2006, pp. 497 – 506. Los autores hace la siguiente relación de jurisprudencia: Por la Orientación estricta: SAP Madrid de 10 de abril de 1992, ATC 116/1992, de 4 de mayo, SAP Madrid (Sección 10º), 17 de octubre de 1995, SAP Valencia (Sección 8º) 9 de noviembre de 1998, SAP Valencia (Sección 6º) 12 de enero de 2000, SAP Madrid (Sección 9º) de 5 de diciembre de 2000, SAP Orense (Sección 2º) de 10 de enero de 2001, SAP Madrid (Sección 11º) 12 de marzo de 2001, SAP Castellón (Sección 1º), 14 de noviembre de 2001. Por la Orientación amplia: SAP Madrid 22 de septiembre de 1992, SAP Zaragoza 27 de mayo de

amplísima” en consideración al acercamiento o desmarque de la resolución de 15 de abril de 1986. La concepción estricta desarrollada por la jurisprudencia de las AAPP no se apartó de la inicial idea reducida a los alcances del artículo 24 CE y no otros principios fundamentales no amparados. La orientación amplia lo constituyen aquellas resoluciones donde ya se asume una posición más acorde con los lineamientos que el legislador de la LA 36/1988 predica en la Exposición de Motivos respecto del orden público, abarcando la totalidad de los derechos fundamentales y libertades públicas establecidas en la CE. Y, finalmente, la orientación amplísima involucra en los alcances del orden público a la totalidad del ordenamiento jurídico²²⁵.

3.3. La indeterminación del concepto

Otra constante en la jurisprudencia -sea del TC, TS o AAPP y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades- y también de la doctrina, es que en los intentos de conceptualizar el orden público se ha concluido de que se trata de un concepto jurídico indeterminado.

Al respecto, consideramos que el orden público es un concepto que dará mucho que hablar todavía, pues lo que se ha hecho hasta el momento es dar pautas generales de lo que en un momento o respecto de una materia específica puede significar pero que, en definitiva, no se ha llegado a determinar un concepto que pueda abarcar todas las variables que implica, no por nada hasta el momento encontramos una serie de calificativos y frases relacionadas con ese intento, como ser: “concepto indeterminado”, “más fácil es sentirlo que

1994, SAP Burgos (Sección 2º) 7 de octubre de 1999, SAP Madrid (Sección 14º) 26 de mayo de 2000, SAP Madrid (Sección 11º) 17 de enero de 2003. Por la Orientación Amplísima: SAP Alicante (Sección 4º) 22 de septiembre de 1999, SAP Burgos (Sección 3º) 27 de septiembre de 1999, SAP Guipúzcoa (Sección 3º) 12 de junio de 2000, SAP Valencia (Sección 6º) 6 de febrero de 2002, SAP Madrid (Sección 11º) 10 de julio de 2003.

²²⁵ GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, cit. pp. 1010 – 1013.

definirlo”, “es un suplicio para la inteligencia”, “*concepto de gran dificultad e imprecisión*”, etc.

CADARSO PALAU²²⁶, en ese intento de conceptualizarlo, habla de una situación “*exasperante*” por la dificultad de su definición y concreción, dado su carácter pluridimensional con lo que pretende significar las orientaciones que la doctrina ha venido desarrollando para explicar los alcances del orden público y menciona: Una vertiente política, moral o social, frente a una vertiente económica; un orden público de dirección frente a otro de protección; una dimensión de Derecho público y otra de Derecho privado; de un orden público material y un orden público procesal; de un orden público interno y otro internacional. Esta situación descrita también viene reflejándose en la jurisprudencia no solo de las AA.PP., sino también en la del TC y el TS.

Más recientemente, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades, ahora con competencia para conocer la acción de anulación de laudos arbitrales, también sustentan esa posición de indeterminación del concepto cuando les corresponde pronunciar resolución dentro de una acción formulada con base en infracción del orden público. Por todas, el FJ Séptimo de la STSJ CV No.13/2013²²⁷, de 31 de octubre.

²²⁶ CADARSO PALAU; Juan: “Motivos”, en GONZALES SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, cit., p. 436.

²²⁷ <http://www.poderjudicial.es> Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia. El FJ Séptimo de la STSJ CV No.13/2013, de 31 de octubre, en su punto 1º, dice: “1º. Como concepto jurídico indeterminado que es, el orden público resulta figura confusa y de difícil concreción. Tradicionalmente ha venido unida al conjunto de valores que, considerados intangibles, constituyen el fundamento de una sociedad soberana en un momento y una realidad histórica determinada. En la actualidad, sin embargo, dichos principios tienen naturaleza constitucional y han de identificarse con los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución Española”.

3.4. La anulación del laudo por infracción al orden público implica ingresar a considerar el fondo del pronunciamiento.

CAMPO VILLEGAS²²⁸ hace referencia a que, cuando se trata de una pretensión de anulación del laudo por ser contrario a norma imperativa o al orden público, la acción de anulación tiene un tratamiento especial pues, en tal caso, la Audiencia (ahora el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad, en sus Salas de lo Civil y de lo Penal según modificación contenida en la Ley 11/2011) deberá ingresar a analizar el fondo del asunto, situación diferente a los cuatro primeros incisos del artículo 41 LA por cuanto, en éstos, únicamente se limitan a analizar la concurrencia o no de infracciones de las formas que prevé cada una de ellas.

En ese mismo sentido se manifiesta CADARSO PALAU²²⁹, cuando sostiene que el hecho de que cualquier infracción de norma no sea revisable por vía de este motivo no implica que la contravención del orden público no suponga un control de fondo, aunque restringido.

Entendemos que ese ingreso al análisis del fondo del contenido del laudo no implica que la jurisdicción ordinaria se manifieste sobre la justicia o injusticia de lo resuelto por los árbitros, por cuanto la acción de anulación no es un recurso; más bien ese análisis del contenido del laudo estará orientado a establecer sí, como denuncia la parte, es contrario al orden público.

Al respecto y como sostiene CAMPO VILLEGAS²³⁰, en el artículo 41.1.f LA no se dice que el laudo será nulo por haberse pronunciado en áreas trabadas por el orden público sino más bien, es nulo cuando el laudo es

²²⁸ CAMPO VILLEGAS, Elias: “I. Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, Tribunal Arbitral de Barcelona, Ed. Bosch, No.7, año 2006, p. 76.

²²⁹ CADARSO PALAU; Juan: “Motivos”, en GONZALES SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, cit., p. 437.

²³⁰ CAMPO VILLEGAS, Elias: “I. Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, Tribunal Arbitral de Barcelona, cit., p. 76.

contrario a ese orden público. Nosotros agregamos a ello que no bastará aquella determinación sino que será necesario el análisis del contenido del laudo, solo así se podrá establecer si en ese laudo se han cometido infracciones al orden público.

4. Precisiones conceptuales delimitadoras del motivo en análisis

Consideramos que, el análisis doctrinal y jurisprudencial anteriormente referido nos permite esbozar algunas precisiones que son necesarias a la hora de referirse al orden público, principalmente, en el tratamiento del mismo como motivo de anulación.

4.1. Marco conceptual de la acción de anulación como elemento delimitador del concepto de orden público

Como señaló en su día BARONA VILAR²³¹ al comentar la LA 36/1988, el denominado “recurso de anulación” no era tal, sino más bien un medio de impugnación extraordinario de carácter rescindente cuyo objetivo era únicamente el de anular un laudo si se demostraba alguno de los motivos que dicha LA preveía expresamente.

Ha sido muy profusa la crítica a la dicción de la Ley arbitral derogada y, ha sido un alivio que el legislador de la Ley 60/2003, de arbitraje, se haya hecho eco de la doctrina y jurisprudencia sobre el particular. Es en esa dirección en la que el legislador ha previsto, en el artículo 40 LA, el único medio de impugnación al cual pueden acudir las partes que han intervenido en un proceso arbitral. Siendo así, los motivos invalidantes del laudo se mantienen en un elenco tasado y no pueden ser otros que los que ahí se describen como guardianes, principalmente, de las formas procesales del sistema de arbitraje.

²³¹ BARONA VILAR, Silvia: *Recurso de anulación del laudo arbitral*, cit., pp.117 a 118.

Es esa la línea que nos señala la Exposición de Motivos cuando en el apartado VIII, luego de reconocer que se evita la expresión “recurso”, admite que esa expresión resultaba técnicamente incorrecta dando plena razón a la doctrina y jurisprudencia, y señala: “Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros”.

Dentro de los alcances del motivo relativo a la infracción del orden público no pueden contemplarse aspectos que las partes, en virtud a su poder de disposición, han decidido sustraer del ámbito jurisdiccional y además, dada la naturaleza, de ninguna manera este motivo puede servir como un medio para que las partes pretendan que el tribunal que conozca la acción pueda rever lo resuelto por los árbitros so pretexto de haberse infringido el orden público aduciendo cualquier motivo, menos puede servir -como en su día señaló ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN²³² - como medio para obtener una resolución más “justa” por parte del tribunal arbitral.

En ese sentido y comentando la Ley de Arbitraje, la profesora BARONA VILAR²³³ sostiene que es inadmisibles pretender, a través de la acción de anulación, sustituir el criterio de los árbitros por el de los jueces, menos ser un control de la justicia o equidad de la decisión cuando ésta no afecta el orden público²³⁴.

²³² ALVAREZ SANCHEZ DE MOVELLAN, Pedro: *La anulación del laudo arbitral*, cit., pp. 372 – 373.

²³³ BARONA VILAR, Silvia: “Laudo Contrario al Orden Público”, en BARONA VILAR, Silvia (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2º edición, cit., p. 1747.

²³⁴ <http://www.poderjudicial.es>. Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia. Entre otras, la STSJ CV 14/2012, de 26 de abril, FJ Quinto. 4º. “Esta perspectiva cual, sin embargo, no llega al extremo de autorizar la sustitución del criterio arbitral por el del Juez competente para su enjuiciamiento.”.

4.2. *El orden público material y el orden público procesal*

Un aspecto que aporta mayores elementos para establecer el alcance del motivo en análisis es el referido al hecho de precisar si la Ley arbitral hace alusión al aspecto material o al aspecto meramente procesal, ello en razón de que como viene concebido el motivo en la Ley de Arbitraje podría pensarse que la vertiente procesal se encuentra implícita en los otros motivos que hacen referencia a dicho aspecto. Sin embargo, es ésta forma de concebir los motivos lo que nos conduce a concluir que el orden público como motivo de anulación no sólo que tiene su alcance en el ámbito procesal, sino también con el material.

En ese sentido y sobre la base de la naturaleza del único medio de impugnación, la vulneración del orden público previsto en la Ley de Arbitraje como motivo de anulación del laudo sólo puede ser concebido -conforme lo señala el TC- como la vulneración de los principios que la CE prevé en resguardo del orden constitucional, los derechos fundamentales y las garantías constitucionales y que tienen que ver tanto con la vertiente material como con la vertiente procesal.

Con relación a las nociones referidas, BARONA VILAR²³⁵ las definen en la forma siguiente: “Por orden público material se entiende 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 en un pueblo y en una época determinada. Desde un punto de vista procesal, el orden público se define como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal”.

²³⁵ BARONA VILAR, Silvia: (Coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje*, 2º edición, cit., p.1747.

La misma autora²³⁶, refiriéndose al ámbito material y dentro del contexto del orden público como motivo de anulación del laudo, señala: “...es indudable que puede hablarse de una vulneración del orden público material, en aquellos supuestos en que se está produciendo una vulneración de las normas de *ius cogens* sustantivas, que puede conformar esa parcela del derecho que exige la aplicabilidad de la norma imperativa”.

Por todas, transcribimos parte del fundamento TERCERO de la SAP de Madrid No.293/2009²³⁷, de 13 de julio, dice: “...el carácter amplio e impreciso de la noción de orden público aconseja una cautelosa aplicación de su concepto a casos concretos, pudiendo servir de orientación en cuanto a la determinación de su contenido, que está integrado básicamente por la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a través, fundamentalmente, del artículo 24 de la Constitución, y que en el ámbito de derechos de carácter material cristalizan en torno a los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos indispensables para la conservación de la sociedad en una época determinada y que son informadores de las instituciones jurídicas y esencialmente coincidentes con los principios generales del derecho, de aplicación acogida en el artículo 1º del Código Civil, y por extensión los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I de la Constitución Española”.

En ese sentido y como advierte la profesora BARONA VILAR²³⁸, sustentada en la jurisprudencia de las AA.PP., la anulación solo puede referirse a errores *in procedendo* y que la cuestión de fondo solo es posible atacarla indirectamente en función de una posible anulación de índole garantista “...puesto que la impugnación por violación de las reglas de derecho sólo es

²³⁶ Ult. Cit., pp.1748 – 1749.

²³⁷ <http://www.poderjudicial.es> Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia.

²³⁸ Ult. Cit., pp. 1745 – 1746. Al respecto, menciona: SAP de Madrid de 10 de febrero de 2003, SAP de Toledo de 15 de octubre de 2009, SAP de Madrid de 30 de septiembre de 2010.

consentida a través de la propia inobservancia de las garantías que en la emisión del laudo deben observar los árbitros en cuanto al respeto al orden público y a los puntos no sometidos a decisión arbitral”.

4.3. Derechos, garantías y principios cuya infracción conlleva vulneración del orden público

En el concepto de orden público quedan inmersos un conjunto de valores y principios supremos configurados en el sistema que contempla la CE, necesarios para la convivencia y paz social, como requisitos esenciales del orden público dentro de un Estado de Derecho.

Aunque a lo largo del análisis de los alcances del sub motivo hemos venido exponiendo los alcances del concepto de orden público, pues en concreto ese es el objetivo, aquí concluimos diciendo que, el motivo de anulación en análisis tiene cabida cuando se compruebe que en el proceso arbitral se han vulnerado aquellos derechos y garantías reconocidas por el Título Primero de la CE.

BARONA VILAR²³⁹, sobre la base de la jurisprudencia, expone un elenco de supuestos que conlleva vulneración del orden público al tiempo que advierte que será la casuística la que ira delimitando otros supuestos concretos: Señala dentro de ese alcance, la vulneración de los principios de audiencia, contradicción e igualdad previsto en el artículo 24 LA, y aunque podría incardinarse a través del motivo por infracción del procedimiento, implica vulneración del orden público si se afecta a los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo II del Título I CE. También señala que se produce vulneración del orden público cuando no se ha integrado la relación jurídica procesal dentro del proceso. En materia probatoria hace referencia a que la actividad probatoria debe estar vinculada a los mismos

²³⁹ Ult. Cit., pp. 1748 – 1761.

principios e implicaría vulneración del orden público si, en esa actividad, por ejemplo, se ha admitido prueba ilícita o cuando la prueba ha sido valorada con infracción de los principios referidos y, en especial, cuando la parte o las partes no han intervenido en la actividad probatoria. Especial referencia es la falta de motivación del laudo pues, conforme a la modificación introducida como efecto de la Ley 11/2011 (artículo 37.4 LA), éste tiene carácter obligatorio, sea si se trata de arbitraje de derecho o de equidad.

5. Efectos de la sentencia que estima la pretensión anulatoria

Si se acoge la pretensión anulatoria porque los árbitros han resuelto con infracción del orden público, es decir, con infracción de derechos y garantías reconocidas en la CE, todo el proceso arbitral, que pudiera haberse tramitado correctamente, carece de validez. No significa que el convenio deje de tener virtualidad pues, lo que ocasiona la anulación tiene que ver con la actividad decisoria de los árbitros, no con el accionar de las partes. Supone ello que éstas últimas pueden volver a formular la pretensión anulatoria.

CAPÍTULO CUARTO. MOTIVOS DE ANULACIÓN RELACIONADOS CON LA INFRACCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

La característica de coincidencia de los motivos que ocupará este capítulo es el hecho de precautelar el procedimiento arbitral adoptado por acuerdo de las partes y/o las normas de la Ley de Arbitraje, estos son:

1°. El motivo previsto en el artículo 41.1.b) LA: *“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”*.

2°. El motivo previsto en el artículo 41.1.d) LA: *“Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contraria a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley”*.

En ambos motivos es la forma en la cual se ha llevado adelante el arbitraje lo que se cuestiona, entendiéndose por ello el desarrollo del procedimiento a través de las distintas actuaciones arbitrales, ya porque los actos de comunicación no se han cumplida debidamente o ya porque el sistema del proceso de designación de árbitros o el mismo procedimiento arbitral adoptado, no se han cumplido.

I. LA ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL POR 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 (ARTÍCULO 41.1.b. LA)

Este motivo de anulación ha sido tomado por el legislador del texto que prevé la Ley UNCITRAL en su artículo 34, numeral 2) inciso a) punto ii). La referida norma modelo concretamente establece:

“...2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando: a) la parte que interpone la petición pruebe: (...) ii) 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...”

En principio, podemos advertir la presencia de dos situaciones que deben tomarse en cuenta, una consecuencia de la otra: El motivo hace referencia al acto de notificación, ya referida a la designación de un árbitro o ya referida a otras actuaciones arbitrales y, además, aquella situación en la que se encuentra la parte que, por cualquier otra razón, no ha podido hacer valer sus derechos.

De lo dicho sostenemos, en principio, que el motivo que ingresamos a analizar tiene dos componentes claramente establecidos e íntimamente ligados a la proscripción de la indefensión.

El primero es específico y se refiere exclusivamente a una determinada actuación arbitral: La falta de notificación con la designación de un árbitro o con las actuaciones arbitrales. En ese sentido adquiere relevancia el sistema de notificaciones y comunicaciones que contempla el artículo 5 LA.

El segundo es genérico y se refiere a todos aquellos casos en los que la parte no ha tenido la oportunidad de ejercer a plenitud los derechos que le asiste a toda persona involucrada en un proceso arbitral.

Por ello, antes de ingresar a establecer los alcances del motivo de análisis, conviene referirnos a la proscripción de la indefensión, implícitamente contenida en la norma, y al sistema de comunicaciones y notificaciones que prevé la Ley 60/2003, de arbitraje.

1. Ejercicio pleno de los derechos reconocidos a las partes en el proceso arbitral

En esencia, los alcances que visualizamos a través de este motivo de anulación, independientemente de las específicas variables que menciona la norma, se orientan principalmente a precautelar el ejercicio pleno de los derechos de las partes que, por virtud de su propia voluntad, se ven involucrados dentro de un proceso arbitral; pero sobre todo, hacer prevalecer la prohibición de la indefensión.

1.1. Consideraciones generales

Tratándose de un proceso arbitral e independientemente de que aquel es producto de la voluntad de las partes, significa que ciertos derechos relacionados con esta clase de procesos, están por encima de aquella voluntad y que por ello, son indisponibles y su observancia, además de la acción que prevé la Ley de Arbitraje, se precautela constitucionalmente.

Como dijimos, el concepto de indefensión está inmerso en los aspectos que prevé el motivo de nuestro análisis y, como puede advertirse, tienen en común que el derecho fundamental a la defensa de alguna de las partes, ha sido conculcado y, por lo mismo, el laudo que se pronuncia en su día, está afectado por el motivo de anulación concreto.

La vulneración del derecho de defensa dentro de un determinado proceso significa que la parte no tiene oportunidad de hacer valer sus derechos, es decir, se encuentra en estado de indefensión. En términos simples, se entiende por indefensión aquella situación en que se encuentra una persona que no ha tenido oportunidad de defenderse, dentro de un proceso judicial o arbitral, por razones no imputables a ella y que, por lo mismo, no ha podido hacer valer sus derechos. Más adelante veremos la posición adoptada por el TC y la doctrina acerca de este concepto.

Desde otro punto de vista, la invocación de la anulación de un laudo a través de la acción que prevé la normativa arbitral, implica que el proceso arbitral se ha tramitado y ha concluido con el pronunciamiento del laudo que dilucida la controversia. Significa entonces que los fundamentos del motivo o, dicho de otro modo, los presupuestos que configuran el motivo en análisis, se encuentran en las actuaciones arbitrales realizadas dentro del proceso.

En efecto, cuando la norma le impone a la parte que, para invocar este motivo de anulación, debe alegar y probar, está haciendo referencia, en principio, a una actuación específica y luego a las demás actuaciones arbitrales que se han realizado en el proceso, concretamente se menciona:

1°. A que alguna de las partes no ha sido debidamente notificado de la designación de un árbitro. Como dijimos, este es el caso específico y, por lo mismo, para establecer los alcances necesariamente debe tenerse presente el sistema de notificaciones y comunicaciones, entre éstas, el que las partes han podido adoptar y, en su defecto, aquella normativa prevista en el artículo 5 LA. Pero además, en este caso se debe tener en cuenta toda aquella normativa relacionada con la designación de árbitros que también las partes pudieran haber adoptado, o las que prevén la institución administradora del arbitraje y, por último, el que prevé la normativa del arbitraje.

2°. Y en general, la norma también hace referencia a todas las actuaciones arbitrales respecto de las cuales también se ha puesto en estado de indefensión a alguna de las partes como efecto de la falta o la indebida notificación o comunicación; también en este caso se deberá tener presente si esas actuaciones arbitrales provienen de un procedimiento adoptado por las partes o la de la institución arbitral o, por último, el que prevé la Ley de Arbitraje.

Pero además, como tenemos mencionado, el motivo en análisis hace referencia a aquella situación en que alguna de las partes no ha podido hacer valer sus derechos por cualquier otra razón. En este caso, entendemos que la

norma no está haciendo referencia a la específica variable de la falta de notificación o comunicación, aunque puede también ser consecuencia de ello, sino más bien está haciendo alusión a cualquier otra situación generadora de un impedimento, no atribuible a la parte, que le ha colocado en una situación de no haber podido ejercer sus derechos que le son inherentes a su condición de parte dentro del proceso arbitral. En este sentido la norma además se entronca con lo que prevé el artículo 24 LA, donde se dispone que en el proceso arbitral, *“deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”*. Significa entonces que no solo el derecho de defensa cobra virtualidad en el motivo de análisis, sino además, como señala esta norma, los principios de igualdad, audiencia y contradicción también tienen relevancia a la hora de establecer si los presupuestos del motivo están presentes pues, como puede advertirse, la última parte del artículo 24 LA antes referido -*“...hacer valer sus derechos”*- prácticamente se replica en la última parte del artículo 41.1.b LA cuando dice: *“...no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”*.

1.2. Proscripción de la indefensión

En el artículo 24 CE encontramos dos derechos relacionados con la proscripción de la indefensión y que textualmente dice: *“1. todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Así mismo, todos tienen derecho (...) a la defensa y...”*.

No podemos dejar de considerar esta normativa constitucional por cuanto, sobre la base de la misma, se ha desarrollado la doctrina y la jurisprudencia del TC sobre la proscripción de la indefensión y que, una de las premisas resulta ser precisamente la falta o el defectuoso acto de comunicación o notificación en que se hubiera incurrido.

Desde nuestro entender la indefensión a la que hace referencia la norma constitucional contenida en el artículo 24 CE, puede concebirse desde dos perspectivas: Una relacionada con el derecho a la tutela judicial efectiva y otra con la vulneración del derecho de defensa.

Una es aquella situación descrita en el artículo 24.1 CE, que es genérica y pensada para aquellas circunstancias en que una persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, no ha obtenido la tutela judicial por motivo imputable al órgano jurisdiccional y que, por ello, ha sufrido indefensión; la otra, la del artículo 24.2 CE, es concreta y se entiende que es aquella que se produce dentro de un determinado proceso donde por uno u otro motivo se ha vulnerado el específico derecho de defensa que le asiste a toda persona involucrada en un proceso.

Ha sido la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional las que han venido desarrollando un análisis acerca de los alcances de esta normativa relacionada con el referido derecho reconocido por el artículo 24 de la CE²⁴⁰. CHAMORRO BERNAL²⁴¹ desglosa los alcances de este derecho en lo que él denomina “el cuádruple contenido del derecho a la tutela judicial”, y dice: Implica un derecho de libre acceso a la jurisdicción y al proceso; la prohibición de indefensión; el derecho a obtener una sentencia que ponga fin al proceso y el derecho a la efectividad de la tutela judicial.

Por su parte, con distintos matices, el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando su jurisprudencia en torno al artículo 24 CE y, más concretamente, con el tema de la indefensión. Ha comenzado haciendo una distinción entre lo que es la indefensión material o jurídico constitucional, para

²⁴⁰ La Constitución Española (CE), aprobada por el Congreso Español el 31 de octubre de 1978, Ratificado por Referendum de 6 de diciembre de 1978 y sancionada el 27 de diciembre de 1978, en el artículo 24.1.- dice: “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

²⁴¹ CHAMORRO BERNAL, Francisco: *La Tutela judicial efectiva*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 9.

referirse a aquella infracción que produce efectos contrarios a las posibilidades de defensa de quien la invoca y, por otra parte, se refiere a la indefensión formal o procesal que se produce por infracción de normas de índole procesal²⁴².

Y ello tiene sustento en la propia redacción de la norma pues, como puede apuntarse, en ambos numerales se hace mención al derecho de defensa y entonces, el sentido de uno y otro no puede ser el mismo por cuanto ello no tendría utilidad práctica. Sobre el particular CHAMORRO BERNAL²⁴³ nos expone sus razonamientos con los cuales compartimos y se resume en la pregunta que él mismo se hace: ¿qué necesidad hay de incluir ese derecho de defensa también en el art.24.1 CE? Dicho autor explica la aparente duplicidad partiendo del hecho de que “...no puede concebirse que un Juez o Tribunal pueda otorgar la tutela efectiva que exige el art.24.1 CE sin haber respetado el principio de contradicción, sin un debate, sin una controversia entre las partes, es decir, sin que éstas hayan ejercitado su derecho de defensa. No sería un verdadero proceso aquel en el que no existiera contradicción y sin ese requisito, la resolución que finalmente recayera no otorgaría una verdadera tutela judicial efectiva. Esta es la explicación de la aparente duplicidad y de la complementariedad de los párrafos primero y segundo del art.24 CE en el tema del derecho de defensa: en el art. 24.1 se exige el principio de contradicción (la posibilidad de que las partes, en la forma que sea, puedan defenderse, o dicho con otras palabras, la prohibición de que se impida totalmente la defensa) y en el art.24. 2 CE se especifican las concretas materializaciones de ese principio”.

²⁴² <http://www.tribunalconstitucional.es> Buscador de Jurisprudencia: STC 15/1995, de 24 de enero.

²⁴³ CHAMORRO BERNAL, Francisco: *La tutela judicial efectiva*, cit. pp. 122 – 123.

1.3. El Derecho de Defensa

Para establecer los alcances de lo que constituye el motivo de anulación que analizamos, necesariamente debemos referirnos al Derecho de Defensa, que también resulta ser una garantía, consagrado en el artículo 24 CE. En la doctrina mucho se ha dicho respecto a este derecho, de ahí que pasemos a referirnos a algunos conceptos que nos ayudarán a precisarlo aún más.

CORREA HENAO²⁴⁴ clasifica el derecho de defensa entre los principios del derecho procesal y lo define de la siguiente manera: “Derecho de Defensa: esta garantía, que también es genérica, consiste en la facultad de una persona de poderse defender, conociendo para ello los cargos y pruebas en su contra, teniendo acceso al expediente, presentando argumentos y pruebas a su favor, impugnando decisiones, teniendo defensa técnica y contando en general con los demás mecanismos de defensa”.

DEVIS ECHANDIA²⁴⁵, refiriéndose a éste derecho como un principio, viene a señalar: “En materias civiles tiene este principio tanta importancia como en las penales, pues la defensa del patrimonio y de la familia es tan necesaria como la de la propia libertad física. De él emanan dos consecuencias: la sentencia proferida en un proceso sólo afecta a las personas que fueron parte en el mismo, o a quienes jurídicamente ocupen su lugar, y debe ser citado el demandado de manera necesaria para que concurra a defender su causa. Absurdo sería imponer pena o condena civil a quien no ha sido parte en el proceso en que la sentencias se dicta”.

El TC ha reconocido que el derecho de defensa constituye parte integrante del debido proceso. Así se manifiesta en uno de los fundamentos, entre otras, de la STC 74/1984²⁴⁶, de 27 de junio. Pero además el TC ha

²⁴⁴ CORREA HENAO, Néstor Raúl: *Derecho procesal de la acción de tutela*, Ed. Fundación Cultural Javeriana, Bogotá, 2001, pp.55 – 58.

²⁴⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando: *Teoría General del Proceso*, cit., p.57.

