

# El comercio exterior y la nueva Ley española de Arbitraje

## Visión general de la figura arbitral en España

Finalmente el legislador español se ha decidido por dar el importante paso de adaptar la obsoleta normativa reguladora del arbitraje de 5 de Diciembre de 1988 a la realidad de la práctica mercantil internacional, tomando como referencia el contenido de la Ley Modelo UNCITRAL (United Nations Comisión of International Trade Law), que regula este aspecto vital del comercio exterior.

Los profesionales del derecho en todos los sectores y especialmente los operadores comerciales en el ámbito internacional de los negocios llevaban reclamando desde hace tiempo el necesario ajuste de las reglas aplicables a la gestión del arbitraje como instrumento de resolución de conflictos derivados del contrato, tratando así de fomentar y potenciar su uso alternativo frente a la vía judicial.

El caso de España no es ajeno ni distinto al resto de países de la órbita latina. Las estadísticas elaboradas por las Cámaras de Comercio nacionales reflejan que las Cortes de Arbitraje adscritas a estas instituciones apenas desarrollan una actividad regular, con la salvedad hecha de las que tienen su sede en Madrid y Barcelona. Esta valoración no se refiere de manera exclusiva al número reducido de litigios planteados, sino que también afecta al montante económico del pleito, que en la mayoría de los supuestos es de baja cuantía.

Con esta afirmación se pretende alertar a los partidarios del recurso al arbitraje sobre la falta de cultura arbitral de los operadores comerciales españoles, deduciendo que el hecho de que se hayan flexibilizado sus formas no tiene por qué derivar, necesariamente, en un aumento sustancial de su uso.

Dicho esto, estimo conveniente entrar a definir, de manera sucinta, en qué consiste el arbitraje. Por esta figura extrajudicial de resolución de conflictos las partes implicadas en un negocio jurídico deciden someter voluntariamente las discrepancias nacidas del contrato, ya sean presentes o futuras, a un tercero o terceros que actúan en concepto de árbitro/s y calidad de juez o jueces de la contienda. Para ello las partes desarrollan un convenio o acuerdo donde se determina tanto la modalidad de arbitraje como las circunstancias en las que se llevará a cabo el procedimiento, además de declarar el sometimiento expreso al laudo (sentencia) que en su caso se dicte y la renuncia a acudir a la vía judicial.

Se puede afirmar, por lo tanto, que la base jurídica del arbitraje tiene su origen en la libre voluntad de las partes para decidir resolver las controversias de esta forma y no de otra. Por otro lado, las razones que pueden llevar a los operadores a optar por esta vía son innumerables, destacando entre ellas el retraso de los juzgados para dictar sentencia, el coste más elevado de la vía judicial o la reserva del laudo dictado por los árbitros, que solo podrá hacerse público en el caso de que medie acuerdo de las partes en ese sentido.

Una cuestión importante hace referencia a la especialidad del juzgador. Es evidente que la propia estructura e idiosincrasia del arbitraje deriva por fuerza en una alta profesionalización del árbitro o árbitros que intervienen en el litigio. Por desgracia no podemos decir lo mismo de la práctica judicial, que en muchos casos dicta sentencias que solo pueden ser entendidas desde la óptica de la incompetencia técnica. Esperamos que la inminente creación de los tribunales de lo mercantil (Ley Orgánica 8/2003 de 9 de Julio para la Reforma Concursal) solvante en gran medida esta circunstancia.

La mencionada norma contempla incorporar a profesionales cualificados a los correspondientes juzgados, que cuenten con conocimientos específicos en una materia ya de por sí compleja y en la que la vía judicial española se estaba viendo afectada por una situación verdaderamente anacrónica.

El arbitraje constituye por tanto una forma profesional, razonablemente económica y rápida de solucionar controversias derivadas del contrato. A las partes corresponde valorar las ventajas ofrecidas por esta figura

frente a los tribunales, tomando siempre en consideración el hecho de que son los propios Estados los que garantizan la eficacia y ejecución del laudo dictado.