²⁴⁶ <http://www.tribunalconstitucional.es> Buscador de Jurisprudencia: La STC 74/1984, de 27 de junio, en el FJ Segundo dice: “Los derechos al proceso debido y a la defensa dentro de él

sostenido que no solo hay indefensión en caso de imposibilidad, sino siempre que haya una disminución indebida de las posibilidades legales de defensa, suponiendo menoscabo de su posición procesal, produciendo no solo indefensión formal, sino una verdadera indefensión material²⁴⁷.

Este no es un derecho exclusivo de alguna de las partes que se encuentran ligadas a un determinado proceso, o más precisamente, no es un derecho exclusivo de parte demandada, es más bien un derecho que le asiste a ambas en virtud del principio de contradicción. Por lo mismo es un derecho que garantiza la postura asumida por cada una de las partes, sea del demandante como del demandado en esa realidad que es el proceso. Aunque este derecho adquiere especial relevancia al inicio debido a la posibilidad real que le asiste al demandado instado por el demandante, ese mismo derecho de defensa también le asiste a éste último por cuanto garantiza la legalidad del procedimiento que se traduce cuando ambas partes ejercen a plenitud y en iguales posibilidades sus alegaciones y réplicas. En otras palabras, las argumentaciones relacionadas con las pretensiones de ambas partes, por virtud de este derecho, pueden ser rebatidas mutuamente dentro del proceso.

Pero además dijimos que también constituye una garantía. En este caso ya no se toma en cuenta a las partes de un determinado proceso sino que el amparo es a los derechos que la CE reconoce a toda persona. GOZAINÉ nos grafica los alcances de la palabra “tutela” diciendo que puede entenderse a aquella posición que se asume en defecto de incapacidad o, de otra parte, implica proteger o defender a una persona y dice que, si a ello se agrega lo

exigen, entre otras manifestaciones, la de tener que llamar como parte en cualquier procedimiento a toda persona legitimada para ello, por poseer derechos o intereses legalmente otorgados para constituirse en parte procesal, y poder oponerse contradictoriamente a las pretensiones adversas a través de la dialéctica jurídica y de las justificaciones oportunas, por exigirse la constitución adecuada de la relación jurídico – procesal entre las partes que tengan que ser genuinos e idóneos demandantes y demandadas, en atención al derecho material debatido, en el conflicto intersubjetivo de intereses”.

²⁴⁷ <http://www.tribunalconstitucional.es> Buscador de Jurisprudencia: SSTC 9/1982, de 10 de marzo; 98/1987, de 10 de junio; 109/1985, de 8 de octubre.

“judicial”, significa que la defensa será protegida o garantizada por una autoridad judicial. Así se pone de manifiesto la consagración constitucional porque muestra el nacimiento de un derecho propio de la persona y donde el Estado está obligado a precautelar a través de sus órganos jurisdiccionales. En este contexto, la defensa de los derechos no solo tiene virtualidad respecto de las partes de un determinado proceso sino que protege a aquellos que deben o debieran estar en el proceso e incluso a aquellos que les llega el denominado “efecto reflejo” de una resolución judicial²⁴⁸.

En el sentido antes expuesto, podríamos entender la jurisprudencia desarrollada por el TC relacionada con la indefensión material y la indefensión procesal, es decir, la denominación de “derecho de defensa” se adecua al concepto de indefensión procesal y, la denominación de “garantía de defensa”, al concepto de indefensión material.

Coincidentemente CHAMORRO distingue entre lo que es “indefensión propia”, aquella que se produce dentro de un proceso y que ocasiona perjuicio a la parte; e “indefensión impropia”, caso en el cual se alude a un perjuicio y que, cuando no se permite el acceso al proceso, lo que se produce es falta de tutela y no indefensión²⁴⁹.

1.4. La formulación de la norma y la indefensión que proscribe el motivo en análisis

Dijimos que las variables componentes del motivo en análisis esencialmente son el sistema de notificaciones y comunicaciones, por una parte y, las actuaciones arbitrales subdivididas en dos aspectos.

Si el motivo de anulación del laudo se refiere a que “*no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro*” o “*de las actuaciones*

²⁴⁸ GOZAINÉ, Osvaldo Alfredo: *Derecho Procesal Constitucional. AMPARO*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 119.

²⁴⁹ CHAMORRO BERNAL, Francisco: *La Tutela Judicial Efectiva*, cit., pp. 112 – 114.

arbitrales” o por último “no ha podido por cualquier otra razón hacer valer sus derechos”, indudablemente que la redacción de la norma, nos ubica necesariamente dentro del desarrollo del procedimiento arbitral tomando en cuenta que su inicio está marcado por la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter a arbitraje la controversia suscitada conforme la norma del artículo 27 LA. Nótese que el motivo no hace alusión a una inicial citación sino más bien a situaciones sobrevinientes al inicio del arbitraje.

Ahora bien, si existe una norma expresa que marca el inicio del arbitraje y que a partir de ese momento pueden considerarse “actuaciones arbitrales” a todos aquellos actos realizados por las partes, debemos entender que los sub motivos de anulación -falta de notificación con la designación de árbitro o con las actuaciones arbitrales- tienen aquella característica y, por tanto, surge la interrogante: ¿Por qué la discriminación que hace la norma entre uno y otro sub motivo?

Para respondernos en principio debemos distinguir dos momentos específicos del desarrollo del arbitraje: El primero marcado por todas aquellas actuaciones que pueden denominarse preparatorias del procedimiento y, el segundo, el procedimiento arbitral propiamente dicho.

Dentro de los actos preparatorios o, como los denomina MUNNE CATARINA²⁵⁰, actos pre arbitrales, podemos incluir, en principio, el

²⁵⁰ MUNNE CATARINA, Frederic: *La Administración del Arbitraje*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002. El autor desarrolla todo un análisis relacionado con las actuaciones que él las denomina “prearbitrales” y sostiene que las actuaciones previas no se configuran como un proceso *strictu sensu*, sino más son una sucesión de actos previos regulados por la ley o por el Reglamento de la Institución administradora del arbitraje y que por ello, conjuntamente el procedimiento arbitral, integran el proceso arbitral. Sostiene que cuando las partes se someten la controversia a una administradora de arbitraje, el arbitraje está compuesto por dos procedimientos: Uno al que denomina prearbitral seguido ante el centro institucional donde se desarrollan los actos previos a través de resoluciones sobre la administración del encargo arbitral, integración de la voluntad compromisoria y la designa de árbitros que da lugar precisamente a la constitución del árbitro o tribunal arbitral; Otro, el procedimiento arbitral

requerimiento que hace una parte a la otra para someter a arbitraje la controversia, la designación de árbitros y todos aquellos actos relacionados con la integración del convenio arbitral como paso previo al ingreso al procedimiento arbitral propiamente dicho. Esta distinción o composición del arbitraje puede darse indistintamente en el arbitraje *ad hoc* o en el institucionalizado.

Sin inclinarnos en definitiva por ninguna de las posturas relacionadas con la distinción que hace el TC y la propia doctrina, si bien atendiendo al anterior análisis, consideramos que la proscripción de la indefensión a la que hace referencia el motivo de anulación que analizamos, es aquella que se produce *intra* proceso arbitral o, atendiendo a las distinciones, a la “indefensión procesal” o “indefensión propia” y, por lo mismo, se trataría de la vulneración del “derecho de defensa” constitucionalmente hablando.

Dijimos que el motivo de anulación en análisis tiene por finalidad última la proscripción de la indefensión, tomando en cuenta ese principio, podríamos responder a nuestro cuestionamiento en el sentido de que, los sub motivos inmersos en la norma adquieren virtualidad en momentos diferentes y por cuestiones también diferentes, ninguna más importante que la otra:

1°. Cuando el motivo proscriba la indefensión proveniente de una indebida notificación de la designación de un árbitro, entonces estamos ante una norma que precautela la correcta conformación de la relación heterocompositiva, o sea, el sub motivo de anulación está desplegando sus efectos en un momento previo al procedimiento arbitral propiamente dicho y, en ese sentido, advertimos que no solo una determinada actuación arbitral está de por medio sino es el propio sistema de arbitraje lo que se precautela, dado que, si no se notifica debidamente de la designación, entonces esa relación

seguido ante el árbitro o el tribunal donde se resuelve la controversia de las partes sometida a arbitraje y que concluye con el pronunciamiento del laudo. pp. 136 – 137.

heterocompositiva estará constituida irregularmente y el mismo desarrollo del procedimiento propiamente dicho carecerá de eficacia.

2°. Si el sub motivo de anulación proscribiera una indebida notificación de las “actuaciones arbitrales”, entonces la norma hace referencia a un momento específico del arbitraje: El desarrollo del Procedimiento Arbitral; y, en este sentido, lo que se precautela son los derechos de las partes de intervenir en las diversas actuaciones, ya planteando sus alegaciones, ya contradiciéndolas, proponiendo y practicando los medios probatorios y haciendo uso del derecho a emitir conclusiones, en suma, como señala el artículo 24 LA, garantiza el pleno ejercicio del derecho a la igualdad, audiencia y contradicción.

2. El régimen de comunicaciones y notificaciones

Nos vamos a centrar en analizar lo que la causal, en concreto, hace alusión al momento de establecer los presupuestos que deben concurrir para la procedencia de la misma como motivo de anulación del laudo arbitral. Es por ello que no vamos a desarrollar los conceptos relativos a los actos de comunicación en general que en doctrina se trata con amplitud; sí nos vamos a referir a los actos de notificación y de comunicación previstos en la Ley de Arbitraje para establecer sus alcances.

Corresponde sin embargo señalar que todo acto de notificación y comunicación resulta de suma importancia dentro de un proceso arbitral pues, lo contrario, significaría que las actuaciones procesales o las resoluciones, que en su día se adopten, resulten secretas para alguna de las partes a quienes se les impediría no sólo tomar conocimiento de una determinada actuación procesal, sino que se le coartaría el derecho a contradecir a su contraparte, vulnerándose los principios informadores del proceso arbitral, principalmente los principios de igualdad, defensa y contradicción. Así mismo, a través del cumplimiento cabal del sistema de notificaciones y comunicaciones, se proscribiera todo intento

o riesgo de indefensión y, en ese sentido, cobra virtualidad los alcances del motivo de anulación en análisis.

Por otra parte, la importancia de esta actuación procesal también radica en que sólo a través de una notificación correctamente realizada, puede llegarse a obtener una resolución con el sello de cosa juzgada pues si no existe esa diligencia o existiendo está viciada la cosa juzgada no puede producirse o puede ser cuestionada.

2.1. El concepto de “acto de notificación y comunicación” contenido en el artículo 5 de la Ley de arbitraje

CARNELUTTI²⁵¹, refiriéndose a las notificaciones, sostiene: “La notificación es actividad dirigida a llevar un objeto al conocimiento de persona diversa del actuante. En sentido amplio la notificación comprende la declaración (...); en sentido estricto se distingue de ella y consiste en una operación dirigida a poner la declaración en contacto con una persona en forma que se haga posible o probable su percepción; a fin de que tal operación se distinga de la declaración notificada es necesario o que el destinatario de la notificación no sea el destinatario de la declaración o que el autor de la primera no sea el autor de la segunda”.

PALACIO²⁵², por su parte, respecto a las notificaciones, señala: “Las notificaciones son los actos mediante los cuales se pone en conocimiento de las partes, o de terceros, el contenido de una resolución judicial. Tienen por objeto, fundamentalmente, asegurar la vigencia del principio de contradicción y establecer un punto de partida para el cómputo de los plazos”.

Comentando la Ley 60/2003, de arbitraje, BARONA VILAR señala: “El objeto de la notificación, desde la teoría general de los actos de

²⁵¹ CARNELUTTI, Francesco: *Instituciones del Proceso Civil*, volumen I., cit., p. 451.

²⁵² PALACIO, Lino Enrique: *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit., p.316.

comunicación, es dar noticia, y la misma versa sobre una resolución, una diligencia o una actuación²⁵³.

Atendiendo los anteriores conceptos y en la forma en que el legislador ha diseñado la norma en el caso concreto del artículo 5 LA, en principio, debemos tener presente que aquella referencia expresa y conjunta que prevé (notificación o comunicación) debemos entenderla en el sentido de que con ello se hace mención a un aspecto específico y a otro aspecto genérico. En efecto, al referirse a la utilización de ambos términos, FURQUET MONASTERIO²⁵⁴ manifiesta que es solo una opción legislativa y que las leyes procesales consideran a la notificación una variedad de comunicación caracterizada por limitarse a poner en conocimiento de un particular una resolución, diligencia o actuación; razonamiento que compartimos, por cuanto no encontramos otra explicación a la utilización conjunta de los términos “notificación o comunicación” como lo hace la norma.

Por otra parte, no debemos perder de vista el especial diseño de la norma en cuanto a opciones se refiere y que las analizaremos más adelante; En efecto, en principio el artículo 5.a LA menciona tres opciones para el cumplimiento del acto de notificación o comunicación, de los cuales, se entiende que el primero es un acto que debe producirse mediando la oficialidad, ya de la institución especializada del arbitraje o ya por la persona que cumple la función de secretario en un arbitraje *ad hoc*; en este caso particular, entendemos que la terminología correcta es la específica, o sea se trata de un acto de notificación; en cambio, en las otras dos opciones -léase por medios electrónicos o por carta certificada u otro medio previa indagación razonable- no se precisa la intervención directa de la oficialidad y, en ese

²⁵³ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): “*Comentarios a la Ley de Arbitraje*”, 1º edición, cit., p.1387.

²⁵⁴FURQUET MONASTERIO, Noelia: *Las comunicaciones procesales*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, p. 22.

sentido, la terminología genérica de “comunicación”, encaja en los alcances de esa modalidad de la diligencia.

Por su parte, parece de interés analizar la dualidad terminológica y esa particular caracterización de la norma ligada a dos aspectos fundamentales: Entrega de la notificación o comunicación y constancia de dicha entrega. En el razonamiento de FURQUET MONASTERIO, la constancia de la entrega constituye un distintivo entre lo que es notificación y lo que es comunicación; mientras que en el primero la documentación resulta una constancia de que la notificación se ha producido, no resulta lo mismo tratándose de la comunicación, dado que, aunque la finalidad es que el acto procesal llegue realmente a conocimiento del destinatario, ello no es imprescindible para que la comunicación surta sus efectos jurídicos, pues el cumplimiento de los presupuestos contenidos en la norma hace presumir que sí se ha cumplido la finalidad; presunción esta que la encontramos en el último párrafo del artículo 5.a LA. En consecuencia, como sostiene la mencionada autora, “cumplidos los trámites reglados para cada tipo de notificación se presume un conocimiento que se ha venido a denominar legal, el cual equivale o reemplaza al conocimiento efectivo pero no necesariamente coincide con él”²⁵⁵.

Respecto de los alcances de la norma que analizamos -artículo 5 LA- y en atención al motivo de anulación del laudo que ocupa este capítulo, o sea el artículo 41.1.b LA, los formalismos que se exponen en la norma y que son de cumplimiento obligatorio para tener por válido un acto de comunicación o notificación, ceden paso a otro aspecto mucho más relevante cual es la proscripción de la indefensión, concepto éste que en definitiva es el más relevante para entender los alcances del referido motivo de anulación.

²⁵⁵ Ult. Cit., p. 25.

2.2. La normativa relativa a las notificaciones o comunicaciones que contempla la Ley de Arbitraje

La prevención contenida al inicio del artículo 5 LA -“*Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial...*”-, hace referencia a aquellas situaciones en las cuales, en el proceso arbitral, se debe acudir al auxilio o intervención de un órgano jurisdiccional, caso en el cual el procedimiento es judicial y, por lo mismo, la normativa no es aplicable a aquellas circunstancias. Aquellos casos de intervención son los que señala el artículo 8 LA en los cuales el acuerdo al que pudieran haberse sometido las partes relativo a las notificaciones o comunicaciones, deja de tener eficacia y más bien debe observarse la normativa de la LEC.

Al margen de la prevención inicial a la que hace referencia el artículo 5 LA, se prevén dos aspectos debidamente delimitados: Uno relacionado con el cumplimiento propiamente dicho del acto de comunicación o notificación y, otro, relacionado con el cómputo de los plazos procesales aplicables al sistema.

1) La realización o cumplimiento del acto de comunicación o notificación

Esta primera parte de la norma (artículo 5.a LA), contempla un conjunto de previsiones relacionadas con la temática, cada una de las cuales tiene su propia trascendencia en el cumplimiento del acto arbitral. Concretamente se establece probabilidades en cuanto a la forma, lugar y medios utilizados para el cumplimiento de la notificación o comunicación. A ellas nos referimos a continuación.

a. La forma y lugar de la notificación o comunicación:

Con relación a la forma y el lugar de la concreción de la notificación o comunicación, la Ley de Arbitraje prevé solo dos situaciones en que se debe

tener por recibida: La que se produce en forma personal y la que se entrega en el domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Al respecto, no debe entenderse subsidiaria ambas modalidades, dado que la norma es clara al establecer que ambas modalidades son legítimas y válidas.

i. Notificación o comunicación entregada personalmente

Como su nombre lo indica, se entiende por notificación personal aquella que se realiza directamente al interesado, a través de la cual se le hace saber la existencia de una actuación concerniente al procedimiento arbitral, de cuya diligencia se deja constancia escrita y que debe ser firmada por el notificado y la persona habilitada para realizar la misma. En todo caso si el destinatario de la notificación no sabe o no quiere firmar la diligencia, se deja constancia de esa circunstancia.

Compartimos la opinión de GUZMAN FLUJA²⁵⁶ en el sentido de que si la diligencia se entiende personalmente con la persona, deja de tener relevancia el lugar donde se cumpla la misma y bastaría dejar constancia de las circunstancias en las que se la realiza. No hay mayores inconvenientes si la diligencia se cumple personalmente cuando se trata de persona natural y aquí solo tendríamos que preguntarnos si corresponde hablar de “notificación o comunicación personal a una persona jurídica”.

Al respecto, los alcances de una notificación o comunicación “personal” a una persona natural podríamos asimilarla al caso de una persona jurídica cuando la diligencia de comunicación o notificación a esta clase de personas se entiende en forma directa con el representante legal mencionado en el convenio o, que por virtud de la Ley o del acto constitutivo así sea reconocido.

²⁵⁶ GUZMAN FLUJA, Vicente: “Notificaciones, Comunicaciones y Cómputo de plazos”, en BARONA VILAR, Silvia, (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1º edición, cit., p. 216.

ii. Notificación o comunicación entregada en domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección

Como apuntamos anteriormente, esta modalidad no es en defecto de la notificación o comunicación personal a la que se hizo referencia en el apartado anterior, la norma establece que también será válida la que sea entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección.

1º. Notificación o comunicación a persona natural

Hacer mención a “domicilio o residencia habitual” resulta un contrasentido por cuanto se entendería que son dos situaciones diferentes. En sí, el concepto de domicilio lleva implícito el de residencia habitual, es decir, se conceptualiza al domicilio como el lugar donde una persona tiene su residencia habitual. Esta afirmación tiene sustento en lo que establece el artículo 40 CC²⁵⁷.

Aunque el concepto de domicilio también atañe a las personas jurídicas o colectivas, el concepto encaja principalmente al caso de las personas naturales. En ese sentido, normalmente el domicilio de la persona natural viene considerado en el convenio arbitral y, por lo mismo, no existirían mayores inconvenientes para el cumplimiento del acto de notificación o comunicación que se produciría ya no en forma directa a la persona que debe ser notificada sino, la entrega se hace en el domicilio o residencia habitual y se entiende con persona diferente a la que debe ser notificada; sí es importante identificar el lugar donde se practica la notificación o comunicación que, imprescindiblemente, debe ser el domicilio o residencia habitual.

²⁵⁷ El artículo 40 CC dice: “*Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil. El domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad, será el último que hubieren tenido en territorio español*”.

2°. Notificación o comunicación a persona jurídica

Esta forma de notificación o comunicación no requiere de la presencia de quien debe ser citado directamente como representante legal de la persona jurídica. Ahora bien, sí es imprescindible identificar el lugar donde se está realizando la notificación a objeto de determinar a cuales de los casos señalados corresponde el lugar donde se practica la diligencia.

Como señala el artículo 41 CC puede darse el caso en que ni la Ley ni el acto constitutivo hayan previsto el domicilio de la persona jurídica. En este caso, el acto de comunicación será válido si se entrega en el establecimiento o dirección de la persona jurídica por cuanto es la misma norma que presume que esos lugares constituyen el domicilio de esta clase de personas.

b. La validez de la notificación o comunicación, en consideración a los medios a través de los cuales se la realiza

Si una primera previsión de la norma está relacionada a la forma de realización por la que adquiere validez un acto de comunicación o notificación, también la norma hace alusión a esa validez cuando se emplea un determinado medio.

Se trata de otra modalidad de cumplimiento del acto de notificación o comunicación, es decir, no se hace solo referencia al medio, sino que es una verdadera forma o modalidad del acto.

A diferencia de los anteriores casos donde se toma en cuenta un determinado lugar y modalidad de cumplimiento, en el caso presente se toma en cuenta, en principio, al télex y al fax, agregando a ello otros medios de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante.

Los presupuestos exigidos para la validez de la notificación o comunicación a través de estos medios los señala la misma norma y son:

1°. Que dichos medios permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción.

2°. Que esos medios hayan sido designados en forma expresa por el interesado, es decir, que en el convenio o de otra manera inequívoca se haya identificado el medio en forma clara y precisa.

Un ejemplo de esta clase de medios y que cumple ambos presupuestos es el correo electrónico de ambas partes, mismo que deja constancia de la remisión y recepción de escritos.

Por contrario imperio, una notificación o comunicación por esta clase de medios, no será válida si:

1°. Habiéndose señalado un medio de esa naturaleza, no es posible establecer la remisión o recepción de escritos y documentos.

2°. Si ese medio utilizado para la notificación o comunicación, no haya sido el que expresamente señaló la parte interesada.

3°. O simplemente, no se ha designado ningún medio de esa naturaleza.

En todo caso, al momento de poner en práctica la utilización de estos medios de notificación, debe tenerse presente los sistemas de seguridad que regulan cada una de esas modalidades.

c. Indeterminación de los lugares anteriormente señalados

Si ha sido imposible determinar -la norma dice “*en el supuesto de que no se descubra*”- el domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección, o si la parte interesada no hubiera señalado un determinado medio electrónico o telemático o de otra clase similar, la norma prevé una última modalidad para la realización del acto: La comunicación o notificación se tiene por cumplida y 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 conocido del destinatario.

i. Una cuestión previa: La indagación razonable

En principio se puede señalar que, con base en la salvedad prevista al inicio de la norma que analizamos -“*salvo acuerdo contrario de las partes...*”-, no es posible excluir esta expresa determinación relacionada con el cumplimiento de la obligación de comunicar o notificar los actos arbitrales a las partes, la razón: precautelar el derecho a la defensa y no provocar indefensión garantizados por el artículo 24 numerales 1) y 2) CE.

Pero en lo que respecta a la posibilidad de excluir el deber de “indagación razonable”, se han venido dando opiniones encontradas²⁵⁸, unas en el sentido negativo y otras en que sí ven que esa posibilidad es permitida basado precisamente en que las partes son libres de darse el procedimiento que crean conveniente, lo cual de ninguna manera puede significar indefensión o vulneración del derecho de defensa; en todo caso, quienes están con esta postura sustentan su posición en la autonomía de la voluntad pues, podrá ocurrir que, en lugar de la “indagación razonable”, diseñen otra forma mucho más eficiente de lograr la finalidad perseguida.

Nosotros nos quedamos con la posición de que sí es posible que las partes puedan excluir esa “indagación razonable” por los razonamientos siguientes:

²⁵⁸ “La vinculación de esta indagación con el derecho fundamental de defensa y de igualdad de partes, que como tales son irrenunciables y que también rigen en el procedimiento arbitral, conduce a entender que será nulo todo pacto o acuerdo que limite su eficacia” (GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003*, cit., p. 99). “Por ello resultaría posible la renuncia a la indagación razonable porque las partes pueden disponer que sea así, guste o no guste. Sucede que, a cambio, el régimen de comunicaciones y notificaciones que establezcan las partes se ajuste al principio de igualdad y garantice a cada parte la *suficiente oportunidad* de hacer valer sus derechos. En materia de notificaciones y comunicaciones la garantía de la contradicción y del derecho de defensa expresada en la efectividad de los actos de comunicación no exige de manera necesaria e imprescindible que se acuda a la *indagación razonable*. Es éste un instrumento efectivo sin duda en tal sentido, pero no es el único” (GUZMAN FLUJA, Vicente: “Notificaciones, Comunicaciones y Cómputo de plazos”, en BARONA VILAR, Silvia, (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, 1º edición, cit., pp. 220 – 221).

1°. En principio se puede señalar que, si a las partes se les permite acordar un determinado procedimiento arbitral basado en la autonomía de la voluntad, ello implica todas las actuaciones arbitrales, incluido el sistema de notificaciones y comunicaciones.

2°. Si las partes se someten a los Reglamentos de una Institución administradora del arbitraje, tendrán que asumir esa normativa en la cual, podría no estar prevista la “indagación razonable”.

3°. La “indagación razonable” se trata de una eventualidad más que el legislador ha diseñado para determinar el domicilio o el lugar donde debe producirse la notificación o comunicación arbitral, en defecto del que las partes puedan haber acordado en el contrato donde se ha incluido la cláusula arbitral o en el convenio arbitral suscrito independientemente.

4°. Nada asegura que tal “indagación razonable” más bien conduzca a resultados confusos por cuanto se podría dar la eventualidad que esa indagación de como resultados lugares diferentes.

5°. Un diseño diferente al que prevé la norma, podría resultar más eficaz.

6°. La probabilidad de que las partes no hayan señalado un domicilio u otro medio de comunicación electrónica o telemática, resulta mínima por cuanto, de darse, tendríamos que pensar que las partes involucradas en una determinada relación jurídica se desentiendan de señalar un domicilio específico.

Es opinión generalizada la dificultad de trasladar los alcances de la jurisprudencia constitucional que, sobre la “diligencia debida” exigible al Juez dentro de un proceso antes de ordenar la comunicación por edictos, pueda adquirir virtualidad para interpretar los alcances de la “indagación razonable” a la que se refiere la norma en análisis.

En efecto²⁵⁹, GUZMAN FLUJA no niega que dicha doctrina desarrollada por el TC pueda ser útil a la hora de interpretar los alcances de lo que debe entenderse por “indagación razonable”, pero sostiene que es un sistema diseñado para un proceso judicial donde los jueces y magistrados tienen poderes diferentes a los árbitros. TORIBIOS FUENTES, en el mismo sentido, sostiene que es difícil trasladar esa doctrina al ámbito arbitral por que los árbitros no están investidos de los medios que dispone un Tribunal y menciona como “poderosa arma” al artículo 118 CE que se encuentra a disposición de los Tribunales para hacer cumplir las resoluciones, lo cual no estaría al alcance de los árbitros. GARBERI LLOBREGAT se limita, por su parte, a señalar esta situación, si bien no asume una posición clara, dejando entrever que se inclina por una posición contraria a la asimilación de la jurisprudencia constitucional (STC 65/1999, de 26 de abril) a la norma que analizamos.

De nuestra parte, consideramos que no es conveniente, por la propia naturaleza del arbitraje, buscar la interpretación de sus normas asimilándolas a la legislación ordinaria, por muchas razones. Así como no podría concebirse la búsqueda de los alcances de una norma del ámbito jurisdiccional sobre la base de la jurisprudencia arbitral, tampoco resulta útil lo contrario, lo cual no significa sustraernos por completo, por ejemplo, de hacer un análisis comparativo. Y ello tiene sentido por cuanto, como apuntamos, los operadores de justicia y del arbitraje tienen también naturaleza diferente y su ámbito de acción, aunque similares en lo que concierne a dilucidar una controversia, difieren sustancialmente, y ello por cuanto, mientras que la autoridad de los

²⁵⁹ GUZMAN FLUJA, Vicente: “Notificaciones, Comunicaciones y Cómputo de plazos”, en BARONA VILAR, Silvia, (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, 1º edición, cit., pp. 220 – 221; TORIBIOS FUENTES, Fernando: “Notificaciones, Comunicaciones y Cómputo de Plazos”, en GUILLARTE GUTIERREZ, Vicente (Director), MATEO SANZ, Jacobo B. (Coord.), *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 115; GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003*, cit., p. 99

jueces y tribunales tiene sustento en la CE, la de los árbitros -aunque el sistema está garantizado también en la CE- tiene su origen primigenio en la autonomía de la voluntad de las partes. Es por ello que las facultades de una y otra son diferentes y basta citar, por ejemplo, porqué la Ley prevé los casos de intervención judicial en el arbitraje. Y aquí conviene, por tanto, mencionar la posición de BARONA VILAR²⁶⁰ en cuanto a la naturaleza del arbitraje para quien, el arbitraje es arbitraje y es una categoría autónoma compuesta de un conjunto de elementos de los cuales no se puede prescindir a riesgo de perder esa categoría.

Compartimos la posición de OLIVENCIA RUIZ²⁶¹, en el sentido de que esa atribución, aunque no del todo definida, le corresponde al árbitro, y no debe entenderse como una investigación exhaustiva sino, como dice la norma, solo debe ser “razonable”, y por lo mismo, por “indagación razonable” debe entenderse como aquella labor del árbitro orientada a cerciorarse que la entrega de la comunicación o notificación ha sido de conocimiento de la parte.

ii. La presunción contenida en la norma

En el supuesto que analizamos, no cabe duda de que se prevé una presunción cuando se dice: *“En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día...”*. En efecto, la comunicación o notificación realizada, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario, se presume válida si se ha entregado o se ha intentado entregar en el último domicilio conocido, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos

²⁶⁰ BARONA VILAR, Silvia: “Introducción”, en BARONA VILAR, Silvia, (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, 1ª edición, cit., pp. 58 – 59.

²⁶¹ OLIVENCIA RUIZ, Manuel: “Notificaciones, Comunicaciones y Cómputo de Plazos”, en GONZALES SORIA, Julio, (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, cit., p.68.

del destinatario. Sin embargo, se reitera, debe mediar aquella “indagación razonable” y tratar de “descubrir” aquellos lugares a los que se hace mención en los dos primeros supuestos de la norma.

Y aquí volvemos con los razonamientos, que nos parece correctos, que expone FURQUET MONASTERIO en el sentido de que las formalidades prescritas en la norma están en cierta forma relegadas por el entendimiento jurisprudencial del TC en beneficio de la tesis de la indefensión material que privilegia aspectos relacionados principalmente con la conducta de las partes demostrado en el proceso o el conocimiento extraprocesal del acto que fue objeto de la comunicación o notificación²⁶².

2) *El cómputo de los plazos*

La segunda parte del artículo 5 LA, hace referencia al cómo deben computarse los plazos contemplados en la misma. Contempla varias matizaciones relacionadas con el *dies a quo*, el *dies a quem*, y otras características de ese cómputo.

En principio podemos señalar que, al igual que en todos los aspectos del sistema de arbitraje, debe prevalecer lo que han acordado las partes sobre la base de uno de los componentes más importantes del arbitraje: La autonomía de la voluntad de las partes. En efecto, son éstas las que, en definitiva, pueden decidir sobre los plazos y la manera de computarlos y, en ese sentido, no habría mayores inconvenientes a la hora de su aplicación. Y será precisamente en defecto de aquello que debemos aplicar las normas de la Ley de Arbitraje, donde en materia de comunicaciones y notificaciones, encontramos el artículo 5.b LA, que analizamos.

²⁶² FURQUET MONASTERIO, Noelia: *Las comunicaciones procesales*, cit., p. 26.

a. El *dies a quo*

Sobre el tema no hay mayores inconvenientes por la claridad de la norma, es decir, el cómputo del inicio del plazo es a partir del día siguiente al de la recepción de la notificación o comunicación.

En todo caso, se deberá tener presente los tres supuestos a los que hemos hecho referencia anteriormente, es decir: cuando la comunicación o notificación se produce en forma personal; cuando la comunicación o notificación se haya realizado por medios electrónicos designados por el interesados; y cuando la comunicación o notificación, en defecto de los anteriores, se produce por correo certificado u otro medio que deje constancia. Se deberá tener presente también las peculiaridades propias de cada una de estas formas: Por ejemplo, si se hace por correo electrónico, se debe tener presente el día en que se envió el correo; si se produce por correo certificado, se deberá tomar en cuenta precisamente el día en que la certificación, que emita el servicio postal utilizado, deje constancia de la comunicación o notificación, etc.

Aquí también consideramos que es aplicable aquella prórroga establecida para el caso en que el último día del plazo sea festivo en el lugar de la recepción. En efecto, si producida la comunicación o notificación en un determinado día, si el día siguiente fuera festivo, creemos que esa postergación del *dies a quo* al día hábil siguiente también es aplicable, en tal caso, el cómputo se inicia desde el día hábil, no del día siguiente como simplemente señala la norma.

b. El sistema de cómputo que prevé la norma

Aunque la norma en su última parte hace alusión exclusiva a los plazos establecidos por días, deja entrever que pudieran darse plazos, por ejemplo, por semanas o por meses, sobre lo cual nada dice.

Sin embargo, de la lectura de la norma (artículo 5.b LA) se entiende que está haciendo referencia a un sistema de cómputos por días, y por días calendario cuando señala que “*Los plazos establecidos por días se computarán por días calendario*”; significando ello que los festivos deben tomarse en cuenta, salvo la excepción a la que se refiere la norma cuando el último día del plazo es festivo.

c. El *dies ad quem*

Este es el otro parámetro para determinar el cumplimiento de un determinado plazo, es decir, su finalización. Se trata del último día del plazo correspondiente y es aquí donde la Ley arbitral prevé la prórroga si el último día es festivo en el lugar de recepción de la comunicación o notificación. Si fuera así, el *dies ad quem* se prorroga al primer día siguiente laborable.

Dentro de los alcances de lo que es el cumplimiento del plazo la norma hace referencia a aquella situación que se presenta cuando la eficacia de la presentación de un escrito está supeditado a un determinado plazo. La norma para explicar esta situación distingue entre lo que se debe entender por “remisión del escrito” y lo que es “recepción del escrito”. Y dice que si la remisión se hace dentro del plazo, aunque la recepción sea en forma posterior, se debe tener por cumplida la diligencia dentro de plazo.

3. Primer sub motivo: La parte no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro

Conceptualizados y analizados los aspectos relevantes del régimen de comunicaciones y notificaciones que la Ley de Arbitraje prevé, corresponde ahora referirnos al primer sub motivo que establece la norma: “*La parte no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro*”. Aunque sería ideal referirnos a la forma de conformación del tribunal arbitral y sus vicisitudes, sólo haremos referencias a aquellas circunstancias pues este último

aspecto lo desarrollaremos con amplitud cuando tratemos la causal de anulación contenida en el artículo 41.1.d LA relativo a la composición irregular de árbitros.

3.1. Alcances del sub motivo que analizamos

En la parte de la norma que analizamos identificamos dos variables que deben tomarse en cuenta y que configura este sub motivo de anulación: 1°. El sistema de notificaciones y comunicaciones 2°. La designación de un árbitro en sus diferentes modalidades.

1) Notificaciones

Con relación al primer aspecto: “*La parte que no ha sido debidamente notificada*”, consideramos que sólo debe entenderse a aquella falta absoluta de notificación o comunicación conforme la normativa prevista en el artículo 5 LA que hemos desarrollado anteriormente.

Entendemos que la expresión “*debidamente notificada*” significa ausencia de notificación en alguna de las tres posibilidades que permite la norma relacionada con los actos de comunicación. En los hechos, ya advertimos de que, de por medio, se encuentra el derecho a la defensa que les asiste a las partes y que se encuentra consagrado en la CE. En efecto, a partir del conocimiento de una determinada actuación arbitral, se abre a las partes un abanico de posibilidades por las cuales puede ejercer el sagrado derecho a la defensa dentro del proceso y, en el caso en particular que analizamos, esas posibilidades no solo que se limitan al derecho de saber quién será el árbitro que dilucidará la controversia sino que, lo más importante, es el hecho de conocer a la persona del árbitro en cuanto éste pueda estar inmerso en algún motivo de incompatibilidad.

2) Designación de árbitro

Respecto a la segunda frase de la norma: “*designación de un árbitro*”, debe tenerse presente las distintas modalidades para su concreción. Nos estamos refiriendo concretamente a la designación que hacen las partes sobre la base del procedimiento que ellas mismas pueden acordar sustentadas en el artículo 15 numeral 2) LA, caso en el cual el problema de la falta de notificación no se daría, dado que son ellas quienes han intervenido directamente en el nombramiento de árbitros. El problema puede darse cuando se ha delegado el nombramiento de los árbitros a un tercero o a un centro especializado de administración de arbitraje, tal como se contempla en el artículo 14 LA, o bien cuando el nombramiento se realiza con intervención judicial ante órgano jurisdiccional conforme a las previsiones de los casos identificados en el artículo 15.2 LA, o cuando se elige un tercer árbitro por los designados por cada parte. En estos casos, la obligatoriedad de la notificación con la designación de un árbitro adquiere mayor relevancia y queda en evidencia la importancia práctica del sub motivo de anulación²⁶³.

a. Los árbitros originarios y los árbitros sustitutos:

Se consideran árbitros originarios a aquellos que conforman un tribunal arbitral previo al ingreso del procedimiento arbitral propiamente dicho; son aquellos que han sido originariamente designados, también puede ser uno solo. Frente a ellos y, como consecuencia de especiales circunstancias, se encuentran los árbitros sustitutos que son designados cuando se dan los casos que modifican, por razones diversas, la inicial conformación, como son los casos de

²⁶³ Al respecto, CADARSO PALAU, Juan: “Motivos”, en GONZALEZ SORIA, Julio, (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., p.422, sostiene: “Por lo que se refiere a la designación del árbitro o árbitros, el problema de notificación no se planteará, lógicamente, en los casos en que las partes han intervenido directa o conjuntamente en esa designación, sino cuando la misma ha sido deferida a un tercero (...), normalmente una institución (...), o en el caso de designación del tercer árbitro por los ya designados por cada parte (...), en fin, en cualquier caso en que haya sido preciso recurrir a la designación judicial”

la no aceptación del nombramiento (artículo 16 LA), la abstención y recusación (artículo 17 LA), falta o imposibilidad del ejercicio del árbitro designado, casos de renuncia (artículo 19 LA), muerte del árbitro, incapacitación definitiva, etc.

En las referidas circunstancias y a los efectos de su designación, se deben cumplir los mismos trámites que los originarios tal como lo exige el artículo 20 LA y, además, también se impone la obligatoriedad de notificar a las partes con dichas designaciones²⁶⁴. Son estas diversas circunstancias que complementan la configuración del sub motivo de anulación que analizamos.

b. La notificación a las partes y la notificación a los árbitros

No existe una norma expresa en la Ley de Arbitraje que disponga la obligatoriedad de la notificación con la designación de un árbitro a las partes como ocurre con otras actuaciones arbitrales -léase por ejemplo artículos 30 y 37.7 LA- donde expresamente la normativa arbitral se refiere a la obligatoriedad de la notificación; en el caso que nos ocupa la obligatoriedad deviene del cumplimiento de principios que regulan los procesos en general lo cual, en el sistema arbitral, tiene su manifestación precisamente en la redacción del artículo 41.1.b LA cuando dice: “*Que no ha sido debidamente notificado de la designación de un árbitro...*”.

En cambio, sí existe una norma expresa a los fines de la comunicación a los árbitros con la designación de que ha sido objeto. Nos estamos refiriendo al artículo 16 LA donde se establece expresamente que, una vez designado los

²⁶⁴ En palabras de BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 1^o edición, cit., p.1388; y respecto al tema de los árbitros originarios y sustitutos señala: “En todo caso, lo expuesto en relación con la designación de los árbitros originarios, con carácter general, debe entenderse también aplicable al supuesto de que se hiciere necesario proceder a designar un árbitro sustituto, en cuyo caso la notificación a los interesados de esta nueva designación deberá hacerse de la misma manera y por los mismos cauces que la designación inicial(...), si bien debe tenerse en cuenta que también la indebida o ausente notificación de la designación del árbitro sustituto podrá fundar una acción de anulación del artículo 41.1.b LA/2003”.

miembros de un tribunal arbitral en cualquiera de sus modalidades, debe notificarse a cada uno de ellos.

Esta última precisión -aunque en cierta forma ajena a los alcances del sub motivo que analizamos- puede tener relevancia por cuanto, conforme la norma del artículo 27 LA, el inicio del proceso está marcado por la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje y, en ese sentido, la comunicación de su designación al árbitro adquiere connotación procesal.

Hacemos esta exposición para establecer la diferencia entre lo que es la notificación a la parte -que es el caso del sub motivo- de la comunicación al propio árbitro. Es en el primer caso en que tiene virtualidad el motivo de anulación y no en el segundo aunque, en éste, bien podría incardinarse por la segunda parte de la norma que analizamos: “*Que no ha sido debidamente notificada (...) de las actuaciones arbitrales...*”.

3.2. Fundamentos que sustentan este sub motivo de anulación

De la redacción del artículo 41.1.b LA podríamos pensar que sería suficiente comprobar la inexistencia de la notificación a la parte con la designación de un árbitro, aunque también podría ser así. Sin embargo, la falta de notificación que se menciona no es más que un presupuesto del sub motivo y no parece que se le atribuya trascendencia invalidante a la sola ausencia de notificación sino en cuanto se entiende que por tal omisión la parte queda impedida de hacer valer sus derechos. Por lo mismo, debemos indagar los fundamentos jurídicos que rodean esa aparente simplicidad.

1) Precautela la Independencia e Imparcialidad del árbitro

Indudablemente que este sub motivo no se agota con la simple verificación de una indebida notificación con la designa de un árbitro, sino más bien tiene sustento en el derecho que tienen las partes a que sus controversias

sean resueltas por un tribunal arbitral independiente que resuelva la controversia exenta de toda injerencia o intromisión e imparcial que decida la controversia sometida a su conocimiento exento de todo interés o relación personal con el problema, manteniendo una posición objetiva al momento de adoptar su decisión y emitir la resolución, en suma, al derecho a recusar a un árbitro. Es este último aspecto que dota de relevancia constitucional al sub motivo en análisis²⁶⁵.

Aunque bajo el cobijo del juez natural no pueden estar incursos los árbitros por cuanto son las partes quienes han decidido someterse a esta clase de proceso, podemos sostener que, la independencia e imparcialidad, no pueden estar exentas de la condición de dicho tribunal arbitral, lo cual tiene expresa manifestación en lo que prevé el artículo 17.1 LA.

La obligación de notificación que deriva del sub motivo de anulación que analizamos, tiene relación íntima con uno de esos requisitos: La Imparcialidad, entendida como la garantía de contar con un tribunal arbitral capaz de resolver la controversia sometida a su conocimiento sin ningún interés o relación personal con el problema, garantía que se traduce también en la actitud de los árbitros de mantener una posición objetiva al momento de emitir el laudo correspondiente lo cual significa, a la vez, no tener opiniones anticipadas sobre la forma en que se conducirán en el trámite del

²⁶⁵ <http://www.tribunalconstitucional.es> Buscador de Jurisprudencia: En ese sentido la STC 230/1992, de 14 de diciembre, en uno de sus fundamentos dice: “Ahora bien, conforme este Tribunal viene indicando reiteradamente, no basta la constatación de una simple irregularidad procesal para que la pretensión de amparo adquiera relevancia constitucional, antes bien el defecto procesal ha de tener una incidencia material concreta, por lo que, la mera omisión de dicha notificación y el consecuente desconocimiento por la parte de la composición exacta del Tribunal no ostenta por sí sola tal trascendencia. Mas a diferente conclusión ha de llegarse en aquellos casos en los que la irregularidad procesal va unida a la manifestación expresa de la parte de la eventual concurrencia de una causa de recusación concreta, de cuyo ejercicio se ha visto impedida a causa del desconocimiento y omisión. En estos supuestos, la consecuencia de la irregularidad procesal no se agota en la ignorancia sobre la composición concreta de la Sala, sino que comprende también la privación del ejercicio del derecho a recusar en momento procesal idóneo, y es esta última consecuencia la que dota de relevancia a aquel defecto procesal”.

procedimiento arbitral ni compromisos con alguna de las partes y menos respecto de la forma como resolverán la cuestión litigiosa.

Sólo si la parte tiene conocimiento expreso de la designación de un árbitro, podrá tener la oportunidad de saber de quién se trata y, en su caso, tendrá la posibilidad de cuestionar su designación a través del sistema de recusación previsto en los artículos 17 y 18 LA, normativa que, por una parte, hace referencia a la imparcialidad e independencia pero, además, se refiere a la capacidad o idoneidad convenido por las partes o establecidos por la institución encargada de la administración del arbitraje.

Al respecto, GARBERÍ LLOBREGAT²⁶⁶ señala: “Debe destacarse que, en el ámbito del proceso, este derecho a conocer la identidad de los juzgadores no se reconoce en el vacío, es decir, no se reconoce con la simple finalidad de que la parte procesal conozca el nombre de aquellos por pura curiosidad, sino estrictamente en función de que dicha parte pueda, en su caso, poder ejercitar con conocimiento de causa y fundamento su recusación. Ejercicio del derecho a la recusación que, como es fácil de entender, queda absolutamente frustrado si la parte desconoce la identidad del Juez o de los Magistrados que conocen del proceso”.

MONTERO AROCA²⁶⁷, por su parte, señala: “Resulta de lo anterior que la imparcialidad no es una característica abstracta de los jueces y magistrados, sino que hace referencia concreta a cada caso que se somete a su decisión. Por lo mismo la ley tiene que establecer una lista cerrada de situaciones objetivadas que convierten a los jueces en sospechosos. La mera concurrencia de una de esas situaciones (...) obliga al juez a abstenerse y permite a las partes recusarlo, con lo que aparecen la abstención y la recusación que son los instrumentos de garantía de la imparcialidad del juzgador”.

²⁶⁶ GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, cit., pp.991 – 992.

²⁶⁷ MONTERO AROCA, J., GOMEZ COLOMER, J.L., MONTON REDONDO, A., BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional I*, cit., p.114.

Consecuentemente, la recusación no sólo que apunta a garantizar la imparcialidad del tribunal sino a precautelar la voluntad de las partes que han manifestado su preferencia por un árbitro con aptitudes expresamente establecidas para el caso o en los reglamentos de la institución administradora del arbitraje, afirmación ésta que tiene sustento en lo establecido en el artículo 17.2 LA, derechos estos que podrán ser precautelados sólo si las partes han sido debida y oportunamente notificados con la designación de árbitro, de no ser así, el laudo pronunciado en su día estaría afectado por la causal de anulación que analizamos.

Por último, también garantiza la preferencia de las partes sobre los árbitros con determinados requisitos de idoneidad conforme prevé el artículo 17.3 LA. En este sentido, procederá la recusación cuando el árbitro no posea las cualificaciones convenidas por las partes y, si no se produce una notificación correcta o no existe ésta, el derecho a la recusación no se podría ejercer y, consecuentemente, la designación estaría viciada²⁶⁸.

2) Identifica la persona del árbitro

Además del fundamento cuyos efectos se traducen en la posibilidad de ejercicio del derecho a recusación, adquiere también relevancia jurídica aquellas omisiones de información sobre la identidad de los árbitros sobre los que no pesa ninguna causa de recusación, pero sobre los que cabe sospechar si son o no, verdaderamente, quienes deberían de actuar en el procedimiento con la condición de árbitro. Entonces podría pedirse la anulación no solo por la falta de notificación con la designación de árbitro, sino también por la posible falta de la condición de árbitro en la persona cuya identidad no se notificó a la

²⁶⁸ En ese sentido: MONSERRAT QUINTANA, Antonio: *Los árbitros. Estatuto. Nombramiento. Recusación. Competencia arbitral*, Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil PRACTICA DE TRIBUNALES, Año II, No.14, Marzo 2005, pp. 18 – 19.

parte²⁶⁹. En todo caso, aquí podría replicarse los alcances de la STC 230/1992, de 14 de diciembre, cuyo fundamento pertinente hicimos referencia anteriormente.

En el ámbito jurisdiccional este problema es impensable por cuanto un Juez ya se encuentra predeterminado conforme a los procedimientos para su designación o nombramiento o en virtud a la carrera judicial, cosa que no es posible en materia arbitral pues, si bien las entidades administradores de arbitraje pueden contar con un elenco de profesionales de donde se designan los árbitros, necesariamente esa designación debe ponerse en conocimiento de las partes.

4. Segundo sub motivo: Indebida notificación con las actuaciones arbitrales

Se trata del segundo sub motivo de anulación: La indebida notificación o comunicación también está relacionada con los demás actos arbitrales, es decir, sigue vigente la variable de la notificación indebida o, dicho de otro modo, se persiste en proscribir toda forma de vulneración del derecho de defensa. Nótese que, en la redacción de este sub motivo, no se está haciendo referencia a una determinada actuación arbitral, como en el caso anterior que analizamos y, por tanto, debemos tener en cuenta todas aquellas actuaciones arbitrales cuyo conocimiento no puede ser sustraído a las partes.

4.1. Concepto de acto procesal

Respecto del concepto de “acto procesal”, CARNELUTTI²⁷⁰ sostiene: “A su vez, el acto procesal es una especie de acto jurídico, denotada por el carácter procesal del cambio jurídico, en que se resuelve la juridicidad del

²⁶⁹ GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, cit., p. 993.

²⁷⁰ CARNELUTTI, Francesco: *Instituciones del Proceso Civil*, Volumen I, cit., p. 425.

hecho, esto es, el efecto jurídico del hecho material. Teniendo en cuenta este criterio, para establecer la cualidad procesal de un acto jurídico es necesario determinar si es o no procesal la relación jurídica que resulta constituida, sustituida o modificada por el acto. Por tanto, la procesalidad del acto no se debe a su cumplimiento en el proceso sino a su valer para el proceso”.

DE SANTO²⁷¹, por su parte, señala: “El acto jurídico procesal, por el contrario, sólo adquiere este carácter en cuanto crea, modifica o extingue relaciones jurídicas procesales. No tiene vida propia, independiente, sino que provoca el nacimiento, desarrollo o extinción del proceso al que se vincula”.

DEVIS ECHANDIA²⁷², respecto a los actos procesales, sostiene: “...los actos procesales son simplemente actos jurídicos que inician el proceso u ocurren en él, o son consecuencia del mismo para el cumplimiento de la sentencia con intervención del juez”.

Sobre la base de los anteriores conceptos podemos decir que, en los términos a que se refiere este sub motivo de anulación -más amplio que el anterior-, se entiende por actuación arbitral, aquellos actos realizados en el curso del procedimiento arbitral con efectos procesales, sean provenientes de los árbitros, de las partes o de terceros y dirigidos a crear, transformar o agotar derechos de carácter procesal.

4.2. De las actuaciones arbitrales

Conceptualizado someramente lo que se entiende por acto procesal, es necesario delimitar el ámbito dentro del cual los referidos actos tienen el carácter procesal dentro de un determinado procedimiento arbitral.

²⁷¹ DE SANTO, Víctor: *Nulidades Procesales*, E. Universidad, Buenos Aires, 1999, p.25.

²⁷² DEVIS ECHANDIA, Hernando: *Teoría General del Proceso*, cit., 1997, p.373.

1) Procedimiento arbitral establecido por voluntad de las partes

Las partes, bajo el principio de la autonomía de la voluntad, son libres de establecer el procedimiento que crean conveniente o adoptar el de la institución administradora del arbitraje, con la sola limitación de que no alteren los principios que informan el sistema de arbitraje y que no contemplen materias excluidas del mismo. Así se encuentra establecido en el artículo 25 – I LA.

Esos principios a respetar y observar en las actuaciones arbitrales son los que prevé el artículo 24.1 LA, o sea la igualdad, audiencia y contradicción. Luego entonces, las actuaciones arbitrales serán todas aquellas que se produzcan dentro de ese procedimiento libremente convenido por las partes a los cuales los árbitros deben sujetarse; y son estos actos los que no pueden ser secretos o desconocidos para las partes.

2) Procedimiento arbitral supletorio

En defecto de la voluntad de las partes, el procedimiento que debe adoptarse es el que establece la Ley de Arbitraje, normas que tienen carácter supletorio. En este sentido, las actuaciones procesales serán todas aquellas que se producen dentro de ese periodo cuyo inicio se encuentra marcado por el artículo 27 LA, es decir, desde la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje; y su conclusión se produce conforme la norma del artículo 38 LA, es decir, con la dictación del laudo definitivo o, en forma extraordinaria en los casos que señala el mismo artículo. Serán entonces todas aquellas actuaciones realizadas en ese periodo y que deben ser con conocimiento de las partes.

4.3. Concretización del sub motivo de anulación en la Ley 60/2003, de arbitraje

Como dijimos anteriormente, a partir del inicio del arbitraje queda abierta la posibilidad de la realización de un sin número de actos relacionados con el desarrollo del mismo, a ese conjunto de actos se denomina “actuaciones arbitrales”, precisamente porque se producen una vez iniciado el arbitraje.

Tendríamos que considerar que todas esas actuaciones caen en la posibilidad de no ser notificadas debidamente a las partes, sin embargo, las previsiones del artículo 30 LA llenan de un contenido concreto el sub motivo y ponen de manifiesto las exigencias de los principios de igualdad, audiencia y contradicción establecidos en el artículo 24 LA. Aquella norma es la que desarrollaremos a continuación:

1) Formas de desarrollar el procedimiento arbitral

En principio siempre prevalecerá la voluntad de las partes, el desarrollo del procedimiento no es la excepción; es decir, si las partes han convenido una determinada modalidad de procedimiento, éste es el que debe observarse.

Descartada la posibilidad de la adopción de un procedimiento decidido por las partes, el artículo 30.1 LA establece que serán los árbitros los que deben optar por alguna de las modalidades siguientes: 1º. La adopción de la modalidad de audiencias para la recepción de alegaciones, práctica de pruebas y emisión de conclusiones; 2º. La modalidad de la escrituración para las mismas finalidades.

2) Identificación de las actuaciones

En consideración a la modalidad del desarrollo del procedimiento adoptado pueden identificarse, sin que implique intención de establecer un elenco cerrado, las actuaciones arbitrales que subyacen a la concretización referida en la norma, a saber:

a. En el procedimiento por audiencia

Lo relativo a las notificaciones de las actuaciones procesales bajo la modalidad del procedimiento por audiencias, no tendría mayores inconvenientes por cuanto aquellas tendrían un objetivo común: La notificación a las partes tendría la finalidad de que éstas conozcan que, en un día y una hora determinada, se realizará una audiencia convocada por el tribunal arbitral para un determinado objetivo relacionado con el desarrollo del procedimiento arbitral y a la cual tienen el deber de asistir, aunque no la obligación; y como señala el artículo 30.1 LA, dichas audiencias serán para presentar alegaciones, la práctica de pruebas y la emisión de conclusiones, y en todo caso podrán convocarse a más de una audiencia para cada uno de esos objetivos.

En ese sentido la notificación se tendrá por cumplida haciendo conocer esa convocatoria a las partes y el motivo por el cual se ha convocado a la audiencia solo tendrá relevancia a la hora de argumentar y demostrar que, por una indebida notificación, alguna de las partes ha sufrido menoscabo de sus derechos a la igualdad, audiencia y contradicción, ya por no haber presentado o controvertido alguna de las alegaciones, ya por no haber tenido oportunidad para la práctica de algún medio probatorio o por no poder haber emitido sus conclusiones.

Significa entonces que se incurrirá en este sub motivo de anulación del laudo cuando se alegue y se pruebe que, con alguna audiencia convocada por el tribunal, no se ha notificado debidamente a alguna de las partes.

b. En el procedimiento escriturado

Si las partes o el árbitro han optado por el procedimiento escriturado, también tiene la misma relevancia el cumplimiento de los principios de igualdad, audiencia y contradicción, solo que en este caso las posibilidades de incurrirse en indebida notificación pueden resultar más frecuentes.

En este caso, cada una de las alegaciones (demanda, contestación, reconvencción, contestación a ésta, excepciones, contestación a éstas) deberá ser puesta en conocimiento de la contraparte y viceversa; lo mismo ocurrirá con la práctica de los medios probatorios propuestos que solo puede darse válidamente cuando se ha puesto en conocimiento de la parte contraria la proposición del medio por parte de la otra.