Finalmente, debemos decir que con la nueva ley española de arbitraje 60/2003 de 23 de Diciembre el legislador nacional ha pretendido reforzar la motivación de las partes para utilizar la figura del “arreglo amigable o pacífico” de controversias derivadas de la interpretación o ejecución del contrato. A ello se une la labor desarrollada por una serie de empresas que dedican su actividad profesional a la promoción del recurso a esta vía, ofreciendo servicios que van desde el suministro de información hasta la aportación de documentación o análisis de supuestos resueltos mediante arbitraje.

## **Novedades introducidas en la nueva Ley española de Arbitraje 60/2003 de 23 de Diciembre**

### **A. El carácter internacional del Arbitraje**

La nueva Ley de Arbitraje, ajustándose a las pautas establecidas por la normativa UNCITRAL, define de forma expresa los elementos que imprimen el carácter de internacionalidad a esta vía de resolución de conflictos.

En primer lugar es importante distinguir los conceptos de arbitraje extranjero y arbitraje internacional llevado a cabo en una sede nacional (vgr. Litigio entre partes española y mejicana cuando la sede y el procedimiento arbitral es desarrollado en España).

Tomando como referencia el ejemplo indicado diríamos que el arbitraje extranjero es el que se gestiona en una sede fuera del territorio español, generando un laudo que, en consecuencia, es también extranjero.

De ello se puede deducir que el arbitraje de carácter internacional que sea impartido en sede española quedará sometido a la NLA en los aspectos referidos a su procedimiento, obligando a las partes a respetar su aplicación en toda materia que tenga carácter imperativo.

El artículo 3 de la Ley, atendiendo a los criterios aplicados por la ley Modelo UNCITRAL define la internacionalidad del arbitraje atendiendo a las siguientes circunstancias:

1. Cuando las partes en el contrato tienen su domicilio social en distintos Estados
2. Cuando la sede del arbitraje se encuentra fuera del Estado donde las partes tienen su domicilio común (vgr. Arbitraje entre dos compañías venezolanas, desarrollado en España)
3. Cuando el cumplimiento de una parte considerable de las obligaciones se desarrolla en un Estado distinto al correspondiente al domicilio común de las partes (vgr. Arbitraje desarrollo en España entre dos compañías españolas, cuando una de ellas se ha obligado a realizar la entrega de las mercancías en Venezuela).
4. Cuando la relación contractual cuenta con vínculos más estrechos con un Estado distinto al que corresponde al domicilio común de las partes (vgr. Contrato desarrollado en España entre empresas españolas, en el que una de ellas se obliga a entregar las mercancías en España, pero que es suscrito en Venezuela por contar con vínculos muy estrechos con este país).
5. Cuando la relación contractual está vinculada de forma muy estrecha a intereses propios del comercio internacional, con independencia de que el arbitraje sea gestionado en sede nacional, entre empresas nacionales, o la entrega de la mercancía haya sido pactada en dicho Estado.

Es importante destacar que, atendiendo y respetando los criterios contenidos en la ley de arbitraje de 1988, la nueva normativa arbitral española se aplica con carácter general a todos los arbitrajes celebrados en España siempre que éstos no cuenten con una regulación específica. Además se hará de manera supletoria en los arbitrajes que sí cuenten con este tipo de regulación, salvo en lo que pueda oponerse al espíritu y aplicabilidad de la normativa 60/2003 de 23 de Diciembre.

## **B. Modalidad de Arbitraje seleccionada por las partes**

La ya derogada ley española de arbitraje de 5 de Diciembre de 1988 entendía que en el supuesto de que las partes no indicasen nada de forma expresa, quedarían sometidas a un arbitraje de equidad (“ex aequo et bono”), en el que el juzgador o juzgadores toman como referencia criterios racionales basados en el buen saber y entender sobre el caso objeto de litigio. La norma ahora en vigor, atendiendo a la circunstancia de que la mayoría de los supuestos intervienen árbitros en calidad de profesionales del derecho y aplican la disciplina que conocen, determina una nueva interpretación totalmente opuesta a la ley derogada: si las partes nada dicen de forma expresa el arbitraje será de derecho y no de equidad.