No es que resulte menos o más relevante, como dijimos, el abanico de posibilidades de una indebida notificación es mayor cuando se opta por el procedimiento escriturado.

c. Los expresos actos asumidos por el árbitro

Pero además de las posibilidades que hemos descrito en cada una de las modalidades que pudieran haberse adoptado para llevar adelante el procedimiento arbitral, existen actuaciones arbitrales que pueden ser realizadas por el mismo árbitro o árbitros. En efecto, en la última parte del artículo 30.3 LA, en forma expresa se establece que, “...se pondrán a disposición de las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión”.

Indudablemente que la norma no está haciendo referencia a los medios probatorios aportados por las partes al proceso, está haciendo referencia a aquellos medios que, en ejercicio de facultades expresas reconocidas por la Ley de Arbitraje, están facultados para producirlos o practicarlos. En efecto, en la última parte del artículo 25.2 LA, se hace referencia a que, además de la potestad de decidir sobre la modalidad del procedimiento a seguir, también tienen potestad para decidir de oficio, entre otros, sobre la práctica de pruebas, norma ésta que se relaciona con lo que se dispone en el artículo 32.1 LA en el sentido de reconocerles a los árbitros facultad para que de oficio puedan nombrar peritos.

Significa entonces que no solo la actividad de las partes puede generar la obligación de notificación, como lo señalamos en los anteriores apartados, sino que la actividad que los árbitros puedan desplegar de oficio también abre la posibilidad de que se produzca una indebida notificación, habida cuenta de que esa actividad para la práctica de prueba no puede sustraerse de los alcances de los principios de igualdad, audiencia y contradicción²⁷³.

5. Tercer sub motivo: La imposibilidad de la parte de hacer valer sus derechos

Ya adelantamos anteriormente los alcances de lo que la norma señala al hacer mención, en la última frase del artículo 41.1.b LA - “...o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos” -.

En este caso, la variable de la “notificación” ya no tiene virtualidad y más bien se hace alusión a otras situaciones que ponen a la parte en estado de indefensión como consecuencia de haberse violentado los principios de igualdad, audiencia o contradicción reguladores del procedimiento arbitral. En este sentido y como lo señalamos, la norma además se relaciona con lo que prevé el artículo 24 LA donde se dispone que, en el proceso arbitral, “*deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos*”. Tanto es así que la frase: “...*hacer valer sus derechos*” se replica en la última parte de ambos artículos.

²⁷³ <http://www.poderjudicial.es> Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia: En ese sentido la SAP de Castellón, sección Tercera, No.133/2000, de 16 de marzo, en su FJ Segundo, dice: “En el presente supuesto la parte recurrente no participó en forma alguna en la emisión del dictamen pericial, pues no consta en el expediente que se le diera traslado del mismo, antes de dictarse el laudo, ni tuvo oportunidad de pedir aclaraciones al perito, pues se presentó el dictamen por escrito al árbitro sin que conste que se ratificara el perito en el contenido de su informe con citación de las partes para el acto”.

5.1. Lo que se entiende por imposibilidad de “hacer valer sus derechos”

Eliminada toda posibilidad de indefensión por imperio del artículo 24 CE y establecidos los alcances de lo que significa derecho de defensa y proscripción de la indefensión, debemos preguntarnos ¿qué se entiende por imposibilidad de hacer valer sus derechos? La respuesta indudablemente también debemos buscarla de los alcances mismos de la norma constitucional.

En efecto, cuando la norma hace alusión a que “...no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”, debemos entender que esa situación viene dada como consecuencia de que, por algún acto del árbitro o árbitros, las garantías reconocidas a las partes respecto a la igualdad, a ser oído y a contradecir, han sido desconocidos o menoscabados de manera tal que esa vulneración le cause un perjuicio real y efectivo en sus posibilidades de defensa y que, de no haberse producido esa vulneración, la situación sería distinta.

No existe ni se puede establecer un catálogo preciso de cómo puede producirse esa imposibilidad, como sostiene CADARSO PALAU²⁷⁴: “La previsión, inequívocamente relacionada con los principios del proceso arbitral que se enuncian en el artículo 24.1 (...) recibe una formulación necesariamente abierta, pues es imposible establecer a priori un catálogo de cuantas patologías pueden traducirse en indefensión”.

Pese a esa advertencia, vamos a referirnos a algunas de esas formas en que puede darse paso a la imposibilidad del ejercicio del derecho de defensa, para ello es importante tomar en cuenta la concretización de las distintas actividades que se pueden visualizar en cada fase del procedimiento arbitral.

²⁷⁴ CADARSO PALAU, Juan: “Motivos”, en GONZALES SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje*, cit., pp.423-424.

1) En la fase de alegaciones

Cumplir con los postulados del derecho de defensa y el de contradicción dentro de un proceso arbitral se traduce en el hecho de dar oportunidad a las partes para alegar y probar sus derechos e intereses. Ahora bien, cuando los árbitros impiden a alguna de las partes exponer sus alegaciones en su defensa o replicar las de contrario, están vulnerando el principio de contradicción y, en ese sentido, el pronunciamiento del laudo sin haberse respetado ese principio, está afectado por un vicio de nulidad precisamente por no haber existido contradicción. Dicho de otra manera, la vulneración del principio de contradicción tendrá relevancia constitucional cuando se compruebe que han sido los árbitros quienes han impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de alegar y justificar sus pretensiones por las partes²⁷⁵.

2) Con relación a la actividad probatoria, sea a propuesta de las partes o por iniciativa del árbitro.

En la actividad probatoria la situación resulta ser la misma en cuanto al alcance de la potencial infracción de las formalidades en la proposición y práctica de los medios probatorios, es decir, se debe tener presente la gravedad de los resultados que vulneren los derechos de las partes por una actividad del árbitro o árbitros que limitan o impiden el pleno ejercicio de los derechos de igualdad, audiencia y contradicción en esa actividad probatoria.

En ese sentido la SAP de Castellón, sección 3º, No.133/2000²⁷⁶, de 16 de marzo, la cual, en su FJ Segundo, dice: “En el presente supuesto la parte recurrente no participó en forma alguna en la emisión del dictamen pericial

²⁷⁵ <http://www.tribunalconstitucional.es> Buscador de Jurisprudencia: SSTC 107/2009, de 14 de junio, 68/2002, de 21 de marzo. “Un órgano Judicial que impide a una parte en el curso del proceso alegar cuanto crea oportuno en su defensa o replicar dialécticamente las posiciones contrarias incurre en una vulneración del principio de contradicción (STC 1/1992)”.

²⁷⁶ <http://www.poderjudicial.es> Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia.

pues no consta en el expediente que se le diera traslado del mismo, antes de dictarse el laudo, ni tuvo oportunidad de pedir aclaraciones al perito, pues se presentó el dictamen por escrito al árbitro, sin que conste que se ratificara el perito en el contenido de su informe con citación de las partes para tal acto”. Y más adelante señala: “Esta regla es exigencia de los principios de audiencia, contradicción e igualdad, y su inobservancia determina una vulneración de las citadas garantías procesales, ya se trate de una prueba propuesta por las partes o acordada por el árbitro por su propia iniciativa”.

3) En conclusiones

El periodo de conclusiones es otra oportunidad más que tienen las partes de sustentar sus alegaciones, esta vez, con el apoyo de la prueba producida en el curso del proceso arbitral y, a la vez, también es oportunidad para contradecir las alegaciones contrarias y demostrar la admisibilidad o inadmisibilidad de las pretensiones que han sido materia del proceso.

De ahí que cuando el árbitro o los árbitros impiden a alguna de las partes este derecho, están vulnerando también el principio de audiencia y contradicción.

5.2. Presupuestos para invocar el sub motivo de anulación

Compartimos las afirmaciones de CARDARSO PALAU en el sentido de que la doctrina del TC respecto del concepto predominantemente material acerca de la indefensión, misma que ha sido atenuada por la doctrina desarrollada por las AA.PP. en cuanto a la anulación del laudo se refiere. En ese sentido señala que, además de la verificación de la indefensión, es necesario que ésta no haya sido producto de la actividad de la misma parte y que ella se haya colocado en una posición provocadora de la lesión; que no

haya actuado negligentemente en el ejercicio de sus derechos y que haya denunciado oportunamente la infracción alegada²⁷⁷.

Ello significa que no todo error o defecto o menoscabo que pueda producirse dentro del procedimiento en que podría incurrir el árbitro genera indefensión, pues por sí sola una actuación errada o una omisión de alguna formalidad procesal no impide que las partes procesales puedan hacer valer sus pretensiones en igualdad de condiciones, es decir, no se imposibilita a las partes para que puedan alegar sus pretensiones, producir sus pruebas, contradecir lo alegado y producido por la parte adversa. Significa ello que en los casos en que los errores o defectos de procedimiento no provocan una disminución material de las posibilidades de las partes para hacer valer sus pretensiones, los defectos procedimentales no tienen relevancia constitucional, toda vez que materialmente no lesionan las garantías reconocidas en el artículo 24 LA; dicho de otro modo, se puede afirmar que una actuación arbitral o defecto procedimental errado será lesivo a las referidas garantías sólo en aquellos casos en los que tenga relevancia Constitucional, es decir, que dichos errores o defectos provoquen indefensión material a la parte procesal y sean determinantes para la decisión judicial adoptada en el proceso, de tal manera que de no haberse producido dicho defecto el resultado sería otro.

En cualquiera de los casos de concreción de la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa, será necesario:

1°. Que la parte pruebe la existencia de la vulneración de ese derecho, sea que no haya intervenido en el proceso arbitral, sea que no haya podido tener acceso a las distintas actuaciones arbitrales o sea que no haya tenido oportunidad de hacer uso del medio de impugnación que tiene disponible.

2°. Deberá, además, demostrarse que la parte perjudicada con una u otra actuación arbitral, ha sufrido daño como consecuencia de esa irregularidad.

²⁷⁷ CADARSO PALAU, Juan: “Motivos”, en GONZALES SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, cit., p. 424.

Significa ello que, el derecho de defensa se entronca con el principio de trascendencia, en virtud del cual “la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés del formal cumplimiento de la ley importa un manifiesto exceso de ritual no compatible con el buen servicio de justicia”²⁷⁸.

En ese sentido y siguiendo la jurisprudencia del TC, GARBERI LLOBREGAT²⁷⁹ concluye señalando que son requisitos para que prospere la impugnación por el motivo en análisis, además de la existencia de la irregularidad formal, la existencia de un perjuicio material derivado de esa irregularidad formal o procedimental.

3°. A ello además podemos agregar como presupuesto para que prospere la alegación de este motivo, que la actuación irregular que ha provocado la indefensión, no haya sido convalidada o no sea una consecuencia de los propios actos de la parte agraviada, afirmación ésta que tiene sustento en el principio de convalidación y en el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos.

²⁷⁸ DE SANTO, Víctor: *Nulidades procesales*, cit., p.53.

²⁷⁹ GARBERI LLOBREGAT, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003*, cit., p. 995 – 997. El mismo autor al respecto señala: “...para que tales irregularidades procedimentales alcancen relevancia jurídica y, en suma, produzcan la indefensión constitucionalmente prohibida, resulta absolutamente imprescindible que con aquellos defectos de procedimiento se haya ocasionado a la parte un daño o perjuicio real, una incidencia material concreta en su posición jurídica que, de no haberse producido (de haberse tramitado regularmente todo el procedimiento), podría haber cambiado el signo de la decisión definitiva del arbitraje. Para sufrir indefensión no es suficiente pues, que la parte denuncie que no ha sido citada a una determinada audiencia, o que no se le ha dado la oportunidad de formular alegaciones; es necesario, además, que dicha parte manifieste que, como consecuencia directa de las tales irregularidades, no pudo esgrimir esta o aquella concreta alegación, o no pudo formular al perito esta o aquella concreta pregunta, o no pudo aportar este o aquel concreto documento”.

6. Efectos de la sentencia que estima la pretensión anulatoria

En este caso y, como sostiene la profesora BARONA VILAR²⁸⁰, se produce la nulidad sin retrotraer los efectos al momento arbitral en que se producen o se identifican los hechos que dan lugar al motivo en sus diferentes componentes; sostiene que el arbitraje es de instancia única y finaliza con el pronunciamiento del laudo.

Además de las razones acertadas de la profesora BARONA y que compartimos, sostenemos que las Salas de los Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia, no tienen la calidad de Tribunal de apelación o casacional, por lo mismo, en ningún caso podrían disponer la reanudación del proceso arbitral a partir del momento en que se superen los hechos constitutivos del motivo de anulación; en ese sentido a las partes solo les corresponde volver a iniciar el proceso arbitral desde sus orígenes por cuanto el convenio mantiene toda su eficacia.

II. ANULACIÓN DEL LAUDO PORQUE LA DESIGNACIÓN DE 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 (ARTICULO 41.1.d LA)

De la lectura de la norma, fácil es detectar la concurrencia de dos componentes y una salvedad de los mismos: El primero, relacionado con el procedimiento prearbitral, concretamente, que la designación de los árbitros no obedece al acuerdo de las partes o a la misma norma arbitral; El segundo, relacionado con el procedimiento arbitral y bajo las mismas premisas que el

²⁸⁰ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2º Edición, cit., p.1769.

anterior. Completa el motivo una salvedad para ambos casos que tiene que ver con el acuerdo de las partes.

El motivo en cuyo análisis nos introducimos, ha sido tomado por el legislador de su fuente principal que es el artículo 34 numeral 2) inciso a) punto iv) de la LM, textualmente la norma modelo dice: *“que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley”*.

De esa redacción podemos advertir que la Ley Modelo se está refiriendo a la composición del tribunal según el acuerdo de las partes y según la forma de designación en sede jurisdiccional por el tribunal competente, por ausencia de acuerdo. Por otra parte, la norma también hace referencia a que el procedimiento arbitral no se ajuste a lo acordado por las partes; por último la norma modelo introduce una salvedad: que ese acuerdo de las partes no esté en conflicto con una disposición de la Ley de la que las partes no pudieran apartarse, lo cual a nuestro criterio resulta muy útil a la hora de establecer si existe o no el motivo de anulación aunque, en este último caso, la acción de impugnación se incardinaría con base en el motivo referido a la infracción del orden público.

El análisis del presente motivo lo abordamos tomando en cuenta por separado cada uno de sus componentes, es decir, por sub motivos, dado que, si bien tienen mucho en común, responden a momentos diferentes del sistema arbitral.

1. Primer sub motivo: Infracción del procedimiento en la designación de árbitros

“Los árbitros son personas a quienes las partes encomiendan de común acuerdo la composición de una *litis* de pretensión discutida (...) El proceso

ante árbitros es, por tanto, un equivalente del proceso contencioso de cognición; se niega a los árbitros toda diversa función procesal, ejecutiva, cautelar o voluntaria”, tal como sostuvo en su día CARNELUTTI²⁸¹.

Acerca de los árbitros tomaremos en cuenta aquella normativa que se relaciona directamente con el alcance del motivo en análisis; es decir, lo relacionado a los requisitos, incompatibilidades y la designación de árbitro o árbitros, para concluir estableciendo, en cada caso, el cómo pueden presentarse los presupuestos del motivo de anulación que analizamos.

De entrada adelantamos aquí lo que el FJ Segundo de la SAP de Madrid No. 54/2014²⁸², de 24 de septiembre, señala: “En el procedimiento de designación de árbitros como en la designación misma se ha de observar, de un lado, un mandato legal, y, de otro lado, una prohibición: el mandato viene impuesto por el art. 15.2 LA cuando establece que en el procedimiento para la designación de árbitros -y *a fortiori* en la designación misma- no se puede vulnerar el principio de igualdad; la interdicción aparece en el art. 17.1 LA cuando, tras afirmar que ‘todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial’, añade: ‘*En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial*’”.

De otra parte, la normativa relacionada con el nombramiento de árbitros, nos pone en evidencia un conjunto de principios inspiradores que deben ser tomados en cuenta a la hora de aplicar la normativa, a saber²⁸³: Principio de igualdad (artículo 15.2 LA), principio de voluntariedad, principio de imparidad (artículo 12 LA), principio de árbitro persona física (artículo 13 LA), principio de capacidad mínima (artículo 13 LA).

²⁸¹ CARNELUTTI, Francesco: *Instituciones del Proceso Civil*, Volumen I, cit., p.115.

²⁸² <http://www.poderjudicial.es> Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia.

²⁸³ MERINO MERCHÁN, José Fernando: *Estatuto y Responsabilidad del Árbitro. Ley 60/2003, de Arbitraje*, Ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 58 – 59.

1.1. Requisitos e incompatibilidades

En el artículo 13 LA se establecen los requisitos e incompatibilidades para el ejercicio de la función de árbitro que necesariamente debe ser una persona natural. A ambos aspectos nos vamos a referir a continuación.

1) De los requisitos

En la Ley de Arbitraje se identifican ciertos requisitos que deben observarse a la hora de la designación de un árbitro, ya porque así lo han convenido las partes, o ya porque así lo prevé la norma legal.

Por otra parte, en el artículo 14.3 LA que ha sido introducido como efecto de la disposición CUARTA del artículo único de la Ley 11/2011, la institución arbitral tiene el deber de velar por la capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación.

Señalamos aquí que se excluye, de entrada, la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser designada árbitro; así se entiende de la lectura del artículo 13 LA: *“Pueden ser árbitros las personas naturales...”*. En forma expresa la norma dispone que el árbitro sólo puede ser una persona natural, pero no cualquiera, sino aquella que cumpla con ciertos requisitos que se señalan:

a. Acerca del número de árbitros

Respecto del número de árbitros, por regla general éste debe ser impar y, con relación a la cantidad, la norma del artículo 12 LA establece que, las partes, son libres para fijar el número de árbitros, siempre que sea impar: *“Número de árbitros. Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro”*.

Sobre lo anterior, advertimos que, en primer lugar, nuevamente se pone en evidencia la prevalencia del principio de la autonomía de la voluntad, en este caso, no solo respecto al número de árbitros según la dicción de la norma

sino que, además, viene implícita la facultad misma de “designación de árbitros” para la solución de sus controversias. Por otro lado, se deja establecido que, respecto del número de árbitros, éste debe ser siempre impar.

Ambos aspectos no necesariamente deben constar en el convenio arbitral por cuanto no constituyen requisitos del mismo, por lo tanto, la designación de árbitros será una actividad pre arbitral que las partes deben desarrollar previo a ingresar al procedimiento arbitral propiamente dicho. Podrá ocurrir también que la forma de designación esté prevista en el convenio en forma expresa, ya por las partes o ya por vía de la delegación a una institución administradora del arbitraje o a una tercera persona.

Debemos entender que el requisito del número impar de árbitros tiene por finalidad el impedir que el procedimiento arbitral desarrollado no quede inconcluso por la imposibilidad de dilucidar la controversia por cuanto, podría darse el caso de que, al momento de emitir el fallo, éste merezca posiciones diferentes por cada uno de los árbitros (por ejemplo si son dos), quedando irresuelta la controversia, aspecto éste manifestado en el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje cuando señala: “Solo para los casos en que resulte necesario suplir la voluntad de las partes, la ley prevé y regula las situaciones que pueden presentarse en la designación de los árbitros, para evitar la paralización del arbitraje”.

Interesante resulta la STSJ CV No.6/2014, de 11 de marzo, mediante la cual deja dudas sobre los alcances de la norma del artículo 12 LA respecto al número impar de árbitros, por lo menos, de su carácter absoluto. A continuación resumimos el caso conforme a los fundamentos que se exponen en la mencionada sentencia²⁸⁴:

El caso tiene origen en un convenio arbitral donde, las partes, respecto a la designación de árbitros, entre otros, establecen un especial procedimiento el

²⁸⁴ <http://www.poderjudicial.es> Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia: FJ Segundo y Tercero de la STSJ CV, No.6/2014, de 11 de marzo.

cual, en principio, prevé que de común acuerdo debían designar un solo árbitro y, a falta de acuerdo, podían designar uno por cada parte los cuales, de común acuerdo debían dictar el laudo. A ello agregaron que, en caso de que ambos discrepen en el contenido del laudo, designarán un tercer árbitro que sería el que dicte el laudo final. En el caso, el procedimiento arbitral se llega a constituir con los dos árbitros designados por las partes, practicando las actuaciones arbitrales donde las partes intervienen activamente pero que, al final, resultó imposible pronunciar un laudo de común acuerdo como habían convenido las partes; tampoco se ponen de acuerdo para designar el tercer árbitro conforme al convenio, todo lo cual, origina que una de las partes acuda ante el órgano jurisdiccional competente para el nombramiento judicial de árbitro.

La parte demandada se opone a la demanda alegando: 1°. Improcedencia del nombramiento del tercer árbitro al haberse constituido el colegio arbitral con dos árbitros, cuando debieron designar el tercer árbitro en el plazo de 30 días conforme el artículo 15.2.b LA; 2°. La nulidad de la cláusula del convenio donde se estableció el procedimiento para la designación de árbitros con infracción de la regla del número impar que prevé el artículo 12 LA.

La Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana establece dos premisas para resolver la cuestión planteada: Por una parte, sí, en el procedimiento para el cual ha acudido el demandante ante dicho Tribunal, puede enjuiciarse la validez de la cláusula donde se convino la modalidad de designación de árbitros; o, si solo debe limitarse a la prueba de la existencia de un convenio arbitral. Luego de una serie de consideraciones, el Tribunal, en el FJ Tercero dice: “La demandada admitió la existencia de un convenio arbitral que establecía la forma en que debía resolverse las controversias que surgieran de los dos documentos contractuales a los que ya nos hemos referido, por lo que no es admisible que

en este momento cuestione su validez articulando una oposición que excede del ámbito de enjuiciamiento de este procedimiento, por lo que, acreditada su existencia este tribunal debe estimar la demanda y nombrar un tercer árbitro”²⁸⁵.

De la relación que hemos expuesto podemos concluir que el Tribunal, si bien no ingresa a analizar los argumentos de la oposición de la demandada que cuestiona el procedimiento con dos árbitros por considerar que no le corresponde hacerlo en el procedimiento para el cual ha sido convocado, hace prevalecer la voluntad de las partes traducido en el convenio arbitral en el cual se contemplaba el inicial procedimiento con dos árbitros, por lo mismo, queda implícita la validez de las actuaciones arbitrales que se han producido hasta el momento de la imposibilidad de pronunciamiento del laudo de común acuerdo por los dos árbitros conforme lo acordado por las partes y que, en todo caso, dejan entrever la convalidación de las referidas actuaciones al no haberse impugnado inicialmente ese aspecto. Por lo mismo, la regla que prevé el número impar de árbitros, en los términos de la sentencia analizada, entendemos que ha sufrido un quiebre y deja entrever que el procedimiento arbitral llevado con dos árbitros sí ha sido posible pues, aún supeditado a la condición de unanimidad de criterio que debían expresar en el laudo los dos árbitros designados cumpliendo el convenio, deja entrever la convalidación de esas actuaciones y que la voluntad de las partes es lo que ha prevalecido. Por otra parte, la posición asumida por el Tribunal Superior -en el caso que analizamos- en el sentido de haber asumido la decisión de designar al tercer árbitro a pesar de la oposición de la demandada y a pesar del antecedente que

²⁸⁵ La forma en la que ha sido resuelta la cuestión planteada, resulta consustancial con lo que el legislador arbitral señala en el punto IV de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje cuando dice: “Debe destacarse, además, que el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia”.

precedió a la solicitud, condice con la finalidad de la imparidad de árbitros y que está expresada también en la Exposición de Motivos de la Ley de arbitraje, es decir, con la finalidad de que el procedimiento arbitral no se paralice.

La norma del artículo 12 LA se complementa diciendo: “A *falta de acuerdo, se designará un solo árbitro*”, lo cual, según la propia Exposición de Motivos, obedece a razones de economía.

b. Ejercicio pleno de los derechos civiles

En principio la norma del artículo 13 LA señala que el árbitro a ser designado debe encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles, es decir, debe tener capacidad de obrar.

Todas las normativas, sin excepción, reconocen al hombre personalidad y capacidad jurídica, por tanto, aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones. En derecho civil fundamentalmente se habla de capacidad jurídica y capacidad de obrar:

La primera -capacidad jurídica- es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones. Se adquiere por el solo hecho de ser persona y constituye un atributo de la misma que es reflejo de su dignidad.

La capacidad de obrar, en cambio, es la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos o, de otra forma, la aptitud para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones que puede ser plena o limitada. La primera, se presume como principio general y, respecto de las limitaciones, éstas han de estar expresamente establecidas por ley y su interpretación es restrictiva. Las limitaciones que reconoce el Derecho a la capacidad de obrar son la minoría de edad y la falta de aptitud de la persona para gobernarse a sí

misma que, a la vez, dan lugar a los estados civiles de menor de edad y de incapacitación, respectivamente²⁸⁶.

Atento a esta conceptualización tenemos que considerar, conforme el artículo 29 CC que “...*el nacimiento determina la personalidad...*”, es decir, marca el inicio de la capacidad de obrar y ésta se presume plena como principio general, lo cual a la vez significa que existen los casos de limitaciones a esa capacidad que, conforme la norma civil, incapaces de obrar son los menores de edad, aquellos que aún no han cumplido dieciocho años, y los casos de incapacidad de obrar declarados judicialmente.

CC: Art.29: “*El nacimiento determina el comienzo de la personalidad*”.

CC: Art.199: “*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*”.

CE: Art.12. “*Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años*”.

Concluimos entonces que, cuando la Ley de Arbitraje señala como requisito que el futuro árbitro “...*se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles...*”, está haciendo alusión de que no debe estar comprendido en aquellos casos que impiden ese ejercicio pleno, concretamente hace referencia a que el árbitro debe ser una persona mayor de edad y no estar en aquella especial situación de incapacitación, condición que debe prevalecer durante todo el procedimiento arbitral.

Si el arbitraje es institucionalizado, es la institución arbitral quien tiene el deber de velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros, afirmación que tiene sustento en el punto CUATRO de la Ley 11/2011, modificadorio del artículo 14 LA, que ha introducido el apartado 3 donde se hace referencia a esta situación.

²⁸⁶ DIEZ- PICAZO, Luis, GULLON, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, cit., p 212.

c. Requisitos de idoneidad.

El solo hecho de acreditar la capacidad de la persona no es suficiente para ser árbitro pues, pueden concurrir circunstancias de incompatibilidades, exigencias de las partes o de las instituciones administradoras del arbitraje, que resulten determinantes a la hora del nombramiento de los árbitros. La inobservancia de esas exigencias -que pueden ser diversas- da lugar a la inhabilitación del árbitro, si fuera designado, a través del sistema de excusas y recusaciones y, en último caso, puede dar lugar a la anulación del laudo.

Con la alusión de que: un árbitro debe reunir requisitos que exigen las partes o la institución administradora del arbitraje, se está haciendo referencia a las cualidades de la persona del árbitro, es decir, son requisitos de idoneidad que deben cumplirse. Esta exigencia se infiere de lo que se prevé en el artículo 15.6 LA que dice: “...*Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad*”.

Esto tiene vital importancia pues, como veremos más adelante, el no cumplimiento de estos requisitos constituye una causal de recusación conforme la norma del artículo 17.3 LA: “*Un árbitro sólo podrá ser recusado (...) o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes*”. Además, constituye un motivo de anulación del laudo arbitral con base al motivo materia del presente análisis.

Uno de los fundamentos del sistema de arbitraje, ya hemos venido reiterando *supra*, es la autonomía de la voluntad de las partes, que no solo se limita a dejar establecido que son éstas quienes pueden convenir libremente someter a arbitraje sus controversias sobre materias de libre disposición sino que, ese fundamento, tiene su reflejo en todos los actos procesales que pudieren corresponder, incluso aquellos que hemos denominado pre arbitrales como es el caso de la designación de árbitros; en ese sentido, son las partes que, atentas a la naturaleza de la controversia que pueda surgir y tomando en cuenta la

relación jurídica que les une, podrán designar uno o más árbitros y, a la vez, establecer las condiciones personales y de profesionalismo que deben reunir.

Lo mismo sucede cuando el arbitraje es sometido a la administración de una entidad especializada, con la diferencia de que el control viene dado por la propia administradora que, a través de sus Reglamentos exigirá, además de los señalados por las partes, aquellos que sean propios de la institución. En todo caso se estará a la norma del artículo 14.3 LA, norma introducida como efecto del punto CUARTO del artículo único de la Ley 11/2011.

d. Requisitos de imparcialidad e independencia

En la Exposición de Motivos (IV) se hace referencia a estos presupuestos que debe reunir un árbitro: “Se establece el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en un arbitraje. Garantía de ello es su deber de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad o independencia”.

Tres normas de la Ley de arbitraje hacen especial relevancia a los conceptos de imparcialidad e independencia: 1°. Cuando en el artículo 15.2 LA se prevén aquellas condiciones para establecer un procedimiento para la designación de árbitros por las partes cuya condición principal se traduce en el respecto del principio de igualdad y que, a la postre, esa normativa lo que precautela es que el resultado de ese procedimiento sea una garantía de que, los árbitros, observarán independencia e imparcialidad para decidir la *litis*. 2°. La premisa descrita en el artículo 17.1 LA, por la cual se le impone al árbitro el deber de ser y permanecer independiente e imparcial en el curso del arbitraje. 3°. Aquí volvemos a mencionar el artículo 14.3 LA, introducido como producto de la modificación expresada en el punto CUATRO del artículo único de la Ley 11/2011, en el que, de forma expresa, se impone a la institución arbitral la carga de velar por la independencia de los árbitros designados.

a) Acerca de la independencia

Un resumen de lo que el profesor MONTERO²⁸⁷ nos enseña acerca del concepto de independencia, nos resultará útil para entender el real alcance del concepto: En principio sostiene que paradójicamente “independencia” significa que los jueces, en el ejercicio de la función jurisdiccional, solo están sometidos a la Ley, desvinculándose de cualquier otra sumisión o influencia. El estar sometido a la Ley dice, con base en lo dispuesto en el artículo 117.1 CE²⁸⁸, significa que al juez se le concede independencia para cumplir esa función en los términos que le confía, sin que existan otros condicionamientos. Y agrega que, de modo negativo esa sumisión a la Ley, significa que no caben otras sumisiones y, por ello, la independencia supone: 1º. No sumisión a tribunales “superiores” por cuanto el juez al aplicar la ley no tiene superiores; ejercitando la potestad jurisdiccional no hay superiores ni inferiores, no hay jerarquía, cada juez tiene su competencia y en base a ella ejerce su potestad sometido solo a la ley. 2º. No sumisión a entidad alguna, pues la independencia se proclama frente a todos.

La independencia que exige la norma de los árbitros constituye una presunción de imparcialidad susceptible de apreciarse objetivamente y, por lo mismo, es requisito exigido a los árbitros. Mediante el sistema de selección voluntaria las partes designan al árbitro y se presume que éste es independiente de quien promueve su designación y, en este sentido, la independencia objetivamente se concreta en los aspectos que el legislador determina y que las partes los asumen y se traducen en las previsiones de los numerales 2) al 7) del artículo 15 LA.

²⁸⁷ MONTERO AROCA, Juan: “De los árbitros”, en BARONA VILAR Silvia (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2ª Edición, cit., pp. 846 – 850.

²⁸⁸ El artículo 117.1 de la CE dice: “1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley”.

b) Acerca de la imparcialidad

Volvemos aquí a mencionar al profesor MONTERO²⁸⁹ quien, al referirse al concepto de imparcialidad señala que, no solo significa que el juez no puede ser parte en el proceso que está conociendo sino, más bien, implica que el juez no sirve a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso pues su correcto desempeño solo podrá ser medido por su correcto desempeño sin que alguna circunstancia influya en su decisión. Agrega que la imparcialidad es subjetiva y lo que la ley hace es un intento de objetivarla estableciendo una relación de situaciones, constatables objetivamente, cuya concurrencia convierte al juez en sospechoso de parcialidad.

En el artículo 17.1 LA, aunque bajo la rúbrica de “*Motivos de abstención y recusación*”, se establecen reglas generales y de cumplimiento inexcusables relacionadas con la imparcialidad e independencia de los árbitros. Por una parte establece que esa imparcialidad e independencia debe ser una cualidad presente del árbitro y, además, esas cualidades deben permanecer durante todo el procedimiento arbitral. Pero además, la misma norma está dejando en claro la prohibición, dirigida a los árbitros, de tener relación personal, profesional o comercial con las partes, entendiéndose que, con ello, se estaría precautelando la imparcialidad e independencia durante todo el procedimiento arbitral. Consustancial con lo anterior, en el artículo 17.2 LA, se impone al árbitro designado, la obligación de revelar, antes de aceptar la función, aquellas situaciones que impliquen menoscabar su imparcialidad e independencia. En ese sentido tiene expuestos sus fundamentos la STSJ M No.54/2014²⁹⁰, de 24 de septiembre.

²⁸⁹ MONTERO AROCA, Juan: “De los árbitros”, en BARONA VILAR Silvia (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2ª Edición, cit., pp. 853 – 855.

²⁹⁰ <http://www.poderjudicial.es> Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia: La STSJ M No.54/2014, de 24 de septiembre, en su FJ Segundo, dice: “La exigencia indeclinable del art. 17.1 LA debe entenderse referida, en todo caso, tanto al momento presente como al momento futuro. De un lado, la Ley quiere destacar que, en el momento de la designación como árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y

La imparcialidad constituye una predisposición de neutralidad respecto de la *litis* que ha de decidir pues, aun siendo designado por una o por otra parte, tiene el deber de resolver la controversia observando ese postulado, no convertirse en defensor de una u otra posición que le convenga a una u otra parte por el solo hecho de haber sido designado por ellas. No existe a *priori* reglas para establecer la imparcialidad por cuanto ésta corresponde al aspecto subjetivo y, el límite lo constituiría precisamente la parcialidad que se traduciría, por ejemplo, en la falta de motivación o motivación insuficiente y

las partes -una o todas- que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia. De otro lado, la prohibición no puede dejar de proyectarse pro futuro, de tal modo que las partes no se relacionen extraprocesalmente con el árbitro mientras se desarrolla el procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo. Tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia. Estamos, en efecto, ante una verdadera prohibición: la Ley prohíbe tales relaciones, y si éstas existieran en el momento de la designación -en determinados casos incluso antes- podrían ser alegadas como motivo de recusación y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro.

En total coherencia con esa prohibición la Ley establece una obligación correlativa: la obligación de la persona propuesta como árbitro y también del árbitro, a partir de su nombramiento, de "revelar todas las circunstancias que puedan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia" (art. 17.2 LA); más aún: el precepto precisa con mayor detalle el alcance de esa obligación para el caso de que el árbitro ya haya sido designado: entonces su deber consiste "en revelar a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida". En suma: el árbitro deberá proporcionar la información que pueda suscitar dudas sobre su imparcialidad o independencia con carácter previo a su aceptación, en la medida en que el art. 17.2 LA expresa claramente que esa obligación recae sobre 'la persona propuesta para ser árbitro'. Pero ese deber se mantiene a lo largo de todo el proceso de arbitraje, de manera que el árbitro ya nombrado está obligado a revelar "sin demora" las circunstancias sobrevenidas -o anteriores pero no comunicadas- que pudieran afectar a su imparcialidad e independencia.

Sobre el alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros pueden tenerse en cuenta, de un modo puramente indicativo, las causas de abstención previstas en el art. 219 LOPJ para Jueces y Magistrados. No obstante, dada la cláusula abierta del art. 17.3 LA, la Sala deja constancia de las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 22 de mayo de 2004, por su precisión en la diferenciación de situaciones, y en la determinación de su incidencia sobre el deber de revelación del árbitro y sobre las consecuencias de la infracción de tal deber, aunque ello no presuponga, claro está, la aceptación de tales consecuencias por la Sala, que habrán ser ponderadas en cada caso".

otorgando prevalencia a la posición de una de las partes sobre una evidencia distinta e incontrovertible²⁹¹.

En este sentido, la verificación de la falta de imparcialidad debe ser constatada en cada caso concreto, comprobando sí realmente existe la eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que constituyen exigencias necesarias a quienes son destinatarios de la responsabilidad de ser árbitros, las cuales, si son comprobadas, corresponden incluirlas como fundamento de infracción del orden público y, por consiguiente, la procedencia de la anulación del laudo por ese motivo²⁹².

e. La condición de jurista

Conforme a la nueva redacción del artículo 15.1 LA, introducida como efecto del punto CINCO del artículo único de la Ley 11/2011²⁹³, se establecen dos situaciones en consideración al número de árbitros:

1°. Es imprescindible la condición de jurista del árbitro en los arbitrajes que se han de decidir con árbitro único, salvo acuerdo diverso de partes o, cuando se trata de un arbitraje en equidad; esta última salvedad tiene relación con lo que prevé el artículo 34.1 LA cuando las partes autorizan que, en el arbitraje interno, se decida en equidad.

2°. Tratándose de un arbitraje que debe decidirse por tres o más árbitros, se requiere que por lo menos uno tenga la condición de jurista.

Sobre el particular, hacemos dos puntualizaciones respecto a la nueva redacción de la norma:

²⁹¹ MERINO MERCHÁN, José Fernando: *Estatuto y Responsabilidad del Árbitro*, cit., p. 55.

²⁹² <http://www.poderjudicial.es> Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia: En ese sentido el FJ Segundo de la STSJ M 56/2013, de 9 de julio.

²⁹³ La nueva redacción del artículo 15.1 LA quedó de la siguiente manera: “1. *Salvo acuerdo en contrario de partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista*”.

En primer lugar, el artículo 15.1 LA deja de tener eficacia solo en el arbitraje interno, ahora también en dicha norma se involucra al arbitraje internacional;

En segundo lugar, al referirse a la calidad del árbitro, se adopta una concepción mucho más amplia al referirse a la condición de “jurista” en lugar de “abogado en ejercicio”. Consideramos que esto no es sino fruto del ámbito de la norma, que, como se dijo, trasciende el espectro interno. Y como señala MARTINEZ GARCIA²⁹⁴, podrá ser árbitro no solo el abogado en ejercicio, sino podrá serlo el graduado en Derecho que se dedique a una actividad propia de la carrera como ser profesor de Universidad, magistrado, fiscal, etc.

f) Sobre la nacionalidad de los árbitros

En la última parte del artículo 13 LA se regula de forma específica la referencia a la nacionalidad del árbitro. En este sentido se viene a dejar constancia de que tal aspecto no es un obstáculo para que se actúe como árbitro, salvo que las partes hubieran establecido lo contrario, es decir, que hubieran establecido una determinada nacionalidad de los árbitros.

La nacionalidad del árbitro tiene su manifestación en lo relativo a la designación de árbitros por la autoridad competente cuando, en el artículo 15.6 LA, se establece que en los casos de designación de un solo árbitro o un tercer árbitro, se debe tomar en cuenta la conveniencia de designar uno de nacionalidad distinta a la de las partes o a la nacionalidad de los ya designados. Como señala la Exposición de Motivos (IV), esto es una muestra de que, ante la necesidad de la intervención judicial, la Ley de Arbitraje pretende dar criterios al Juez para la designación.

²⁹⁴ MARTINEZ GARCIA, Elena, “De los árbitros”, en BARONA VILAR, Silvia (Coord.), en *Comentarios a la Ley de arbitraje*, 2º Edición, cit., p. 907.

2) De las incompatibilidades

El fundamento que subyace en los alcances de la incompatibilidad prevista en el artículo 13 LA es la exclusión legal de ciertos funcionarios para ejercer las funciones públicas y a la vez ser árbitro dentro de un proceso arbitral. Se trata entonces de un impedimento circunstancial como consecuencia del ejercicio de una función pública principalmente.

Pero el impedimento no viene solo determinado en la norma arbitral sino también es la derivación propia de determinadas normas especiales o normas orgánicas, que así lo van a configurar de forma expresa. Así, en la LOPJ encontramos un caso específico de incompatibilidad, concretamente en el artículo 389 – 1º se establece: “*El cargo de Juez o Magistrado es incompatible: 1º. Con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del Poder Judicial*”.

En ese sentido, la incompatibilidad que prevé la Ley arbitral, aunque no esté de forma explícita así configurada, tendría virtualidad por las expresas previsiones de las normas que regulan la actividad de quienes se hallan impedidos para ejercer la función de árbitro.

1.2. Nombramiento de árbitros

Abordaremos el tema del nombramiento de árbitros sin seguir la sistematización que nos presenta la normativa arbitral. De este modo, lo haremos en función del posible establecimiento de lo que pueda determinar su conformación irregular; como ya lo hemos manifestado, resultará esclarecedor tomar en cuenta la voluntad de las partes y el procedimiento supletorio que contempla la Ley de arbitraje.

Lo mismo que sucede con la suscripción del convenio arbitral, la designación de un árbitro o árbitros que conformarán el colegio arbitral, por

esencia constituyen actos que preceden al inicio del procedimiento arbitral propiamente dicho²⁹⁵.

En ese sentido, ya se trate de arbitraje *ad hoc* o arbitraje institucionalizado, se realizarán necesariamente una serie de actos denominados pre-arbitrales con miras a la conformación del colegio arbitral o la designación de un árbitro único.

En el arbitraje *ad hoc* son las partes quienes deberán ponerse de acuerdo para designar al o a los árbitros que conformará la relación heterocompositiva; en este sentido y dadas las circunstancias de la existencia misma de la controversia, esa posibilidad pierde fuerza y, por lo mismo, las partes deberán acudir al órgano jurisdiccional para que, en vía de asistencia, se designe los árbitros.

Cualquiera fuere la modalidad de conformación y del nombramiento, toda esa actividad se desarrolla antes del inicio del proceso arbitral propiamente dicho. De ahí, en consecuencia, no constituyen actos procesales arbitrales en sí mismos, sino que se consideran como actos pre-arbitrales con miras a constituir la relación heterocompositiva.

1) Nombramiento de árbitros por voluntad de las partes

Volvemos a reiterar aquí que el sustento principal del sistema de arbitraje es el principio de autonomía de la voluntad de las partes, el cual está presente en todos los componentes de ese sistema. El nombramiento de árbitros no puede ser la excepción; en ese sentido el artículo 15.2 LA establece que “*las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad*”.

En esta modalidad, a la vez, debemos distinguir dos situaciones:

²⁹⁵ MUNNÉ CATARINA, Frederic: *La administración del Arbitraje. Instituciones Arbitrales y Procedimiento Prearbitral*, cit., p. 79.

a. Designación directa por las partes

Como su nombre lo indica, son las partes que han suscrito el convenio arbitral quienes, en forma directa y sin que medie objeción alguna, conforman el colegio arbitral designando el número de árbitros y, por ello, acordando los mismos ora en el convenio arbitral ora antes del inicio del procedimiento arbitral; afirmación que se sustenta en la norma del artículo 12 LA con relación a la que anteriormente hemos mencionado, o sea artículo 15 numeral 2) LA. Claro está que esta modalidad es aplicable en el arbitraje *ad hoc*.

En este sentido, ese nombramiento podrá estar supeditado a un acuerdo, libremente pactado, respecto de un procedimiento para la designación, en este caso, con la única limitante de que no se vulnere el principio de igualdad previsto en el artículo 24.1 CE. Como puede advertirse, este principio prevalecerá en el “procedimiento” que puedan adoptar las partes, lo cual podría significar que, ese procedimiento, no contemple ventajas para una u otra parte que implique, por ejemplo, que una de ellas tenga la facultad de designar un número superior de árbitros que la otra parte.

b. Designación indirecta

En esta modalidad, también son las partes quienes designan al tribunal arbitral pero a través de interpósita persona o indirectamente.

Podrán las partes acordar directamente que sea un tercero quien designe a los árbitros o, en su caso, establecer que, en defecto del acuerdo de partes, sea el tercero quien designe el o los árbitros. Ese tercero puede ser una persona debidamente identificada por las partes o, también puede ser una institución administradora de arbitraje atendiendo a la especialidad de su actividad, lo cual no significa necesariamente que estemos ante un arbitraje administrado sino que, solo se solicita ese acto pre arbitral de nombramiento de árbitros.

La designación indirecta también puede ser consecuencia de que las partes han sometido el arbitraje a una institución administradora, o sea, el que

nos señala el artículo 14.1 LA, nueva redacción introducida por el punto CUARTO del artículo único de la Ley 11/2011, en el cual se establece que las partes pueden facultar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a: “a) *Corporaciones de derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras; b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales*”.

En este caso, las partes son las que voluntariamente aceptan encomendar la administración del arbitraje adoptando a tal efecto los reglamentos de dicha institución, incluida la modalidad de designación de árbitros.

2) Procedimiento supletorio por ausencia de acuerdo de partes en el nombramiento de árbitros

Cuando las partes no han establecido un procedimiento para la designación de árbitros o, existiendo, no ha sido posible la designación, la última parte del artículo 15.2 LA establece un procedimiento supletorio que debe observarse para los casos expresamente señalados que fija el tratamiento procesal que corresponde imprimir y la intervención de autoridad competente que, conforme la norma del punto UNO de la Ley 11/2011, que introduce una nueva redacción del artículo 8 LA, resulta ser la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde se realizó el arbitraje, o la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquier demandado, o la del domicilio o residencia habitual del actor o, por último, la de su elección, en ese orden de prioridades.

En comparación con el artículo 13 LA 36/1988 la situación cambia sustancialmente, principalmente en cuanto a la variedad de posibilidades que se prevé principalmente tomando en cuenta la cantidad de árbitros a designar.

Describimos a continuación los casos, según las circunstancias, en que corresponde la intervención de autoridad competente:

a. Por intervención directa de la autoridad competente

Cuando el arbitraje se haya pactado que debe resolverse por un árbitro único o por más de tres árbitros, su designación corresponde a la autoridad competente a petición de cualquiera de las partes, así se establece en el artículo 15.2 literales a) y c) LA.

b. En el arbitraje pactado con tres árbitros

Según prevé el artículo 15.2.b LA, cuando se tiene pactado el arbitraje con tres árbitros, se pueden dar las circunstancias siguientes:

i. Regla general

Por regla general en el artículo 15.1.b LA se establece que cada parte designará un árbitro y, los así designados, designarán al tercero que actuará como Presidente del tribunal. Pero en este caso se pueden dar las vicisitudes siguientes a la vez:

1°. Que una de las partes no designe su árbitro dentro del plazo de 30 días de la recepción del requerimiento de la otra parte que sí designa. En este caso, el árbitro no designado por la parte será designado por la autoridad competente, a petición de cualquiera de las partes.

2°. Que los árbitros designados por las partes, no consigan ponerse de acuerdo para designar al tercero en el plazo de 30 días contados desde la última aceptación, en este caso, también será la autoridad competente quien designe el tercer árbitro a petición de cualquiera de las partes.

ii. El caso de pluralidad de partes

Es el caso de pluralidad de partes que puede darse en la parte demandante o en la parte demandada. Los sujetos activos designarán un árbitro y los sujetos pasivos designarán otro. Puede ocurrir que los demandantes o los demandados, o ambos, no se pongan de acuerdo para designar su respectivo árbitro, en este caso, será la autoridad competente quien designe los tres árbitros a petición de cualquiera de las partes.

Pero, como señala GONZÁLEZ MALABIA²⁹⁶, la norma (último párrafo del literal b. numeral 2. artículo 15 LA) no es del todo clara para el caso en que las partes, en sus respectivas posiciones, hayan designado al árbitro que les corresponde, es decir, nada dice respecto del tercer árbitro; debemos entender que corresponde aplicar las reglas del primer párrafo de la mencionada norma y, en tal caso, cabría que los ya designados designen al tercero y, si no se ponen de acuerdo, cualquiera de las partes podría acudir ante el Tribunal competente pidiendo la designación del tercer árbitro.

3) Procedimiento supletorio cuando las partes no designan a través del procedimiento acordado

Las partes pueden haber establecido un procedimiento al cual someterán la designación de árbitros que, por el principio de autonomía de la voluntad, lo adoptan. Debemos entender que el procedimiento puede significar que sean ellas mismas quienes directamente procedan con la designación, o que un tercero -persona natural o jurídica- lo haga por ellos, o sea la institución administradora de arbitraje quien se encuentra facultado para hacerlo conforme a sus procedimientos; todo ello conforme la regla de interpretación prevista en el artículo 4.a LA.

²⁹⁶ GONZÁLEZ MALABIA, Sergio: “De los árbitros”, en BARONA VILAR, Silvia (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2º Edición, cit., p. 796.

En todas estas circunstancias, conforme la norma del artículo 15.3 LA, si las partes no logran conformar el tribunal arbitral, cualquiera de ellas puede acudir ante la autoridad competente y solicitar el nombramiento de los árbitros.

4) Autoridad competente y cauce procesal que corresponde

Como tenemos descrito, cuando las partes no hubieran acordado un procedimiento para designar árbitros o, cuando habiendo acordado el procedimiento no logran designar los árbitros, el artículo 15 numerales 2) y 3) LA mencionan a la “autoridad competente” a la que las partes pueden acudir para que sea ella quien designe los árbitros.

Se trata de uno de las modalidades en que adquiere virtualidad el artículo 7 LA, es decir, es la ley la que dispone la intervención de autoridad jurisdiccional.

Para el caso concreto de nombramiento y remoción de árbitros, conforme la nueva redacción de la norma del artículo 8.1 LA (nueva redacción introducida por el punto UNO del artículo único de la Ley 11/2011) se asigna competencia objetiva a las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma y, respecto de la competencia territorial, se prevé la siguiente prelación:

1°. La Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje.

2°. Si el lugar del arbitraje aún no está determinado, la Sala de lo Civil y de lo Penal de la Comunidad Autónoma que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados.

3°. Si ninguno de los demandados tuviera domicilio o residencia habitual en España, será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal de la Comunidad Autónoma la del domicilio o residencia habitual del actor.

4°. Si el actor tampoco tuviera domicilio o residencia habitual en España, será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal de la Comunidad Autónoma que elija aquel.

Es en el artículo 15.4 LA donde se establece que es el cauce del juicio verbal el que debe observarse a las pretensiones de nombramiento y remoción de árbitros en los casos anteriormente mencionados, es decir, se traduce en una norma de remisión a la normativa contemplada en los artículos 437 a 447 LEC.

5) Resolución

La petición de las partes que puedan formularse relacionadas con el tema de designación de árbitros, podrá resolverse de las formas siguientes:

a. Rechazo de la petición

En el artículo 15.5 LA se establece como único motivo para rechazar la petición formulada por alguna de las partes cuando, de la revisión de la documentación aportada, el Tribunal advierta la inexistencia de convenio arbitral. Y ello tiene sentido por cuanto es impensable que la autoridad judicial acoja una petición de designación de árbitros cuando, ni siquiera existe el convenio arbitral que es el punto de partida que activa el sistema arbitral, norma que, por otra parte, concuerda con uno de los motivos de anulación del laudo, precisamente cuando el convenio no existe (artículo 41.1.a LA)²⁹⁷.

²⁹⁷ La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje se encarga de explicar los alcances de la norma en una parte del apartado IV que dice: "...el juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio".

b. Procedencia de la designación

En el artículo 15.6 LA, se establece el caso de procedencia de la solicitud de designación de árbitros por la autoridad competente, en tal caso deben observarse las siguientes reglas:

1°. Se confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro a designar.

2°. El Juez debe tomar en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro.

3°. Tomará las medidas pertinentes y necesarias para garantizar la independencia e imparcialidad.

4°. En el caso de árbitro único, el juez debe tomar en cuenta la conveniencia de designar a uno que sea de nacionalidad distinta del de las partes.

5°. En el caso de nombrar tercer árbitro, tomará en cuenta la conveniencia de que sea de nacionalidad distinta a la de los árbitros ya designados.

6°. El nombramiento se realizará mediante sorteo.

Del elenco de reglas que hemos mencionado, advertimos que la norma toma en cuenta en primer lugar la voluntad de las partes y luego las condiciones de imparcialidad, independencia y la nacionalidad del árbitro con relación a los ya designados y a las partes; criterios éstos cuya finalidad entendemos que es el marcar pautas a la autoridad competente para seleccionar con mayor objetividad al árbitro o árbitros.

Pero aquí queremos volver a considerar aquel aspecto relacionado al hecho de que, dentro del procedimiento de designación judicial de árbitros, al Tribunal no le corresponde ninguna consideración que no sea la designación del árbitro y, en su caso, el rechazo de la petición cuando no se demuestra la existencia del convenio arbitral.

Sobre esto ya dijimos que la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje refuerza los alcances de la normativa y en forma expresa señala que “el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio”. Ya tuvimos oportunidad de referirnos al tema sobre la base del análisis de la STSJ CV No. 6/2014, de 11 de marzo, donde también se deja en evidencia esta situación²⁹⁸.

De nuestra parte podemos decir, además, que si el cuestionamiento a la validez del convenio arbitral se formula dentro del procedimiento de designación de árbitro, es lógico que al Tribunal competente no le corresponde resolver dicha cuestión por cuanto, la validez del convenio tiene su cauce, vía excepción²⁹⁹, por el que al inicio del procedimiento arbitral las partes puedan formularlo, por lo mismo, si el caso es que aún el colegio arbitral no ha sido conformado y no se ha dado inicio al procedimiento arbitral propiamente dicho, significaría adelantarse a los hechos.

6) Recursos

La resolución por la cual se dispone la designación de árbitros -también cuando se deniega la petición- conforme el procedimiento supletorio que hemos analizado anteriormente, no es susceptible de ningún recurso. Si la inicial redacción del artículo 15.7 LA preveía la posibilidad de admisión de recurso para el caso previsto en el artículo 15.5 LA, hoy ya no es así, y ello por virtud de la nueva redacción del artículo 15.7 LA, adoptado como efecto de la modificación contenida en el punto CINCO, artículo único de la Ley 11/2011 que dice: “7. *Contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas en este artículo al tribunal competente no cabrá recurso alguno*”.

²⁹⁸ Vid.: Apartado II, numeral 1, sub epígrafe 1,1, del presente Capítulo.

²⁹⁹ Vid.: Capítulo II, apartado II.

7) *El nombramiento de árbitro sustituto*

La sustitución de árbitro es un procedimiento consecuencia del hecho de que, un inicial nombramiento de árbitro, por causas sobrevinientes ha resultado ineficaz. Algunas precisiones sobre estas vicisitudes exponemos a continuación:

1°. Procede el nombramiento de árbitro sustituto por cualquier causa por la que se haya de designar un nuevo árbitro, tal como dispone expresamente el artículo 20.1 LA.

2°. Sin el ánimo de establecer un elenco cerrado, señalamos algunos casos de procedencia de este procedimiento:

- Cuando el árbitro que ha sido designado, no comunica la aceptación de la designación en el plazo de quince días computables a partir de su comunicación del nombramiento, es decir, se entiende tácitamente que no acepta el nombramiento (artículo 16 LA).

- Los árbitros tienen el deber de observar los principios de independencia e imparcialidad desde el momento en que son designados y durante todo el desarrollo del procedimiento arbitral (artículo 17.1 LA). En ese sentido les corresponde revelar las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre dichos principios y, en tal sentido, el nombramiento podrá quedar ineficaz. Por otro lado, las partes podrán recusar al árbitro si éste, pese a concurrir tales circunstancias, no las revela o si no posee las cualificaciones convenidas (artículo 17.2 LA).

- Los casos de imposibilidad del ejercicio de la función de árbitro ya por motivos de hecho o por motivos de derecho, o por cualquier otro motivo no las ejerza, pueden dar lugar a la cesación de sus funciones si renuncia o si las partes disponen su remoción (artículo 19 LA), a los cuales agregamos el fallecimiento del árbitro.

3°. Para designar al árbitro sustituto se deberá observar el mismo procedimiento por el que se designó a quien se sustituirá, tal como se establece

en el artículo 20.1 LA. Al respecto, es lógico lo que señala GARBERI LLOBREGAT³⁰⁰ cuando sostiene que, “...el precepto, viene referido a un procedimiento objetivo impuesto previamente *ad extra*, ya sea fijado por los compromitentes, por las partes y un tercero, pero nunca por el tercero en forma individual”. En ese sentido podrán darse los siguientes casos:

- Si la designación de árbitro ha sido una consecuencia directa plasmada por las partes en el convenio arbitral, son éstas las que deben ponerse de acuerdo para designar al sustituto.

- Si la designación ha sido consecuencia de un acto pre arbitral directo y voluntario de las partes (arbitraje *ad hoc*), también son éstas quienes deben designar de mutuo acuerdo al sustituto.

- Cuando cada una de las partes ha designado un árbitro y éstos han designado un tercero, cada parte designará al sustituto si es el que le corresponde y, si fuera el tercer árbitro (designado por los primeros) el que debe ser sustituido, son los mismos árbitros quienes designarán al sustituto.