## **C. El Convenio Arbitral**

Quizás sea éste uno de los aspectos del arbitraje que necesitaban con mayor urgencia de una reforma y adaptación a la normativa internacional aplicada en la mayoría de países desarrollados.

El Convenio Arbitral se constituye en una forma de contrato que debe quedar sometida al criterio de la libre voluntad de las partes y ello implica la necesidad de recurrir a la libertad de forma para desarrollar el pacto. Además, los nuevos adelantos llevados a cabo en el ámbito de las nuevas tecnologías forzaban al legislador a tomar en consideración la existencia y validez de acuerdos gestionados en soportes distintos al papel. Así la NLA, en su artículo 9, no sólo apuesta por la necesaria libertad de forma del convenio arbitral, sino que reconoce y admite el desarrollo del mismo en soportes electrónicos, ópticos o de cualquier otro tipo, siempre que los mismos cuenten con un fácil acceso para su consulta.

Otra novedad relevante se sustancia en la supresión del término que refiere la voluntad inequívoca de las partes de someter el posible litigio a la decisión arbitral, así como la obligatoriedad de incluir la expresión “la obligación de cumplir el laudo”. Prevalece así, de nuevo, la voluntad sobre la forma. Tampoco obliga a las partes a determinar el número de árbitros que intervendrán en la causa, aspecto que sí reflejaba la ley, ya derogada, de 1988.

## **D. Las medidas cautelares.**

Otro de los grandes anacronismos de la antigua ley española de arbitraje de 1988 hacía referencia al tratamiento de la posible adopción de medidas cautelares por parte del árbitro o árbitros. Ésta no autorizaba, en ningún caso al juzgador, a tomar las referidas medidas, ni antes ni durante el procedimiento arbitral.

Esta circunstancia obligaba a la parte afectada e interesada a acudir a los tribunales ordinarios de justicia para solicitar las pertinentes medidas. La situación se ha visto superada felizmente en la NLA, que ajustándose perfectamente al espíritu y contenido de la Ley Modelo UNCITRAL, autoriza a las partes implicadas a realizar la solicitud pertinente al órgano arbitral, siempre que no exista pacto en contrario.

Evidentemente la novedad legislativa no afecta, en modo alguno, a la facultad del interesado para solicitarlas en sede judicial, circunstancia ya reconocida en la antigua ley de 1988. Las opciones son alternativas y concurrentes, “siempre que se desarrollen sin perjuicio del juego de la buena fe contractual”, como así se expresa en la Exposición de Motivos de la ley 60/ 2003 de 23 de Diciembre.

El interesado deberá decidir si acude al árbitro o al juez, tomando en consideración el hecho de que realizar la petición de medidas cautelares ante el tribunal correspondiente no impide, en ningún caso, el mantenimiento del litigio sobre el fondo del asunto en sede arbitral.

La ley guarda silencio respecto a cuales son las medidas que puede adoptar el árbitro, por lo que, sabido que no existe un numerus clausus al respecto, serán las mismas que se reconocen al juez en sede judicial.

## **E. Procedimiento Arbitral.**

El procedimiento arbitral tiene su origen en la libre autonomía de las partes para establecer los criterios que determinarán su funcionamiento. Así lo expresa la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje, fuente de inspiración de la nueva normativa arbitral española.

En pura lógica, si lo que pretende el legislador español es fomentar el uso de esta forma extrajudicial de resolución de conflictos no tendría sentido acudir a reglas procedimentales rígidas y encorsetadas. Esta flexibilidad no implica que el árbitro no deba cumplir con las funciones asignadas y que le son propias, es decir, el impulso y organización del procedimiento con el debido respeto a los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes, además de la confidencialidad sobre las informaciones manejadas como consecuencia del ejercicio de su actividad juzgadora.