- Si las partes han delegado inicialmente la designación de árbitro o árbitros a un tercero, persona individual o jurídica, el sustituto será nombrado por el mismo tercero o, en caso de impedimento o imposibilidad de éste, las partes deberán designar un nuevo tercero para que proceda con la designación del sustituto. Se debe tener presente, se reitera, que lo que prima en estos casos, es el procedimiento adoptado inicialmente, no la persona individualizada y, en este caso, el árbitro a ser sustituido ha sido producto de un procedimiento específico: La delegación a un tercero. Es decir, lo que corresponde es que exista un tercero, persona individual o jurídica, que las partes hayan elegido o elijan para que éste designe al sustituto³⁰¹.

³⁰⁰ GARBERÍ LLOBREGAR, José (Director): *Comentarios a la Ley 60/2003*, cit., p. 418.

³⁰¹ No compartimos el razonamiento de MARTINEZ GARCIA Elena: “De los árbitros”, en BARONA VILAR, Silvia (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2º Edición, cit., p. 905; cuando sostiene que “...sólo si no fuera posible la designación mediante este procedimiento - afirma el artículo 15.3- cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el

- Si el arbitraje ha sido sometido a una institución administradora, la sustitución del o de los árbitros debe realizarse conforme a los Reglamentos de la institución, para lo cual ésta cuentan con sus respectivos listados de profesionales competentes y tienen preestablecido el procedimiento interno para su designación.

Por último, corresponde aclarar aquí que, si el nombramiento de árbitro ha sido producto de la intervención del órgano judicial competente, no significa que el sustituto debe ser designado necesariamente por esa vía; siempre debe respetarse, inicialmente, el procedimiento adoptado originalmente por las partes y, en su caso, acudir a lo que prevé el artículo 15.3 LA.

1.3. Posibilidades en las que la designación de árbitros no se ha ajustado al acuerdo de las partes o a la Ley

La Ley de Arbitraje no establece en qué circunstancias pueda considerarse irregular la conformación de un tribunal y, siguiendo los comentarios de CADARSO PALAU³⁰² entendemos que la determinación de esa situación debe ser producto del análisis de cada caso en particular y de la importancia que pueda significar dicha circunstancia; a lo que nosotros agregamos que debe tomarse en cuenta las específicas modalidades que hemos señalado anteriormente. Significa ello que no cualquier circunstancia puede constituir sustento de una denuncia de conformación o designación irregular de los árbitros.

Sin embargo, la determinación de esas circunstancias, a nuestro criterio debe tener ciertos márgenes a la hora de determinar las posibilidades que

nombramiento del árbitro o árbitros...”, por cuanto, en este caso, es un tercero el que designará, no las partes y, creemos que la facultad otorgada por las partes a un tercero, no tendría ningún obstáculo para designar al o a los sustitutos, facultad en la cual las partes no tendrían ninguna intervención o estar o no estar de acuerdo pues esa facultad ya ha sido delegada, lo contrario, en cierta forma es ir contra sus propios actos.

³⁰² CADARSO PALAU, Juan: “Motivos”, en GONZALES SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., pp. 427-428

tratamos. Así, consideramos que el motivo de anulación tiene sentido y aplicación únicamente respecto de aquellas situaciones que pueden presentarse como consecuencia de la infracción del procedimiento pactado por las partes o por infracción de las normas imperativas respecto a la conformación del tribunal a través de la autoridad competente en defecto de dicha voluntad. También se incluiría los casos de infracciones al procedimiento específico previsto en la Ley de Arbitraje para la designación de árbitros que pudiera hacer el tribunal competente vía asistencia judicial.

En suma, los parámetros en los cuales se encuadraría las infracciones que provocan los fundamentos del sub motivo de anulación en análisis, estaría dado por las normas relativas a “*Los árbitros*”, es decir, por los artículos 12 al 20 LA, claro está, tomando en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 11/2011.

Luego de esas consideraciones, esbozamos a continuación algunas potenciales posibilidades de irregular composición del tribunal arbitral tomando en cuenta la modalidad de su conformación a la que hicimos referencia en el apartado anterior:

1) Infracción por inobservancia de los requisitos y las incompatibilidades

El laudo que se obtenga y donde se compruebe la concurrencia de árbitros que no cumplan los requisitos para su designación o que se encuentren dentro de las incompatibilidades referidas provoca ciertos efectos, los cuales mencionamos a continuación.

a. En cuanto a la situación personal del árbitro que admitió la función a pesar de estar comprendido en motivo de incompatibilidad.

Como expusimos *supra*, existe una normativa específica que excluye a determinados funcionarios públicos para el ejercicio de la función arbitral. En

este sentido, la inobservancia de la propia normativa traerá consigo responsabilidades ya administrativas o ya disciplinarias que incluso pueden llegar a la exoneración del cargo público que desempeñan. Por ejemplo, en el caso de los funcionarios judiciales, concretamente en consideración a los jueces y magistrados, éstos se encuentran sometidos a una normativa específica; el ejercicio de una función incompatible tiene su derivación en las consecuencias que prevé el artículo 390 LOPJ. Pero además y como señala la norma del artículo 21.1 LA (modificado por el punto SIETE del artículo único de la Ley 11/2011) recaerá en el árbitro que asumió funciones pese a la concurrencia de una incompatibilidad, las responsabilidades consiguientes.

En el caso de que los árbitros hubieran sido designados conforme a normativa de la institución arbitral, las consecuencias están dirigidas a la institución, independientemente de la responsabilidad personal del árbitro. Por efecto de la introducción del segundo párrafo al artículo 21.1 LA, según punto SIETE del artículo único de la Ley 11/2011, se exigirá a los árbitros, o a la institución, la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, exceptuando de ello a las Entidades Públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependiente de la Administración pública.

b. La recusación del árbitro

Cuando las partes han establecido ciertos requisitos de idoneidad, profesionalismo, aptitud en razón de la naturaleza de la controversia, etc., y si el caso es que el árbitro designado no cubre esas expectativas, estamos ante el incumplimiento de la voluntad de las partes o incumplimiento de las reglamentaciones de la entidad administradora si el arbitraje es institucionalizado.

También puede ocurrir que, respecto del árbitro designado, concurren dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia y, en tales circunstancias estamos ante un motivo de recusación que, además de la

incompatibilidad señalada anteriormente, pueden ser sustento de recusación conforme lo previene el artículo 17 LA.

En este caso a las partes les corresponderá interponer recusación conforme la previsión del artículo 17 LA por cuanto el incumplimiento de esa normativa específica relacionada con las condiciones de idoneidad exigidos por las partes o la institución administradora del arbitraje, además de la falta de imparcialidad e independencia, constituyen motivo expreso de recusación, normativa modificada por el punto SEIS del artículo único de la Ley 11/2011 por virtud del cual se ha introducido un nuevo apartado relacionado a una salvedad respecto del impedimento para ser árbitro cuando éste ha intervenido como mediador en el mismo conflicto.

En ese sentido la tramitación de la recusación se someterá al procedimiento al que las partes acordaron o, en su caso, conforme se establece en la norma del artículo 18.2 LA.

c. Puede dar lugar a la acción de anulación del laudo que se pronuncie

La posibilidad de la anulación del laudo arbitral que en su día pueda pronunciar un tribunal compuesto por árbitros que no reúnan los requisitos exigidos por las partes o la institución administradora, o que carezcan de imparcialidad e independencia, puede presentarse desde dos puntos de vista, que pasamos a continuación a analizar.

i. La anulación por infracción del orden público

Si el caso es que la recusación ha sido formulada bajo el argumento de inobservancia de los principios de imparcialidad e independencia del árbitro y a pesar de la recusación intentada por la parte interesada aquella le es denegada, esa actividad implica agotamiento del recurso y, en ese sentido, el artículo 18.3 LA abre la posibilidad de hacer valer los antecedentes de la recusación desestimada al plantear la anulación del laudo; nosotros entendemos

que esa acción, por la relevancia de la imparcialidad y la independencia, se incardina en el motivo relativo a la infracción del orden público³⁰³, dado que la imparcialidad e independencia de un árbitro atañen al orden público. No consideramos que la anulación sea por el motivo que hoy nos ocupa - irregularidades en el nombramiento de árbitros y en el procedimiento- dado que éste es un motivo realmente específico que se cierne sobre la “designación de los árbitros” y el “procedimiento arbitral” únicamente. Así, el primero reducido únicamente a aquel acto pre arbitral y, el segundo, por cuanto sobre este aspecto descansan aquellas actuaciones propiamente dichas que ponen en movimiento el procedimiento arbitral respecto de la controversia, o sea que lo relativo a la recusación que se hubiera formulado sobre la base de ausencia de imparcialidad e independencia del árbitro, trasciende el ámbito de aquellas actuaciones de lo principal.

ii. La anulación por composición irregular del tribunal

Si a pesar de la concurrencia de los motivos que hacen incompatible la función del árbitro éste es designado y asume sus funciones, corresponde también plantear la recusación conforme la norma del artículo 17.3 LA y artículo 18 LA. En caso de que no prospere la recusación, a tiempo de impugnar el laudo la parte puede acusar la anulación del laudo; en tal caso el motivo se centraría en la causal del artículo 41.1.d LA, es decir, por designación irregular del o de los árbitros.

Estamos, por ello, ante un típico supuesto en el que no se han observado las reglas establecidas en el procedimiento de designación de los árbitros; inobservancia que es en consideración tanto del procedimiento adoptado por las partes o las previsiones de la Ley de Arbitraje; en ese sentido, los actuados

³⁰³ En ese sentido, como ya hemos referido supra, el FJ Segundo de la STSJ M 56/2013, de 9 de julio, señala: "...la verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse '*in casu*'...", en <http://www.poderjudicial.es> Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia.

de la recusación cumplen el voto de la denuncia previa que señala el artículo 6 LA.

2) Nombramiento de árbitros con infracción de la voluntad de las partes

Nos estamos refiriendo a aquella situación en la cual son las partes las que han adoptado un procedimiento para la designación de árbitros conforme prevé el artículo 15.2 LA. Sobre el particular, las posibilidades de infracción dependerán también de las especiales formalidades y especificaciones que hubieran pactado las partes en cada caso y, por lo mismo, *a priori* no es posible establecer un elenco ni aproximado de dichas posibilidades.

No obstante la anterior prevención, en primer lugar, conllevaría irregular nombramiento de árbitros, el hecho de que no se haya cumplido con lo pactado por las partes respecto al número de árbitros al que, bajo el principio de la autonomía de la voluntad, han acordado para su designación³⁰⁴.

Pero, ¿qué pasa cuando las partes convienen una modalidad de composición del tribunal arbitral que vulnere normas imperativas que la norma arbitral establece y que, llegado el momento, las partes deciden no seguir ese inicial convenio?

Al respecto, resulta interesante el comentario que hace GARBERÍ LLOBREGAT³⁰⁵ cuando hace referencia al nombramiento de árbitros producto

³⁰⁴ El motivo que analizamos ya sabemos que tiene su precedente inmediato en el artículo 45.2 de la Ley 36/1988 y es respecto a dicha norma que se tienen pronunciadas sendas sentencias por las AA.PP. relacionadas con la infracción del procedimiento adoptado por las partes respecto al número de árbitros acordado, de las cuales mencionamos: el FJ Sexto de la SAP Barcelona (Sección 15°), 20 de julio de 2000: “*SEXTO. En cualquier caso, la alteración del número de los árbitros y de la composición del colegio arbitral no se ajustó al convenio arbitral firmado. Se había pactado que serían tres los árbitros, lo que coincide con la previsión, de carácter supletorio, del artículo 13 de la Ley de Arbitraje, y la sustitución unilateral de dicho sistema por el de árbitro único se considera una infracción tipificable en el artículo 45.2 de la Ley de Arbitraje, motivadora de la nulidad del laudo dictado*”. En: <http://www.poderjudicial.es> Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia.

³⁰⁵ Por lo interesante del comentario de GARBERÍ LLOBREGAT, José (Coord.): *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, cit., pp.1002 – 1003, transcribimos el mismo: “En ese mismo marco temático de las irregularidades en la designación de los árbitros

de un acuerdo de partes con infracción de una norma imperativa, citando como ejemplo la designación de un colegio arbitral con número par de árbitros; en tal caso, sostiene el referido autor, la infracción a ese pacto no conllevaría la anulación del laudo por vía de esta causal si es que la composición del tribunal se lo realiza en cumplimiento de esas normas imperativas y que fueron infringidas en el convenio.

Consideramos perfectamente aplicable el mencionado razonamiento de dicho autor a otros supuestos, por cuanto las partes han podido en su momento establecer una variedad de condicionamientos o formalidades que deben cumplirse para la designación de árbitros y, en ese sentido, también serán variables las posibilidades en que esa voluntad incurra en infracción de normas imperativas.

Aquí puede advertirse que cobra virtualidad la prevención contenida en la norma que analizamos: “...salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley...”. En efecto, en ningún caso podrá ser exigible lo pactado por las partes con infracción de ley imperativa y, por lo mismo, no podrá alegarse como motivo de anulación del laudo el hecho de que la designación de árbitro no se haya efectuado conforme dicho pacto.

En segundo lugar y desde el punto de vista de la designación indirecta que hicimos referencia, se configuraría el motivo de anulación que analizamos, cuando no se haya cumplido con lo acordado por las partes para que sea un

puede ocurrir también, en segundo término, que exista una infracción de lo pactado por las partes al respecto que, sin embargo, no determine la anulación del laudo arbitral. Tal ha de ocurrir cuando dicho acuerdo de las partes contravenga ‘una norma imperativa’ de la propia Ley de Arbitraje, bien en relación con el número de árbitros que han de resolver el litigio (imagine el lector que las partes hayan pactado un número de árbitros que se par, en contra de las expresas previsiones del art.12 LA), o bien en relación con el cauce para su designación (imagine de nuevo el lector que las partes han pactado, por ejemplo, que todos los árbitros los designe sólo una de ellas, contrariamente a lo establecido en el art.15.2 LA).

En este caso, y siempre que la infracción de dichos ilegales acuerdos haya supuesto una designación de árbitros respetuosa con las citadas previsiones legales imperativas, la acción de anulación no podrá prosperar por este motivo. La vulneración efectiva de lo pactado entre las partes en esos extremos, por tanto, resultará inocua o irrelevante desde el punto de vista de la anulación del laudo”.

tercero quien designe el o los árbitros o, no se haya cumplido el reglamento de la institución administradora de arbitraje al cual las partes se han sometido.

3) Infracción del procedimiento supletorio en la designación de árbitros

Ya dijimos que esta situación se produce cuando las partes no se han puesto de acuerdo en el nombramiento de árbitros, siendo la autoridad jurisdiccional competente la llamada para hacerlo a través de la denominada asistencia judicial prevista en el modificado artículo 8.1 LA.

a. Infracción cuando el procedimiento supletorio se aplica por ausencia de procedimiento acordado por las partes

Podrá ocurrir que las partes hayan acordado inicialmente ciertas pautas o condiciones para el arbitraje relacionado con los árbitros -por ejemplo que hayan acordado el número de árbitros- pero, sin embargo, no hayan establecido un procedimiento específico para ello. En estos casos pueden darse un sin número de situaciones respecto de las cuales mencionamos algunas:

i. En consideración a la intervención directa de la autoridad competente

Dos son los casos en que corresponde la intervención directa de la autoridad competente: 1°. Cuando el arbitraje se haya pactado con un solo árbitro, 2°. Cuando el arbitraje se haya pactado con más de tres árbitros. En estos casos y en ausencia de un procedimiento acordado por las partes, corresponde la intervención judicial directa a pedido de parte.

En estas circunstancias, podrá ocurrir que una de las partes haya sido quien designó al árbitro único o que en el arbitraje con más de tres árbitros unos hayan sido nombrados por las partes y otros por la autoridad competente. Aunque son escasas las posibilidades de que se presenten estos supuestos, de lo que se trata es de significar que éstas formas de designación de

árbitros vulneran el procedimiento supletorio previsto en el artículo 15.2 incisos a) y c) LA y aplicable en ausencia de un acuerdo de las partes sobre el procedimiento a observarse en la designación de árbitros; son estos supuestos los que configuran los presupuestos de procedencia de la acción de anulación del laudo sobre la base del motivo que analizamos.

ii. En el arbitraje pactado con tres árbitros

Cuando exista regla aplicable y se trate de un arbitraje con tres árbitros, en caso de desacuerdo para nombrar el tercer árbitro, puede ocurrir que sea uno sólo de los ya designados el que designe el tercero, siendo que la norma señala que deben ser los dos árbitros ya designados los que nombraran al tercero.

Si los árbitros ya designados no se ponen de acuerdo para designar el tercero y éste es designado por uno de aquellos, este resulta ser un caso que rompe la regla aplicable por cuanto el tercero siempre debe ser designado por autoridad competente. Sobre este supuesto, pueden presentarse diversas ecuaciones que constituyan situaciones infractoras de la norma supletoria contenida en el artículo 15.2.b LA, aplicable en defecto del procedimiento de partes.

b. Infracción cuando el procedimiento supletorio se aplica porque las partes no designan conforme al procedimiento acordado

La otra circunstancia en que se debe acudir al procedimiento supletorio es cuando las partes, pese a que tienen un procedimiento acordado para la designación de árbitros, no logran ese cometido; en tal caso, es la autoridad competente quien debe designar a pedido de parte.

Podría darse el caso de que las partes, en lugar de acudir a la autoridad competente, recurran a una persona particular o a una institución administradora de arbitraje para que designe los árbitros, situación que

conlleva infracción de la norma supletoria prevista en el artículo 15.3 LA y, por lo mismo, estamos ante el motivo de anulación del laudo que analizamos.

c. Otros casos de infracción del procedimiento supletorio

Además de las precisiones que hemos apuntado anteriormente, pueden presentarse otras posibilidades de infracción del procedimiento supletorio; al respecto mencionamos las siguientes:

1°. Si la designación se ha producido sin que la parte que solicita la asistencia judicial haya demostrado las específicas circunstancias contenidas en el artículo 15 LA, es decir: Que se acude al procedimiento supletorio siendo que existe acuerdo pactado por las partes; Que no se demuestre que una de las partes no haya actuado conforme al procedimiento pactado para la designación; Que no se haya demostrado la inexistencia de acuerdo para la designación; Que no se haya demostrado que el tercero no ha cumplido su función conforme a procedimiento adoptado; Que no se haya demostrado el desacuerdo entre los árbitros designados que debían designar al tercero.

2°. Cuando la asistencia judicial para la composición del colegio arbitral, haya sido asumida por una autoridad incompetente.

3°. Que la designación haya sido asumida por la autoridad competente sin convocatoria a audiencia a las partes o que las partes no hayan sido citadas para la audiencia respectiva.

4°. Que no se haya notificado a los árbitros con la designación.

d. El caso del árbitro sustituto

Para el caso de designación de árbitro sustituto previsto en el artículo 20 LA, debe seguirse el mismo procedimiento adoptado para el nombramiento del árbitro que se pretende sustituir; en tal caso, las posibilidades de composición irregular del tribunal arbitral, resultan ser las mismas que hemos señalado para los casos anteriores.

2. Segundo sub motivo: Infracción del Procedimiento arbitral

Aunque en forma expresa la Ley de Arbitraje no hace referencia al “procedimiento”, sí debe entenderse que, “*la sustanciación de las actuaciones arbitrales*” es el conjunto de reglas que determinan el desarrollo del procedimiento arbitral previsto en la mencionada Ley y que, como señala su Exposición de Motivos, “las opciones de política jurídica que subyacen a estos preceptos quedan subordinadas siempre a la voluntad de las partes”, por lo mismo, dichas reglas solo son aplicables siempre y cuando las partes no hayan establecido las propias.

El aspecto central del sub motivo de anulación que analizamos, es la concurrencia de vicios en el procedimiento arbitral, cualquiera sea la modalidad en que se hubiere adoptado ese procedimiento; desde esa perspectiva, será necesario establecer lo que la legislación arbitral prevé respecto de la adopción de un determinado procedimiento, para luego nosotros poder establecer lo que se entiende por su infracción y que pueda significar vulneración de lo pactado por las partes o de las disposiciones de la norma arbitral.

2.1. Sobre el procedimiento arbitral

El tema central de análisis en el tratamiento de este sub motivo, como dijimos, no será el procedimiento arbitral en sí, sino establecer qué es lo que se entiende el “no haberse ajustado” a ese procedimiento. Por ello, resultará muy útil determinar los alcances de lo que significan: el procedimiento pactado; el procedimiento del reglamento adoptado y; el procedimiento prescrito en la Ley de Arbitraje, a los que hace referencia la norma.

1) Consideraciones generales

Cuando la norma hace mención al “procedimiento arbitral”, debemos entender que éste es el que se encuentra regulado en los Títulos V y VI LA, es decir, son aquellas “actuaciones arbitrales” que menciona las que constituyen la esencia misma de dicho procedimiento.

Estructuralmente el Título comienza con una norma principista dirigida a los árbitros o al colegio arbitral (artículo 24 LA), pues establece que deberá tratarse a las partes con igualdad y darles la oportunidad de hacer valer sus derechos; aunque la relevancia es sobre solo dos principios -pese a que en la rúbrica se menciona el de contradicción, además de los de igualdad y audiencia- debemos precisar que el de contradicción es inherente a todo proceso y por lo mismo su mención es suficiente.

Seguidamente identificamos otro conjunto de normas (artículos 25 al 28 LA) en las cuales advertimos que se tratan de aquellas en las que las partes tienen protagonismo, dado que se trata de actos dispositivos relacionados con aspectos generales a las cuales se someterá el procedimiento respecto del lugar, inicio e idioma.

Un tercer grupo de normas (artículos 29 al 33 LA) tienen virtualidad en el desarrollo del proceso; ponen en actividad la razón de la relación heterocompositiva y hacen referencia a las actuaciones específicas de las partes y de los árbitros.

Por último, las normas contenidas en el Título VI LA, contiene reglas relacionadas con la conclusión del procedimiento arbitral: ordinariamente, mediante el pronunciamiento del laudo; extraordinariamente, a través de los casos específicos que se señalan; en ambos casos se establece la normativa a la cual se deben regir.

Dos frases subyacen en las normativas que hemos mencionado: “*Salvo acuerdo en contrario de las partes*” y “*A falta de acuerdo de las partes*”; en efecto, esa actividad que describen las normas hacen específica mención a “las

partes” y a “los árbitros”. Pero esta significación que hacemos no es simple curiosidad sino más bien se trata de disposiciones que ponen en evidencia que, por sobre todo, prevalece la voluntad de las partes y solo, en defecto de ésta, cobra vigencia la autoridad de los árbitros y los alcances de la Ley de Arbitraje.

2) *Del procedimiento arbitral pactado por las partes*

Sobre el particular, la Exposición de Motivos (VI) se encarga de recordar la prevalencia del principio de la autonomía de la voluntad, con sus límites que significan el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad; señala que las reglas sobre procedimiento arbitral son dispositivas y que, solo a falta de acuerdo de las partes, se aplican supletoriamente.

Nuevamente partimos del principal principio que regula todo el sistema de arbitraje: La autonomía de la voluntad. En el artículo 25 LA se pone de manifiesto el referido principio, si bien esta vez para dejar en claro que es la voluntad de las partes la que define el procedimiento arbitral y, en defecto de esa voluntad, supletoriamente se adoptan las normas de la Ley de Arbitraje. Quiere decir que las partes pueden, antes del inicio del procedimiento arbitral, convenir las reglas sobre las cuales se realizarán todas las actuaciones arbitrales, desde el inicio del procedimiento hasta el pronunciamiento del laudo arbitral. Sin embargo, en ningún caso esos pactos podrán estar en contradicción con la normativa arbitral o, dicho de otra manera, el acuerdo voluntario no implica que las partes puedan desconocer normas imperativas de la Ley 60/2003 y, en su caso, ese acuerdo no tendrá ningún efecto a la hora de alegar “*desajuste*” como fundamento de una acción de anulación con base en el motivo que analizamos.

Quiere decir también que las partes por mutuo acuerdo, una vez conformado el colegio arbitral, podrán proponer a éste la modificación parcial o complementación de las normas del procedimiento previstas en la Ley de Arbitraje, salvo los principios del arbitraje y las materias excluidas del mismo;

y por último implica que, a falta de acuerdo, serán los árbitros los que, sobre la base de la normativa de la Ley de Arbitraje, pueden dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado, así se establece en el artículo 25.2 LA.

3) Del procedimiento arbitral establecido en el reglamento de la institución administradora del arbitraje.

La libertad reconocida a las partes para adoptar el procedimiento arbitral, no termina en lo que analizamos en el anterior numeral; en efecto, es el artículo 4.a LA el que reconoce otra modalidad derivada de la voluntad de las partes, concretamente la norma dice: *“Reglas de interpretación. Cuando una disposición de esta ley: a) Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión, excepto en el caso previsto en el artículo 34”*.

Es lo que nosotros hemos denominado “designación indirecta” cuando tratamos el tema relativo a la conformación del colegio arbitral³⁰⁶, aplicable a la adopción del procedimiento sería: determinación o adopción del procedimiento arbitral por las partes en forma indirecta o, lo que es lo mismo, por terceros facultados por las partes.

Esa modalidad de determinación o adopción del procedimiento arbitral no sólo puede hacerla la institución administradora del arbitraje, a la cual las partes han confiado la administración de esa actividad para la solución de la controversia, sino que también es perfectamente posible que esa facultad sea otorgada a una tercera persona -que no sea precisamente la institución administradora de arbitraje-, natural o jurídica, siendo la misma la que podrá, en su caso, llevar a cabo la determinación de las reglas que deberán regir el desarrollo del procedimiento arbitral.

³⁰⁶ vid., Parágrafo II numeral 1. Epígrafe 1.2, punto 1) del presente capítulo: Designación indirecta.

4) Del procedimiento arbitral previsto en la Ley 60/2003, de arbitraje

Partimos aquí de la eventualidad en que las partes no se hayan puesto de acuerdo en la adopción de un procedimiento arbitral, en tal caso es perfectamente posible activar la supletoriedad prevista en el artículo 25.2) LA. Esta cobertura jurídica que se ofrece puede activarse si se dan una serie de circunstancias y condiciones que habrá que tomar en consideración. A saber:

1°. Los árbitros aplican el procedimiento arbitral conforme las normas previstas en la Ley de arbitraje.

2°. Por mutuo acuerdo y dada la anterior circunstancia, las partes pueden pedir a los árbitros la modificación parcial o complementación de las normas del procedimiento establecido en la Ley de Arbitraje, respetando los principios del arbitraje, afirmación que tiene sustento en lo que establece el artículo 25.1 LA con relación al artículo 24.1 LA.

3°. El tribunal arbitral designado, conforme previene el artículo 25.2 LA, toma la decisión de desarrollar el procedimiento más apropiado con sujeción a la norma arbitral; quiere decir ello que el tribunal, a falta del acuerdo de partes, tiene la facultad de establecer un propio procedimiento que deberá ser observado y cumplido por las partes precisamente como emergencia de no haberse puesto de acuerdo para adoptar uno propio. Esa facultad implica asumir decisiones sobre la actividad probatoria.

2.2. Lo que debe entenderse por “desajuste” del procedimiento arbitral respecto del acuerdo de partes o del previsto por Ley

A continuación, con base en las normas relacionadas con las “actuaciones arbitrales”, esbozaremos algunos parámetros dentro de los cuales se circunscriben los presupuestos del sub motivo de anulación que analizamos.

1) *La trascendencia anulatoria que subyace en el sub motivo*

En materia de nulidades procesales existe un conjunto de supuestos y principios que deben concurrir para que una determinada actuación procesal sea declarada nula. El fundamento del sistema de nulidades procesales descansa principalmente en el hecho de evitar indefensión a las partes.

Sobre el particular, DE SANTO, en un análisis jurisprudencial, concluye señalando dos aspectos³⁰⁷: El primero: “La jurisprudencia, al respecto, ha dicho coincidentemente que el sistema de nulidades procesales está dirigido a evitar que, por actos viciados, se provoque un estado de indefensión en alguno de los justiciables” y, el segundo: “Y también se ha resuelto que para que sea viable la nulidad debe darse la existencia de una irregularidad grave y trascendente. Es decir, cuando los actos procesales carecen de algún requisito que les impide lograr su finalidad y, de tal manera, se resguarda el legítimo derecho de defensa en juicio del nulidicente, por lo que no hay nulidad de forma si la desviación no coarta las garantías esenciales de su ejercicio”.

Hemos querido hacer esta breve introducción relacionada con las nulidades procesales para dejar en claro que, esta clase de nulidades sustentadas principalmente en la indefensión, no es la que subyace en el motivo de análisis; como ya hemos visto, la nulidad por indefensión se incardina a través del motivo del artículo 41.1.b LA.

De lo que se trata en el supuesto del motivo que analizamos es una significación más precisa y emergente de específicas disposiciones de la Ley de Arbitraje que regulan las actuaciones arbitrales. Entendemos que el sub motivo parte del hecho de determinar dos posibilidades procedimentales a las cuales se someterá el arbitraje: 1°. Aquella que asumen las partes bajo el

³⁰⁷ DE SANTO, Víctor: *Nulidades Procesales*, cit., p. 43.

principio de la autonomía de la voluntad; 2°. Aquella que asumen los árbitros en defecto de la voluntad de las partes.

Sea en una u otra circunstancias, la infracción que constituye fundamento de anulación, será precisamente la infracción a cada una de las estipulaciones del acuerdo de partes o de las disposiciones de la Ley de Arbitraje. Pero como sostiene CADARSO PALAU³⁰⁸, cualquier irregularidad no puede servir para que, mediante el sub motivo de análisis, sea suficiente para argumentar anulación, pues ello sería abuso del derecho; concluye diciendo que es imprescindible realizar, caso por caso, una labor de ponderación tomando en cuenta la trascendencia que en el procedimiento haya tenido la infracción denunciada, no precisamente llegando al terreno de la indefensión pero tampoco podrá prescindirse de exigencias de trascendencias mínimas en cuanto al correcto desarrollo del proceso arbitral.

Compartimos el razonamiento de dicho autor por cuanto, si bien existen específicas normas sobre las actuaciones arbitrales reguladoras del procedimiento arbitral, éstas pueden ser infringidas por diferentes circunstancias y no solo por una determinada. Por otra parte, la ponderación para establecer si el “desajuste” advertido puede constituir motivo de anulación, también será materia de análisis casuístico, ya respecto del procedimiento voluntario o ya por el adoptado por los árbitros. Y como bien establece la norma principista contenida en el artículo 24.1 LA, en cada caso deberá tenerse presente la concurrencia de la inobservancia de alguno de los principios que señala la norma, es decir, si el “desajuste” tiene relevancia con relación a la igualdad, al derecho de conocer los actos arbitrales o a la contradicción que es la esencia de todo proceso.

³⁰⁸ CADARSO PALAU, Juan: “Motivos”, en GONZALES SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, cit., pp. 427 – 428.

2) No debe existir convalidación del vicio procedimental

Un procedimiento arbitral -cualquiera sea su modalidad de adopción- será viciado cuando en su desarrollo se haya incurrido en una omisión o defecto, con relevancia constitucional, de las formalidades de concreción de una determinada actuación arbitral, de tal manera que provoque indefensión a alguna de las partes que interviene en el proceso arbitral, provocándole daño material en sus derechos, siempre y cuando ese defecto u omisión no haya sido convalidado expresa o tácitamente.

En la Ley de Arbitraje no se establece en forma expresa que las actuaciones arbitrales con defectos o vicios son convalidables. Sin embargo, expresamente se le impone a la parte, supuestamente perjudicada con alguna actuación arbitral, la carga de denunciar la infracción de una norma dispositiva de la Ley de Arbitraje respecto de esas actuaciones arbitrales anómalas.

De darse una actuación arbitral viciada y que no hubiera sido objeto de una denuncia, conforme los alcances del artículo 6 LA, esas actuaciones se convalidarían y ya no podría argumentarse, vía esta causal, la anulación del laudo que en su día se pronuncie.

3) Algunas precisiones acerca de las posibilidades de infracción del procedimiento

Independientemente de si el procedimiento a seguir es el adoptado por las partes o el que asumen los árbitros conforme la norma del artículo 25 LA, haremos algunas precisiones tomando en cuenta el momento del proceso arbitral.

Un primer ejemplo está relacionado con el lugar donde debe realizarse el arbitraje. Aparentemente resulta irrelevante, sin embargo, no es así. Si las partes han acordado un determinado lugar, ese pacto debe respetarse. Lo mismo si, a falta de acuerdo de partes, los árbitros lo determinan en forma expresa. Se salva el caso en que, por expreso acuerdo de partes, autorizan al

tribunal a reunirse en cualquier lugar y, además, salvo de que se traten de deliberaciones propias de los árbitros.

Ahora bien, si los árbitros realizan el arbitraje en un lugar distinto al acordado por las partes o al lugar en que ellos mismos lo han determinado, indudablemente que se provoca “desajuste” de los alcances del procedimiento adoptado y ello resulta motivo de anulación del laudo pronunciado³⁰⁹.

Lo mismo puede suceder con el inicio del arbitraje cuya fecha hubiera sido fijada por las partes o la que prevé el artículo 27 LA. En efecto, el momento del inicio del arbitraje tiene relevancia respecto de los efectos de las futuras actuaciones procesales como ser el momento en que deben presentarse la demanda y contestación o el límite mismo fijado para el pronunciamiento del laudo. De modo que, si no se observa el momento preestablecido para el inicio, puede dar lugar a un desajuste de los subsiguientes actos arbitrales.

Ni que decir del idioma que hubieren adoptado para la verificación de las actuaciones procesales por cuanto, de no cumplirse, los efectos se verificarían en perjuicio, por ejemplo, de una de las partes que no entiende el idioma por el cual se desarrolla el procedimiento con infracción de lo pactado, de modo tal que tendría la necesidad de realizar traducciones y, esencialmente, el principio de igualdad estaría siendo infringido con lo que indudablemente estaríamos frente a un específico motivo de anulación del laudo. Nótese que nos estamos refiriendo únicamente al caso en que las partes han acordado libremente el o los idiomas del arbitraje y éste es infringido pues, conforme la modificación introducida por el punto OCHO del artículo único de la Ley

³⁰⁹ <http://www.poderjudicial.es> Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia: SAP de Valencia (Sección 9º) de 19 de febrero de 2003: “La sala considera, a la vista de las circunstancias concurrentes, que efectivamente concurre supuesto de nulidad (...) al no haberse observado las formalidades y principios esenciales de la Ley como consecuencia de la inobservancia de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Ha de señalarse, a tal efecto, que el lugar en el que se dicte el Laudo no resulta irrelevante pues el mismo determina, no ya solo la competencia de la Audiencia Provincial a los efectos del recurso de anulación (...) sino también la del Juzgado de Primera Instancias que ha de resolver la solicitud de ejecución de medidas cautelares...”.

11/2011 que modifica el artículo 28.1 LA, se tiene previsto lo que debe observarse cuando no existe ese acuerdo.

Con relación a las formas de las actuaciones arbitrales que se hubieran adoptado, las que pueden ser a través de audiencias o por escrito, y que por lo mismo las partes deben ser citadas o darles traslados de las alegaciones y medios probatorios aportados, se infringen los principios de audiencia y contradicción si en tales circunstancias no se cumple con las citaciones o con los traslados que deben darse a las partes.

En materia probatoria llama la atención la relevancia que se da al medio probatorio de Peritaje al que se le asigna una norma específica (artículo 32 LA), lo cual dice mucho de la importancia que implica dicho medio. Por otra parte, se prevé la normativa que debe observarse en el caso de Asistencia Judicial para la práctica de la prueba (artículo 33 LA).

Limitar, modificar o desconocer los alcances de dichas normas, suponen casos específicos de “desajuste” del procedimiento arbitral.

4) Otros supuestos de infracción del procedimiento

En general podríamos escudriñar las normas del TITULO VI LA para detectar otros casos posibles de infracción del procedimiento que pueda dar lugar a la anulación del laudo sobre la base del sub motivo que analizamos.

Entre otros, podríamos mencionar el hecho de que el laudo pronunciado no conste por escrito o no esté firmado por la mayoría de los árbitros; que no conste la fecha del laudo o el lugar del arbitraje; el no pronunciamiento sobre costas o la falta de notificación a las partes.

La falta de motivación del laudo constituye infracción del procedimiento arbitral por cuanto, la nueva redacción del artículo 37.4 LA (efecto del punto NUEVE del artículo único de la Ley 11/2011) establece que el laudo deberá ser siempre motivado, salvo el laudo que debe pronunciarse en los alcances del artículo 36 LA.

No obstante ello, nos inclinamos porque este aspecto debe ser incardinado a través del motivo previsto en el artículo 41.1.f LA, línea también marcada por la profesora BARONA³¹⁰, por cuanto si bien la norma forma parte de aquellas relacionadas con la conclusión de las actuaciones arbitrales, no es menos evidente que la motivación constituye un aspecto inherente al orden público, entendimiento este que se sustenta en la jurisprudencia del TC y ahora de los Tribunales Superiores de Justicia.³¹¹

³¹⁰ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., pp. 1499 - 1500.

³¹¹ <http://www.tribunalconstitucional.es> Buscador de Jurisprudencia: En el FJ Tercero de la STC 3/2011, de 14 de febrero, con relación a la motivación dice: “3. A la vista de las quejas atribuidas, se hace necesario recordar nuestra doctrina sobre la ausencia de motivación, tanto por error, como por incongruencia. 1) Sobre la motivación errónea este Tribunal ha reiterado (...) que ‘el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuera arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia”.

<http://www.poderjudicial.es> Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia: Respecto a la motivación en la STS CV 14/2012, de 26 de abril, en el FJ Sexto dice: “La falta de motivación del laudo entrañaría un defecto esencial del mismo que, por afectar al derecho fundamental a la tutela efectiva, en su manifestación de derecho a obtener una resolución fundada, constituiría una contravención del orden público procesal por vulneración del artículo 24.1 en relación con el artículo 120.3 de la Constitución (...). El derecho constitucional a una resolución motivada se agota, tanto ante los órganos jurisdiccionales como en el procedimiento arbitral, en la obtención de un pronunciamiento sobre las pretensiones deducidas, sin comprender la garantía del acierto de la resolución adoptada en el caso concreto (...). Sí que cabría fundar la existencia de una contravención del orden público por vulneración del derecho fundamental a una resolución motivada, en el caso de que la motivación del laudo, aun existente, fuera irracional o arbitraria”.

2.3. En especial, el laudo pronunciado fuera de plazo

Algunas precisiones acerca de cómo se puede producir “desajuste” en el procedimiento como consecuencia del pronunciamiento del laudo, expondremos a continuación.

1) Consideraciones previas

Si consideramos que el pronunciamiento del laudo por parte de los árbitros constituye una actuación propia del procedimiento arbitral -cualquiera hubiera sido su modalidad en que se hubiere adoptado ese procedimiento- no queda ninguna duda que, de no haberse previsto el motivo en el artículo 45.3 LA 36/1988, la anulación del laudo podría haberse incardinado con base en el motivo previsto en el numeral 2) del citado artículo, es decir, porque en el procedimiento arbitral no se cumplieron las formalidades y principios.

La Ley 60/2003 eliminó dicho motivo y no lo contempla en el elenco del artículo 41 y sigue casi al pie de la letra la forma en que la Ley UNCITRAL, en su artículo 34, concibe los motivos de anulación.

Es a partir de la entrada en vigencia de la Ley 60/2003, de arbitraje, que se han venido exponiendo diversos comentarios y críticas a la supresión del motivo referido, entre otros, conforme a los razonamientos que expone GARBERÍ LLOBREGAT³¹².

³¹² GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003*, cit., pp. 1005 – 1006. Refiriéndose a la supresión de este motivo en la LA, comenta lo inapropiado que resulta la eliminación de esa causal, razonamiento que se sustenta en los fundamentos que a continuación resumimos: 1°. Señala el autor que, con la eliminación de la causal, se ha producido una laguna legal atribuible al legislador que sigue el modelo de la LM sin reparar que en ésta no se establece ningún plazo para pronunciar el laudo, a diferencia de la vigente ley española que sí establece plazo en el artículo 37 numeral 2) LA. 2°. Razona también que esa laguna se produce en el sentido de que dicha norma de la vigente ley española establece en forma expresa que, de no pronunciarse el laudo dentro del plazo, determina la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros. 3°. Dice que el pronunciamiento del laudo fuera del plazo, no sólo que infringe una norma reguladora del procedimiento, sino también porque según la citada norma, es pronunciado por quienes ya han perdido la condición de árbitros. 4°. Señala que la jurisprudencia debe considerar que, la emisión de un laudo fuera de plazo, constituye

Por su parte BARONA VILAR³¹³ ya en su momento advirtió la situación de la posibilidad del laudo dictado fuera del plazo y, frente a ello, se planteaba cuál era el mecanismo para atacarlo; su respuesta fue el de incardinar una acción de anulación sobre la base del motivo que analizamos (artículo 41.1.d LA). A ello agregaba la posibilidad de que dicho laudo no podría constituir título ejecutivo para el caso de la ejecución forzosa del mismo. Advertía además que, frente a esta situación, el convenio arbitral no sufre menoscabo y mantiene su eficacia y, respecto de los árbitros, les correspondía las responsabilidades del caso³¹⁴.

2) *La nueva redacción del artículo 37.2 de la Ley de Arbitraje*

Vamos a comenzar describiendo los alcances de la nueva redacción del artículo 37.2 LA, consecuencia del punto NUEVE del artículo único de la Ley 11/2011, para luego establecer las repercusiones que provoca en el sistema de arbitraje y en el mismo procedimiento arbitral:

- Se advierte que el legislador una vez más hace prevalecer la voluntad de las partes en la redacción de la norma.

- La nueva redacción del artículo 37.2 LA, prevé tres salvedades basadas precisamente en esa voluntad de las partes: Dos respecto del plazo y su prórroga en el cual los árbitros deben decidir la controversia; y una con relación al pronunciamiento del laudo fuera de plazo.

- Las dos primeras salvedades prácticamente son réplicas del texto inicial de la normativa arbitral y se refieren a la oportunidad en que los árbitros deben pronunciar el laudo y a la posibilidad de prórroga del plazo.

una irregularidad del procedimiento arbitral y en ese sentido debe orientarse la fundamentación de la anulación.

³¹³ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de arbitraje*, 1º edición, cit., pp. 1253 – 1256.

³¹⁴ En ese mismo sentido: HIERRO HERNANDEZ MORA, Antonio, HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: “Plazo, forma, contenido y notificación del Laudo”, en: GONZALES SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, pp. 394 – 395.

- La tercera salvedad es la que trae novedades pues, deja establecido que, de no existir acuerdo de las partes en contrario, la expiración del plazo sin que se haya dictado el laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, consecuencia de lo cual es la eliminación del segundo párrafo del texto original del artículo 37.2 LA.

- La parte in fine del artículo 37.2 LA, describe además los siguientes efectos: 1°. Que el convenio arbitral no pierde su eficacia, en este caso, claro está, sea si las partes tengan o no acuerdo en contrario para no dar validez al laudo pronunciado fuera de plazo; 2°. El laudo pronunciado también tiene validez, aunque un convenio en contrario podría dar lugar a una futura impugnación del laudo; 3°. Los árbitros incurrir en responsabilidad por no haber pronunciado el laudo dentro del plazo, sea que exista o no exista convenio por las partes.

La salvedad por la que se acuerda no dar validez al laudo pronunciado fuera de plazo, sea el pactado por las partes o el que prevé la Ley de Arbitraje, atribuida a la voluntad de las partes, debe tener virtualidad antes del pronunciamiento del mismo. En efecto, si la norma da validez al laudo pronunciado fuera de plazo y salva los acuerdos de partes, esa salvedad necesariamente debe estar referida a un acuerdo en contra de la validez que la Ley de Arbitraje reconoce al laudo extemporáneo.

3) Precisiones críticas acerca de la nueva redacción del artículo 37.2 de la Ley de Arbitraje relativa a la validez de laudo extemporáneo.

Toda nueva normativa, más aun en la forma cómo ha sido diseñada la que nos ocupa, conlleva siempre críticas, en favor o en contra. En principio, debemos señalar que, si bien la norma define la situación del laudo dictado fuera de plazo a favor del sistema arbitral, la forma en que lo hace deja ciertas dudas sobre sus alcances.

- Sobre la dicción de la norma podemos decir, en principio, que las salvedades previstas están diseñadas por el legislador en sentido “contrario”, esto es, el acuerdo de las partes debe ser necesariamente en sentido “negativo” a lo que determina la norma. No siempre el sentido contrario resulta ser el correcto para dejar en claro que, lo que dispone la norma, claudica frente a la voluntad de las partes; así por ejemplo, en la primera salvedad de la norma, más propiamente hubiera sido mencionar: “salvo acuerdo diferente de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia...”.

- BARONA VILAR³¹⁵ puntualiza otra observación a la técnica legislativa empleada en la redacción de la última parte del artículo 37.2 LA, concretamente a la tercera salvedad pues, contradictoriamente, se dice que la expiración del plazo sin que se hubiera dictado laudo definitivo no afectara al laudo dictado. Como dice la profesora, si no hay laudo, cómo éste puede ser afectado. Claro está que el verdadero alcance de la norma nos está diciendo, por una parte, que llegado el *dies ad quem* del plazo, es verificable la inexistencia del laudo y, por otra parte, que el laudo que se conoce y sale a la luz, también es verificable que ha sido pronunciado en un momento posterior a la expiración del plazo.

- Pero lo más llamativo y que obviamente traerá consecuencias, a salvo que la jurisprudencia establezca una línea interpretativa, es el hecho de que, como señala la profesora BARONA³¹⁶, la norma no menciona el límite en el que el o los árbitros pueden pronunciar el laudo una vez vencido el plazo convenido o el que establece la Ley. En la forma en que viene redactada la norma, lo mismo daría que el laudo se dicte al día siguiente de vencido el plazo o al cabo de dos meses, por ejemplo. En ese sentido también expone su criterio acerca de que no es posible entender un límite temporal razonable de la validez

³¹⁵ BARONA VILAR, Silvia (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2º Edición, cit., p. 1528, también p.1729.

³¹⁶ Ult. Cit., p.1528.

del laudo extemporáneo, por cuanto no habría una base legal para ello, por lo mismo, por muy irrazonable que sea la extemporaneidad (por ejemplo dos meses), no tendría sustento el intento de una acción de anulación basado en ese criterio o, del otro lado, no cabría la acción si la extemporaneidad del laudo está dentro de unos límites considerados razonables (dos días por ejemplo)³¹⁷.

4) Precisiones conceptuales acerca del nuevo diseño del artículo 37.2 de la Ley de Arbitraje, relativo al laudo extemporáneo

No solo que la dicción de la norma deja mucho para el comentario pues, lo más relevante es que trae consecuencias al propio sistema arbitral por cuando no debe olvidarse que, en torno a aquel momento en que debe pronunciarse el laudo, giran otros aspectos relacionados con la propia naturaleza del arbitraje.

En cuanto a lo que nos ocupa, o sea la validación del laudo pronunciado fuera de plazo, en el Preámbulo de la Ley 11/2011 encontramos ciertos justificativos como cuando se menciona que, dentro del impulso de modernización de la Administración de Justicia, la Ley 60/2003, de arbitraje, “en la práctica se ha mostrado mejorable” como un equivalente jurisdiccional. También agrega que otras modificaciones buscan incrementar tanto la seguridad jurídica como la eficacia de estos procedimientos a la vista de la experiencia de estos últimos años. Con ello se pretende mejorar las condiciones para que definitivamente se asienten en España arbitrajes internacionales”. En cuanto a la sustanciación del procedimiento arbitral y del laudo en concreto, dice: “Respecto del laudo, las modificaciones se han centrado en el plazo y forma del laudo. Así, se modula una solución, a favor del arbitraje, para los casos en que el laudo se dicta fuera de plazo, sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros”.

³¹⁷ Ult. Cit.: p. 1730.

Por ello queremos referirnos a ciertas precisiones conceptuales que tienen su origen en la última parte del artículo 37.2 LA:

- Habíamos adelantado que la salvedad en “contrario” prevista en la última parte del artículo 37.2 LA para restar validez al laudo frente a la eventualidad de su pronunciamiento extemporáneo, debía haberse concluido en un acto voluntario de ambas partes con anterioridad al momento de expiración del plazo; y ello tiene sentido por cuanto, si interpretamos que esa salvedad es producto de un acto realizado en forma posterior a aquel momento, carecería de sentido por cuanto ya se conocería los resultados del laudo y es muy difícil pensar que las partes, en tales circunstancias se pongan de acuerdo para no dar validez al laudo extemporáneo; normalmente habrá una parte a quien, una vez conocido el laudo, no le interese restarle validez al pronunciamiento extemporáneo por ser favorable a sus intereses y, por lo mismo, la acción de anulación no tendría cabida por estas circunstancias. Dicho de otra forma, si interpretamos que la salvedad se acuerda con posterioridad al pronunciamiento del laudo, resultaría que las partes (no obstante saber que a una de ellas el laudo extemporáneo le es favorable) convienen no reconocer esa eventualidad que ya la conocen ambas y, entonces, abriría el camino de la anulación a cualquiera de ellas, lo cual, a nuestro entender, resulta poco probable por lo referido anteriormente.

- La mayor preocupación, sin embargo, es la que advierte y describe la profesora BARONA VILAR³¹⁸ quien sostiene que, el otorgar validez al laudo extemporáneo, altera ciertas bases ya definidas que, en su momento, no tenían el mismo efecto como consecuencia de la original redacción del segundo párrafo del artículo 37.2 LA, hoy inexistente. En efecto, con la nueva redacción que da validez al laudo extemporáneo, ya no se puede sostener que, expirado el plazo, el laudo que se pronunciaba era inexistente; o que el o los árbitros dejan

³¹⁸ Ult. Cit.: p. 1528.

de serlo por el solo hecho de no haber pronunciado el laudo dentro del plazo; o que la terminación de las actuaciones arbitrales en los alcances del artículo 38.1 LA, carecería de sentido pues, se presume que dicha norma hace referencia al laudo definitivo pronunciado en tiempo oportuno, no al laudo extemporáneo. En fin, se puede escudriñar y detectar otras connotaciones que puede producir el nuevo diseño de la última parte del artículo 37.2 LA.

- Si en los alcances del segundo párrafo de la redacción original del artículo 37.2 LA (“*La expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros*”), concordante con el inalterado artículo 38.1 LA (“*...las actuaciones arbitrales terminarán y los árbitros cesarán en sus funciones con el laudo definitivo*”), el plazo que se preveía (ya el adoptado por las partes o el que dispone la Ley) tenía tal relevancia que, si dentro del mismo no se pronunciaba el laudo, implicaba que todo el procedimiento arbitral dejaba de tener significación alguna pues, como dejaba entrever la norma (segundo párrafo del artículo 37.2 LA, de la redacción original, ahora inexistente), el proceso arbitral concluía por no haberse pronunciado el laudo en el plazo establecido. En otras palabras, este plazo era el que, en realidad, dotaba de eficacia al laudo cuando el pronunciamiento de los árbitros era oportuno; con el nuevo diseño de la norma, el plazo ha dejado de tener la misma importancia y relevancia para el sistema arbitral por cuanto, si las partes nada han convenido en contrario, el laudo extemporáneo es válido y, por lo mismo, el plazo queda reducido a una eventual determinación de responsabilidades para los árbitros.

5) Anulación del laudo extemporáneo

Si las partes han convenido no dar eficacia al laudo extemporáneo y éste efectivamente se pronuncia fuera de plazo, el reconocimiento de la validez que le da la parte *in fine* del artículo 37.2 LA, claudica ante la voluntad de las partes. En efecto, cuando la norma dice “*Salvo acuerdo en contrario de las*

partes, la expiración del plazo (...) no afectará (...) la validez del laudo dictado...”, la consolidación de esa validez está supeditada a una condición, cual es: Que las partes no hayan acordado restar eficacia o validez al laudo extemporáneo.

Esta eventualidad configurada, por una parte, por la existencia de acuerdo de partes para negar eficacia al laudo extemporáneo y, por otra parte, por el pronunciamiento del laudo fuera de plazo, tiene las siguientes connotaciones:

1°. Ya dijimos que, la validez que le otorga la Ley al laudo extemporáneo, deja de tener virtualidad plena cuando las partes tienen un acuerdo para restarle dicha validez al referido laudo.

2°. No significa, sin embargo, que la existencia de un acuerdo por el que las partes convengan no dar validez al laudo extemporáneo, implique de hecho la invalidez o ineficacia del laudo, pues éste, aun extemporáneo, despliega sus efectos. Cosa diferente es que esa situación ponga al alcance de las partes los elementos configuradores del motivo de anulación contenido en el artículo 41.1.d) LA.

3°. El laudo extemporáneo, en este caso, se constituye en fundamento principal para que cualquiera de las partes pueda plantear la acción de anulación por infracción del procedimiento arbitral, sea éste el acordado por las partes, sea el que prevé la institución administradora del arbitraje al cual las partes han acudido o, el que prevé la Ley.

3°. Si las partes no han formulado en forma oportuna, y por el cauce correspondiente, la acción de anulación, implica que el laudo extemporáneo, a pesar de que las partes hayan convenido no darle validez, despliega los efectos de la cosa juzgada.

3. Efectos que produce la sentencia que acoge la pretensión

Si se estima la anulación por este motivo, los efectos resultan ser similares a los del motivo del artículo 41.1.b LA, es decir, el proceso no se retrotrae al momento en que se ha producido o configurado el motivo. El arbitraje realizado se tiene como no existente y por lo mismo las partes son libres de reiniciar el procedimiento arbitral por cuanto no existe pronunciamiento sobre el fondo de la controversia y porque el convenio mantiene toda su eficacia.

CONCLUSIONES

Las conclusiones que exponemos tienen por finalidad sintetizar y precisar lo que, a criterio nuestro, constituye lo más relevante y esencial de cada uno de los motivos de anulación contemplados en la Ley de Arbitraje y, por ende, las circunstancias que el legislador ha previsto como fundamentos de procedencia del único medio de impugnación contra el laudo arbitral.

I. SOBRE LA NATURALEZA DE LA ACCION DE ANULACION

1. La acción de anulación origina un proceso donde se ejercita una pretensión anulatoria constitutiva, que se desarrolla en sede judicial, de carácter extraordinaria por cuanto el interés procesal nace en una disposición de la ley que son los motivos tasados y cuya finalidad es la del control de la validez del laudo pronunciado dentro de un proceso arbitral. Controla la eficacia del convenio que dio origen al arbitraje; la legalidad de la designación de árbitros y la efectividad de sus resoluciones y que; en el desarrollo del procedimiento, no se haya incurrido en irregularidades ni se cauce indefensión a las partes ni se vulnere derechos fundamentales. Son susceptibles de esta acción los laudos que resuelve la cuestión de fondo y los que resuelven otras cuestiones como son las relativas a la competencia de los árbitros, medidas cautelares, resoluciones sobre excepciones de existencia o invalidez del convenio o cualquier otra excepción que impida el ingreso al fondo de la controversia.

2. El objeto del proceso anulatorio, lo constituye la pretensión de ineficacia del laudo arbitral, a esa situación jurídica apuntan los motivos de anulación que origina el proceso en sede judicial. Cualquiera que sea el motivo en que se sustente la pretensión anulatoria, el *petitum* siempre será el mismo: La ineficacia del laudo arbitral y; la *causa petendi*, o sea los hechos, están en directa relación con los presupuestos que identifican cada motivo.

Los componentes subjetivos del proceso anulatorio lo constituyen: Por una parte, las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad, a quienes se les atribuye competencia objetiva y territorial para conocer de la acción de anulación y; por otro lado, las partes que han intervenido en el proceso arbitral, estarán también legitimadas para serlo en el proceso anulatorio. También el Ministerio Fiscal, cuando el gravamen provocado por el laudo recae sobre el interés público y, un tercero, cuando se demuestre interés legítimo.

Con relación a la actividad, según las circunstancias y el motivo base de la acción impugnatoria, se deben cumplir ciertos presupuestos previos que permitan la admisión de la pretensión anulatoria: La denuncia previa ante los mismos árbitros, la oposición de excepciones y la petición de rectificación por extralimitación parcial del laudo. Una norma de remisión establece que, el cauce procesal para sustanciar la pretensión anulatoria, es el del juicio verbal, es decir, el previsto en el Libro II, Título III LEC, aunque en forma específica también se establecen ciertas peculiaridades adoptadas para el referido proceso que vienen a constituir mayores precisiones en la tramitación.