Como novedades más relevantes en el ámbito del procedimiento la nueva ley de arbitraje posibilita que las partes modifiquen o amplíen el contenido de la demanda o la contestación en el transcurso del procedimiento, siempre que los árbitros lo estimen procedente.

Igualmente, y siempre que sea necesario, el proceso podrá desarrollarse sin la necesidad de celebrar las correspondientes audiencias, únicamente por escrito.

Además, tal y como ya indicaba la ley de 1988, en el caso de que comenzado el litigio las partes no logren ponerse de acuerdo sobre su forma de su desarrollo serán los árbitros los que deberán determinar tales normas. La novedad introducida en este ámbito versa sobre las decisiones colegiadas. La NLA reconoce al Presidente del Tribunal la facultad de decisión sobre materias relacionadas con la ordenación, tramitación e impulso del procedimiento (art. 35.2), con la finalidad de evitar los retrasos propios en la adopción de decisiones con carácter colegiado.

## **F. La impugnación del Laudo Arbitral.**

La NLA establece y regula en su Título VII la facultad de las partes para ejercer la acción de anulación del laudo. Esta figura jurídica se corresponde con el antiguo recurso de anulación de la ley de arbitraje de 1988.

La novedad más relevante introducida en este capítulo consiste en la definición legal de la naturaleza de esa anulación como un auténtico proceso, de carácter declarativo y especial por la que el tribunal correspondiente se pronuncia sobre la validez del laudo. Los motivos de nulidad son tasados, excluyendo la nueva normativa arbitral el que desde 1988 hacía referencia al laudo dictado fuera de plazo, que siempre podrá ser convalidado por las partes.

## **G. La ejecución del Laudo.**

Los cambios operados en este ámbito son de una importancia vital. La principal novedad se centra en la posibilidad de ejecutar el laudo aun cuando contra éste se haya ejercitado acción de anulación. Se trata de la eliminación de una de las causas de oposición reconocidas en la ley arbitral de 1988, que autorizaba al ejecutado a interponer frente a la ejecución de la sentencia arbitral.

El artículo 45.1 de la ley faculta al ejecutado a solicitar al tribunal la suspensión de la ejecución del laudo cuando se ha ejercitado acción de anulación, siempre que preste caución por el valor de la condena y además aporte el valor de los daños y perjuicios que pudiesen nacer del retraso en la ejecución.

En el supuesto de que la anulación no sea estimada el tribunal continuará la ejecución y el ejecutado deberá abonar, a solicitud del afectado por la suspensión, los daños y perjuicios causados por la demora. Si es considerada se paralizará la misma.

Se trata de proteger de una forma más efectiva los derechos de la parte ejecutante ante las posibles maniobras operadas por el ejecutado mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo.

## **H. Reconocimiento y ejecución de Laudos dictados en el extranjero.**

Desde la entrada en vigor de la nueva LEC el reconocimiento de “EXEQUÁTUR” requiere de la preceptiva autorización por parte del Tribunal de Primera Instancia del domicilio del ejecutado, o del lugar donde se encuentran sus bienes. Este órgano judicial analizará si la ejecución del laudo es contraria al orden público interno del Estado (“Lex Fori”), o existe algún defecto de fondo que produce su nulidad.

Anteriormente, la ley de arbitraje de 1988, reconocía esta facultad al Tribunal Supremo, siendo los Tribunales de Primera instancia los órganos encargados de ejecutar el laudo

## **I. Los Árbitros.**

La principal novedad introducida en esta materia por la NLA 60/2003 de 23 de Diciembre hace referencia a la posibilidad de que ocupen el cargo de árbitro abogados, notarios, registradores, y en general profesionales del derecho que ejerzan su actividad profesional al momento de la impartición del arbitraje, cuestión que anteriormente se encontraba prohibida de forma expresa.

Gregorio Cristóbal  
Consultor P&A Consultores  
Arbitro ACAM