II. EL CONVENIO INEXISTENTE Y EL NO VALIDO

1. En el artículo 41.1.a LA implícitamente se hace referencia a los supuestos de nulidad y anulabilidad de la normativa civil, claro está que tal referencia debe asumirse en función a lo que dicha Ley establece respecto de los presupuestos y alcances del convenio arbitral que se encuentran expresados en el Título II LA. Se debe tener presente, en todo lo que corresponde, la teoría general de los contratos donde se consagran los principales supuestos de ineficacia, en el entendido de que es la propia Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje la que, respecto a los requisitos y efectos del convenio arbitral, subsidiariamente nos remite a la ley civil.

De los requisitos formales y esenciales, o de contenido, que la Ley de arbitraje establece para que el convenio sea sustento válido del arbitraje, depende también la configuración del motivo de anulación, es decir, la observancia o no de esos requisitos nos darán las pautas de la ineficacia o invalidez del convenio.

2. Para instar la acción sobre la base de este motivo, debe agotarse previamente el cauce de la excepción relativa a la “*existencia o a la validez del convenio arbitral*” al cual las partes tienen el derecho de acceder en el curso del procedimiento arbitral y, aunque la normativa hace referencia a la “competencia” de los árbitros, incluye en la misma lo relativo a la existencia o validez, aspecto éste justificado en la Exposición de Motivos. Si no se formula la excepción, se produce el efecto convalidante.

3. Son casos de ineficacia del laudo, entre otros: Cuando el convenio nunca ha nacido ni nunca se ha pretendido concluirlo o, los casos de ausencia de algún requisito de formación; invalidez caracterizados por la concurrencia de vicios en dichos requisitos; cuando en el convenio se involucran controversias con materia no disponibles; invalidez por alegarse existencia de convenio verbal o que, por ningún medio, sea posible constatar la constancia de la existencia del convenio y no sea posible su consulta ulterior; invalidez por inobservancia de la condición o plazo al que fue sometido el convenio.

4. Tratándose del arbitraje instituido en testamento, éste adquiere virtualidad con la muerte del testador; y, en ese sentido, dicha disposición testamentaria es siempre revocable. Para instar la anulación del laudo que se pronuncia en el marco de un arbitraje testamentario, se aplica lo relacionado con la oposición de excepciones de inexistencia o invalidez del convenio, la protesta previa o el pedido de rectificación por extralimitación. Además de los sujetos del arbitraje aún no determinados, esta modalidad de instituir el convenio se concluye también sobre probables controversias aún no suscitadas; se entiende sin embargo que aquellas girarán en torno a estamentos del derecho

sucesorio, como la distribución o administración de la herencia, a partir de la apertura de la sucesión, no antes.

III. LA PROSCRIPCIÓN DE LA INDEFENSIÓN

1. La proscripción de la indefensión encuentra su acomodo en el artículo 41.1.b LA, acerca de lo cual se ha desarrollado la doctrina y la jurisprudencia del TC, distinguiendo entre la indefensión material -que comprende aquella infracción a la tutela judicial que produce efectos contrarios a las posibilidades de defensa de quien la invoca- y la indefensión formal o procesal -se produce por infracción de normas de índole procesal ligadas al derecho de defensa-.

2. Los términos en los que está redactada la norma, refiere actos de notificación -no a la inicial citación- relativos al desarrollo del arbitraje cuyo inicio se produce cuando el demandado recibe el requerimiento de someter a arbitraje la controversia suscitada. Se prevé tres sub motivos, dos de ellos ligados a los actos de comunicación -falta de notificación con la designación de árbitro o con las actuaciones arbitrales- trae a colación también dos momentos del desarrollo del arbitraje: Uno, el relacionado con la preparación del procedimiento y otro; el procedimiento arbitral propiamente dicho. La proscripción de la indefensión adquiere virtualidad en ambos momentos del arbitraje, es decir, cuando el motivo proscribire la indefensión proveniente de una indebida notificación de la designación de un árbitro -se precautela la correcta composición de la relación heterocompositiva y el desarrollo válido del arbitraje- y cuando el sub motivo proscribire una indebida notificación de las “actuaciones arbitrales” -que se producen en el desarrollo del procedimiento arbitral propiamente dicho y se precautela los derechos de las partes de intervenir en las diversas actuaciones- garantizando el ejercicio de los derechos de igualdad, audiencia y contradicción.

3. No se atribuya trascendencia invalidante a la sola ausencia de notificación sino, en cuanto se entiende que por tal omisión la parte queda impedida de hacer valer sus derechos vinculados a garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros, es decir, el derecho de las partes a que la decisión de la controversia esté exenta de injerencia o intromisión o de algún interés o relación personal del árbitro con el problema.

Lo mismo respecto de las actuaciones arbitrales que se producen en el curso del procedimiento, las cuales no pueden sustraerse del conocimiento de las partes. Todas esas actuaciones caen en la posibilidad de no ser notificadas debidamente a las partes, sin embargo, las previsiones relacionadas con las “formas de las actuaciones arbitrales” –principalmente la obligatoriedad de los actos de notificaciones- llenan de un contenido concreto el sub motivo y ponen de manifiesto las exigencias de los principios de igualdad, audiencia y contradicción mencionado en el artículo 24 LA.

Cuando la norma refiere que “...no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”, significa que, por algún acto del árbitro o árbitros, las garantías reconocidas a las partes respecto a la igualdad, a ser oído y a contradecir, han sido desconocidos o menoscabados causando perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa.

IV. EL LAUDO INCONGRUENTE

1. Si los árbitros resuelven sobre cuestiones que las partes no han sometido a su decisión, implica incongruencia y el artículo 41.1.c LA lo contempla como motivo de anulación.

Para instar la acción se debe cumplir cierta actividad ante los mismos árbitros: En primer lugar, la oposición de la excepción de “exceso de la competencia de los árbitros” que adquiere concreción frente a las posibilidades de incongruencia en que pueden incurrir los árbitros; en segundo lugar, la

petición de rectificación de la extralimitación parcial del laudo que se concretiza ante los mismos árbitros y cuando se conoce el laudo pronunciado.

2. El motivo precautela el principio dispositivo en su vertiente del deber de congruencia de la decisión de los árbitros, la cual puede precisarse, por un lado, por la autonomía de la voluntad concretizada en el convenio arbitral y en las alegaciones formuladas por las partes y; por otro lado, por el contenido del laudo arbitral pronunciado por los árbitros.

3. La incongruencia que subyace en este motivo es la *extra petita* o por exceso, pero en consideración únicamente al componente objetivo del proceso, por lo mismo, puede implicar mutación de la *causa petendi* y/o del *petitum*, contenidos en las pretensiones formuladas por las partes. Se explica la exclusión del componente subjetivo en el sentido de que a los árbitros en ningún caso les está permitido pronunciarse respecto de alguien que no ha sido parte en el proceso y, en tal caso, este exceso estaría al amparo del motivo que proscribía la infracción del orden público. La congruencia no debe interpretarse restrictivamente pues los árbitros gozan de cierta flexibilidad, a la hora de resolver, respecto de aquellos aspectos que por su finalidad y por los antecedentes de la controversia se encuentran implícitos o son consecuencia de la decisión de las pretensiones.

V. INFRACCION DEL PROCEDIMIENTO ADOPTADO

1. La normativa contenida en el artículo 41.1.d LA tiene dos componentes: Que la designación de los árbitros no obedece al acuerdo de las partes o a la misma norma arbitral y; que el procedimiento arbitral no obedece al acuerdo de partes o no se han ajustado a la Ley de arbitraje. En ambos casos la norma también prevé una salvedad: Que el acuerdo de partes no sea contrario a norma imperativa de la Ley de Arbitraje.

2. En el caso de infracción del procedimiento en la designación de árbitros se impone, por una parte, un mandato legal: Prohibición de vulnerar el

principio de igualdad y; por otra parte, la interdicción de toda relación personal, profesional o comercial con las partes, respecto de las cuales deben ser independiente e imparciales. La infracción se determinará analizando cada caso en particular y tomando en cuenta la relevancia de la infracción pues no cualquier circunstancia puede constituir sustento de una denuncia de designación irregular de árbitros.

3. Aunque en forma expresa la Ley de Arbitraje no hace referencia al “procedimiento”, sí debe entenderse que, “*la sustanciación de las actuaciones arbitrales*”, regulado en los Títulos V y VI LA, constituyen las reglas que determinan ese procedimiento arbitral. En este sub motivo de la normativa subyace, una vez más, la voluntad de las partes, lo cual queda en evidencia en las frases “*salvo acuerdo en contrario de las partes*” y “*a falta de acuerdo de las partes*”, que son recurrentes en ese conjunto de normas y que deja en claro que, solo en defecto de aquella cobra vigencia la autoridad de los árbitros o las disposiciones pertinentes de la Ley arbitral.

Lo relevante es establecer qué es lo que se entiende por el hecho de que las partes “*no se han ajustado*” a ese procedimiento, ya si se trata del procedimiento pactado, del procedimiento del reglamento adoptado o del procedimiento prescrito en la Ley de Arbitraje, a los que hace referencia la norma. Los acuerdos de las partes, en todo caso, no debe estar en contradicción con la normativa arbitral o, dicho de otra manera, el acuerdo voluntario no significa que las partes puedan desconocer normas imperativas de la Ley 60/2003.

La trascendencia anulatoria que subyace en este motivo es una significación precisa y emergente de específicas disposiciones de la Ley que regulan las actuaciones arbitrales. En las dos posibilidades procedimentales -el asumido por las partes o el que prevé la Ley-, la infracción que constituye fundamento de anulación, será aquella que afecta a cada una de las estipulaciones del acuerdo de partes o de las disposiciones de la Ley. Pero no

cualquier irregularidad sirve para argumentar anulación; es imprescindible realizar, caso por caso, una labor de ponderación tomando en cuenta la trascendencia que en el procedimiento haya tenido la infracción denunciada, sin llegar al terreno de la indefensión pero tampoco podrá prescindirse de exigencias de trascendencias mínimas en cuanto al correcto desarrollo del proceso arbitral.

4. Si las partes han convenido no dar eficacia al laudo extemporáneo y éste efectivamente se pronuncia fuera de plazo, el reconocimiento de la validez que le da la parte *in fine* del artículo 37.2 LA, claudica ante la voluntad de las partes, por cuanto, si la norma dice “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo (...) no afectará (...) la validez del laudo dictado...*”, la consolidación de esa validez está supeditada a que las partes no hayan acordado restar eficacia o validez al laudo extemporáneo.

La existencia de un acuerdo por el que las partes convengan no dar validez al laudo extemporáneo, no implica de hecho la invalidez o ineficacia del laudo, pues éste, aun extemporáneo, despliega sus efectos. Cosa diferente es que esa situación ponga al alcance de las partes los elementos configuradores del motivo de anulación. Así, el laudo extemporáneo constituye motivo para que las partes puedan formular la acción por infracción del procedimiento arbitral; pero si ello no se produce oportunamente, a pesar de que las partes hayan convenido no darle validez, despliega los efectos de la cosa juzgada.

VI. EL LAUDO PRONUNCIADO SOBRE CUESTIONES NO SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE

El principal punto de referencia para determinar los alcances de lo que significa materias no susceptibles de arbitraje conforme la norma del artículo 41.1.e LA, las encontramos en la norma principista del artículo 2.1 LA, relativo a la disponibilidad de la materia.

1. Lo mismo que en el caso del motivo previsto en el artículo 41.1.c LA, para instar la acción de anulación sobre la base de este motivo, debe formularse la oposición de la excepción de “exceso de la competencia de los árbitros” ante las posibilidades de que los árbitros se pronuncien sobre materia no arbitrables. Pero además, una vez pronunciado el laudo, la parte debe formular la petición de rectificación de la extralimitación parcial del laudo ante los mismos árbitros.

2. El motivo precautela el ámbito de competencia objetiva de los árbitros y proscribire los pronunciamientos de laudos en los que se hayan decidido cuestiones no susceptibles de arbitraje. Para establecer la indisponibilidad, se asume el criterio de la máxima generalidad y el mínimo contenido normativo al establecer un principio general: el de la “libre disponibilidad conforme a Derecho” para determinar qué es lo que puede ser materia de arbitraje en la cual subyacen los conceptos de arbitrabilidad y disponibilidad, límites naturales del principio de la autonomía de la voluntad.

Disponibilidad implica que las partes tienen facultad para disponer de sus derechos, a través de la formulación de una pretensión, para alcanzar consecuencias jurídicas a través del arbitraje; pero si esa pretensión solo puede hacerse efectiva en vía jurisdiccional, entonces nos encontramos ante materia indisponible para el sistema arbitral. Cuando la norma hace alusión a que la disponibilidad debe ser “conforme a derecho”, se impone el criterio del legislador y se sustrae, esa determinación, de la voluntad de las partes.

3. Al momento de la suscripción del convenio el concepto adquiere relevancia pues, si en éste se incluyen controversias sobre materias o cuestiones no susceptibles de arbitraje e indisponibles a la voluntad de las partes. Iniciado el procedimiento arbitral pueden oponer la excepción de invalidez del convenio por haberse incluido en él materias inarbitrables y con afectación a la competencia misma de los árbitros, misma que puede ser resuelta como una cuestión previa a través de un laudo expreso o, en su caso,

pueden posponer la resolución para el momento en el que se pronuncien sobre el fondo de la cuestión principal.

Dependiendo de la oportunidad en que se resuelve la excepción, se abren dos posibilidades de impugnación a través de la acción de anulación: 1°. Si la excepción se resuelve como cuestión previa y es denegatoria, en forma inmediata las partes tienen la oportunidad de impugnar la resolución formulando la acción de anulación con base en el motivo de invalidez del convenio; 2°. Si la excepción se resuelve conjuntamente la pretensión principal y es denegatoria, entonces el sustento de la acción de anulación será porque los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Así, queda de manifiesto la diferencia entre una y otra oportunidad para formular la acción de anulación y la explicación del porqué la acción de anulación del laudo basado en el motivo de *“que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje”* solo adquiere virtualidad cuando se pronuncia el laudo definitivo por cuanto, podrá ocurrir también que los árbitros hayan resuelto pretensiones con materia arbitrable y otras sobre materias inarbitrables.

4. A excepción de la exclusión expresa de los arbitrajes laborales, la Ley no establece un elenco específico de materias excluidas del arbitraje y se deja abierta la adaptabilidad del derecho a la posibilidad de restricción o permisibilidad de esa disponibilidad. Dentro de ese ámbito, se encuentran los derechos de la personalidad por estar ligados a la naturaleza misma del hombre; el Estado Civil de las personas en razón de que existe un interés público que impide a sus titulares disponer de los mismos; las cuestiones relacionadas con el Derecho de Familia también porque es una institución de interés público; las cuestiones litigiosas que afectan al interés general como la Administración Pública.

VII. INFRACCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

1. El orden público, cuya infracción conlleva anulación del laudo conforme el motivo del artículo 41.1.f LA, es un concepto indeterminado y, por su carácter amplio e impreciso, en la aplicación de su contenido a casos concretos, su determinación debe estar orientado: por una parte, en consideración a que el concepto está integrado básicamente por la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la CE y, por otra parte, en consideración a que en el ámbito de los derechos materiales se cristalizan en torno a los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos indispensables para la conservación de la sociedad en una determinada época informadores de las instituciones jurídicas coincidentes con los principios generales del derecho.

2. En el ámbito jurídico privado el orden público constituye un límite al libre juego de la voluntad de los particulares en atención a intereses generales que debe ser aceptado en base a la construcción de un orden necesario para la vida en comunidad. Pertenecen al orden público las materias situadas dentro del orden constitucional que no pueden ser ni impedidas ni menoscabadas por los acuerdos de los particulares, por lo mismo, la autonomía de la voluntad tendrá virtualidad en tanto lo permita su límite que es el orden público.

3. La acción de anulación por el motivo de infracción de orden público no es una vía para revertir un laudo considerado injusto y para pretender una resolución más justa. A través de este motivo solo debe admitirse el control de aquellas infracciones a los derechos fundamentales y libertades públicas consagradas en el Capítulo II Título I de la CE y que no tienen cabida en otros motivos de anulación. Ese control no puede ser motivo ni para revisar la aplicación del derecho por los árbitros ni para revisar la razonada valoración de los medios probatorios, ni para sustituir el criterio de los árbitros por el de los jueces.

BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, “Algunas Cuestiones sobre la anulación judicial del Laudo en la Ley 60/2003, de Arbitraje”, *Diario La Ley*, año XXV, No.6108, 18 de octubre de 2004.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La anulación del Laudo arbitral*, Ed. Comares, Granada, 1996.

ARIAS LOZANO, David, (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2005.

BARONA VILAR, Silvia (Coord.), *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, Ed. Thomson – Civitas, Pamplona, 2007.

Ídem, *Comentarios a la Ley de Arbitraje Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Tras la Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de Mayo*, Ed. Civitas – Thomson Reuters, 2º edición, Madrid, 2011.

Ídem, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, 1ª edición, Ed. Thomson – Civitas, Madrid, 2004.

Ídem, *Medidas Cautelares en el Arbitraje*, Ed. Thomson - Civitas, Navarra, 2006.

Ídem, *Recurso de anulación del laudo arbitral*, *Revista española de arbitraje* (1988 – 1989), Madrid.

BERNARDO SAN JOSE, Alicia, *Arbitraje y Jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Ed. Comares, Granada, 2002.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, en AA.VV., *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva ley de arbitraje 60/2003*, Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2005.

CABALLOL AGELATS, Lluís, *El Tratamiento Procesal de la Excepción de Arbitraje*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

CADARSO PALAU, Juan, “Motivos”, en GONZÁLEZ SORIA, Julio, (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004.

CAIVANO, Roque J., *ARBITRAJE*, 2º edición, Ed. ad-hoc, Buenos Aires, 2000.

CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volúmenes I, II y III, Ed. Librería “El Foro”, Buenos Aires – Argentina, 1996.

CAMPO VILLEGAS, Elías, “I. Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al Orden Público o a normas imperativas”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, Tribunal Arbitral de Barcelona, Ed. Bosch, No.7, año 2006.

CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, Volúmenes I, II y III, Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1978.

CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994.

CORDÓN MORENO, Faustino, *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

CORREA HENAO, Néstor Raúl, *Derecho procesal de la acción de tutela*, Ed. Fundación Cultural Javierana, Bogotá, 2001.

COULLAUT SANTURTUN, Ana María, “Acción de Anulación del laudo”, en ARIAS LOZANO, David (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Ed. Thomson – Aranzadi, 2005.

CUARTERO RUBIO, Ma. Victoria, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Ed. Eurolex, Madrid, 1997.

CUCARELLA GALIANA, Luis – Andrés, *El Procedimiento Arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004.

Ídem, “Los Medios de Impugnación en la Ley 60/2003, 23 de diciembre, de arbitraje”, *PRACTICA DE TRIBUNALES*, Año II, No. 15, abril, 2005.

DE BARTOLOME CENZANO, José Carlos, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de declaración*, 2ª edición, Ed. Centro de estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001.

DE MARTIN MUÑOZ, Alberto, HIERRO ANIBARRO, Santiago, (Coords.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2006.

DE SANTO, Víctor, *Nulidades Procesales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1999.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1997.

DÍEZ - PICAZO, Luís, GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Volúmenes I, II y III, Novena Edición, Ed., Tecnos, Madrid, 2001.

FERNANDEZ- BALLESTEROS, Miguel Angel, "Acción de anulación del laudo", en GONZALES SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004.

FERNANDEZ MASIÁ, Enrique, *Arbitraje en Inversiones extranjeras: El Procedimiento Arbitral en el CIADI*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2004.

FERNANDEZ ROSAS, José Carlos (Director), *La nueva ley de arbitraje, Estudios de Derecho Judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

FERNANDEZ SEIJO, José María, "El Principio *iura novit curia* y el principio de aportación de parte", en AA.VV., *El Proceso Civil*, Ed. tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

FURQUET MONASTERIO, Noelia, *Las comunicaciones procesales*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005.

GARBERÍ LLOBREGAT, José, (Director), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004.

GARBERÍ LLOBREGAT, José, BUITRON RAMIREZ, Guadalupe, *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Amplia selección de jurisprudencia y legislación complementaria*, Ed. Colex, Madrid, 2006.

GARBERÍ LLOBREGAT, José, SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, VECINA CIFUENTES, Javier, *Legislación Arbitral (Interna e Internacional)*, Ed. COLEX, Madrid, 1998.

GARCIA PEREZ, Carmen, *El arbitraje testamentario*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1999.

GASPAR LERA, Silvia, *El ámbito de aplicación del Arbitraje*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán; *Nuevo Régimen de Arbitramento*, Ed. Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, 1999.

GOMEZ JENE, Miguel, “Ambito de aplicación”, en ARIAS LOZANO, David (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Ed. Thomson – Aranzadi, 2005.

GONZÁLEZ MALABIA, Sergio, “De los árbitros”, en BARONA VILAR, Silvia (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Tras la Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de Mayo*, Ed. Civitas – Thomson Reuters, 2º edición, Madrid, 2011.

GONZALES-MONTES SANCHEZ, José Luis: *El control judicial del arbitraje*, Ed. La Ley, Madrid, 2008.

GONZALO QUIROGA, Marta: *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*, Ed. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003.

GOZAÍNE, Oswaldo Alfredo, *Derecho procesal Constitucional. AMPARO*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2004.

GUASP DELGADO, Jaime, ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 6º edición, Ed. Thomson – Civitas, Madrid, 2003.

GUASP DELGADO, Jaime: *La pretensión procesal*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.

GUILARTE GUTIERREZ, Vicente (Director), MATEO SANZ, Jacobo B., *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004.

GUIMARAES RIBEIRO, Darci: *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004.

GUZMÁN FLUJA, Vicente, “Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos”, en BARONA VILAR, Silvia (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Ed. Thomson –Civitas, Madrid, 2004.

HERNANDEZ - GIL ALVAREZ CIENFUEGOS, Antonio, “Disposiciones Generales”, en DE MARTIN MÑOZ, Alberto, HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coords.), en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2006..

HERNANDEZ BURRIEL, Jorge, “Disposiciones Generales”, en HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Ed. Grupo Difusión, Barcelona, 2004.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Ed. Grupo Difusión, Barcelona, 2004.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: “De la anulación y de la revisión del laudo”, en DE MARTIN MUÑOZ, Alberto, HIERRO ANIBARRO, Santiago, (Coords.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2006.

LARROSA AMANTE, Miguel Ángel, “Capacidad Procesal y Capacidad para ser parte”, en SALAS CARCELLER, Antonio (Director), *Las Partes. Problemática procesal*, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación Judicial, Madrid, 2006.

LEIBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, Ed. Biblioteca Jurídica, 2^o edición, Medellín, 1998.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, 4^o reimpresión, Ed., Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, SILGUERO ESTANAN, Joaquin, *Derecho de Arbitraje Español. Manual Teórico – Práctico de jurisprudencia arbitral española*, Ed. Dykinson, Madrid, 1994.

MANTILLA-SERRANO, Fernando: *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Ed. iustel, Madrid, 2005.

MARTÍ MINGARRO, Luis, “Renuncia tácita a las facultades de impugnación”, en GONZÁLES SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004.

MARTINEZ GARCIA, Elena, “De los árbitros”, en BARONA VILAR, Silvia (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Tras la Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de Mayo*, Ed. Civitas – Thomson Reuters, 2º edición, Madrid, 2011.

Ídem, *El Arbitraje como solución de Conflictos en propiedad intelectual*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2001.

Ídem, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2002.

MERINO MERCHÁN, José Fernando, CHILLON MEDINA, José Ma., *Tratado de Derecho Arbitral*, Ed. Thomson Civitas, 3º edición, Cizur Menor (Navarra), 2006.

MERINO MERCHÁN, José Fernando, *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho Público español*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Ídem, *Estatuto y Responsabilidad del Árbitro. Ley 60/2003, de Arbitraje*, Ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2004.

MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Volúmenes I y II, Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1986.

MILLÁN, Carlos, *La Incongruencia civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983

MOLINA CABALLERO, M. Jesús, *La congruencia en los laudos arbitrales*, Ed. Universidad de Málaga, 2002.

MONSERRAT QUINTANA, Antonio, “Los árbitros, Estatuto. Nombramiento. Recusación. Competencia arbitral”, *PRACTICA DE TRIBUNALES*, año II, No.14, marzo, 2005.

MONTERO AROCA, Juan, (Director), *Comentario Breve a la Ley de Arbitraje*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

MONTERO AROCA, Juan, *De la Legitimación en el Proceso Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

Ídem, *Los principios políticos de la nueva ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MONTERO AROCA, Juan, FLORS MATÍES, José, *Tratado de Juicio Verbal*, Ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2003.

MONTERO AROCA, Juan, GOMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTON REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional II*, Ed. Tirant lo Blanch, 9º edición, Valencia, 1999.

MONTESINOS GARCIA, Ana, *Arbitraje y Nuevas tecnologías*, Ed. Thomson – Civitas, Navarra, 2007.

MORENO CATENA, Víctor, “De la comparecencia y actuación en juicio”, en AA.VV., *El Proceso Civil*, Volumen I, Ed. tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MUNNE CATARINA, Frederic, “Jurisprudencia arbitral comentada”, AJA, No.7, año 2006.

Ídem, *La Administración del Arbitraje: Instituciones Arbitrales y Procedimiento Prearbitral*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.

MUÑOZ VIDAL, Antonio Bartolomé, *El arbitraje cooperativo*, Ed. Caja Rural Provincial de Murcia, 1978.

NAVARRO PEREZ, José Luis, *Ley de Arbitraje*, Ed. Comares, Granada, 1990.

NIEVA FENOLL, Jordi, *La intervención procesal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

Ídem, “Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición”, AJA, año 2002, No.3

OLIVENCIA RUIZ, Manuel, “Ámbito de Aplicación”, en GONZÁLES SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004.

Ídem, “Notificaciones, Comunicaciones y Cómputo de plazos”, en GONZÁLES SORIA, Julio (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004.

ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo, *iura novit curia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

Ídem, *La ejecución de laudos arbitrales*, Ed. Bosch, 1996

ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Thomson Aranzadi, 5º edición, Navarra, 2004.

PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ed. Abeledo Perrot, 16º edición, Buenos Aires, 2001.

PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2005.

PICO I JUNOY, Joan, *El Juez y la Prueba*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

Ídem, *El Principio de la buena fe procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003.

Ídem, “El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales”, *Diario La Ley*, año XXVI, No.6198, 25 de febrero de 2005.

PIETRO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 2º edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1985.

QUINTANA CARLO, Ignacio, BONET NAVARRO, Angel (Directores), *El Sistema Arbitral de Consumo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

RAMOS MENDEZ, Francisco, *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005.

SALAS CARCELLER, Antonio (Director), *Las Partes. Problemática Procesal*, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación Judicial, Madrid, 2006.

SUAREZ ROBLEDANO, José Manuel, “El Juez de control de arbitraje: Anulación y Revisión del laudo”, en FERNANDEZ ROSAS, José Carlos (Director), *La nueva ley de arbitraje*, Estudios de Derecho Judicial, 102 – 2006, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.

TAPIA FERNANDEZ, Isabel, “Arbitraje e Intervención Judicial”, en ROBLES GARZÓN, Juan Antonio, ORTELLS RAMOS, Manuel (Directores), *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Ed. Centro de ediciones de la diputación provincial de Málaga, Málaga, 2006.

TORIBIOS FUENTES, Fernando, “Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos”, en GUILLARTE GUTIERREZ (Director), MATEO SANZ, Jacobo B., *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004.

VERDERA SERVER, Rafael, “Arbitraje testamentario”, en BARONA VILAR, Silvia (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Ed. Thomson – Civitas, Madrid, 2004.

Ídem, “Forma y contenido del convenio arbitral”, en BARONA VILAR, S., (Coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, 1º edición, Ed. Thomson – Civitas, Madrid, 2004.

YAÑEZ VELASCO, Ricardo, ESCOLÁ BESORA, María Elisa, *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2004.

PAGINAS DE INTERNET

<http://www.poderjudicial.es> Consejo General del Poder Judicial. Buscador de Jurisprudencia.

<http://www.tribunalconstitucional.es> Buscador de Jurisprudencia Constitucional

<http://www.boe.es>

<http://www.uncitral.org>