

biblioteca»  
Expansión



LA NUEVA LEY  
DE ARBITRAJE



Desarrollado por:

Con la colaboración de:

**CUATRECASAS**

**GARRIGUES**  
ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS

**BARCLAYS**

## **INTRODUCCIÓN**

**José María Alonso Puig**  
Socio Director de Garrigues

**Antonio Hierro Hernández-Mora**  
Socio de Cuatrecasas  
Abogado del Estado, excedente

La Justicia ocupa un lugar esencial entre las estructuras básicas de nuestra sociedad ya que su buen funcionamiento resulta imprescindible para garantizar a todos los ciudadanos y a las empresas el ejercicio pacífico y ordenado de sus derechos. De su eficiencia depende en gran medida el progreso material y social de España y también su prestigio internacional.

Como recientemente ha subrayado Javier Laorden, Vocal del Consejo General del Poder Judicial ("Justicia y Competitividad", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 2003) en el plano económico interno, la seguridad es un bien superior que se encuentra estrechamente ligado a la capacidad productiva de un país ya que la actuación de las instituciones públicas, y en particular la de la Justicia, es uno de los factores clave para la determinación de los índices de desarrollo económico y de mejora de la competitividad de las empresas de ese país.

Trasladando el enfoque al plano económico internacional, nadie discute que la inversión directa del exterior y la inversión española en el exterior son factores esenciales para el crecimiento y empuje de la economía y que el principio de estabilidad del marco jurídico vigente en cada país y el grado de discrecionalidad en su aplicación inciden poderosamente en las decisiones de inversión. Puede, pues, afirmarse que la seguridad jurídica y la Justicia, términos difícilmente cuantificables, son, en terminología con-

LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE

table, activos inmateriales que tienen mucho que ver con el prestigio y la fama de un país.

Para colaborar en la creación de un clima competitivo habría que adaptar el marco institucional a las nuevas condiciones que la sociedad demanda de la Justicia: certeza, en el sentido de previsibilidad, rapidez e internacionalización.

Hace ahora aproximadamente tres años, este mismo Diario económico publicó unas separatas que contenían unos comentarios de corte similar a éstos, referidos a la Ley de Enjuiciamiento Civil que en esas fechas entraba en vigor. Paradójicamente, pero quizás no tanto, arrancábamos dicho artículo, que debía versar sobre la Administración española de justicia, con las tres consideraciones siguientes:

- "Si nos atreviéramos a hacer una prospectiva -con los riesgos siempre inherentes a esta suerte de predicción- sobre la justicia civil del siglo que acaba de arrancar, no nos cabe duda de que, junto a otras, habrá una palabra clave para configurar las características del nuevo orden de resolución de conflictos: la desjudicialización".
- "Se realizará un esfuerzo para regular y fomentar el uso de otras instituciones, en particular la mediación, que se han revelado de gran utilidad en todos los ordenamientos jurídicos que la han acogido -no sólo en los países anglosajones, también en los de nuestro entorno más cercano-, sea a iniciativa de los propios litigantes o por decisión judicial".
- "Especialmente en el marco de los conflictos internacionales entre empresas pero también en el ámbito nacional, irá cobrando paulatinamente mayor significación e importancia práctica el arbitraje privado: se facilitará la posibilidad de recurrir a él, se abaratarán sus

costes (suprimiendo quizás la exigencia de protocolización notarial), se dará mayor valor a lo dispuesto por los contendientes en el convenio arbitral...".

La idea que inspiraba aquellos postulados, y que hoy mantiene sin duda su vigencia, no era otra que concebir el proceso como la opción de último grado dentro de un sistema unitario e integrado de solución de controversias. Entre otras razones, y no es baladí, porque, a salvo la aportación que resulta de la reciente, parcial y, sin embargo, polémica reinstauración del sistema de tasas judiciales, es uno de los "servicios" que consume más recursos del erario público.

Pero no sólo por ello. Es un hecho para las empresas, en especial las multinacionales y las de mayor dimensión, que los costes de un proceso civil, en términos de incertidumbre, en ocasiones, y siempre de plazo (hasta la obtención de una resolución firme) suelen ser muy elevados. Como tantas veces se ha dicho, el tiempo, recurso escaso y valioso, no cuenta para la justicia.

Por otra parte, la gran empresa, nacional y multinacional, está obligada a moverse en un mercado donde los operadores conviven inmersos en un flujo de relaciones comerciales periódicas, si no constantes. En ese pequeño mundo, que es heredero de la globalización y de la sociedad de la información, no es posible mantener algunos principios tradicionalmente aplicados en nuestra cultura para encauzar las diferencias entre los operadores económicos, que por ello necesariamente han de ser revisados. Por ejemplo, el principio de confrontación o enfrentamiento entre las partes de una disputa, según nuestra experiencia, no es el más adecuado para dirimir una falta de coincidencia sobre la interpretación o la ejecución de un contrato entre empresas obligadas a mantener un marco de relaciones estable.

Nuestro discurso en aquel entonces se había limitado a constatar que la incapacidad del proceso judicial como medio rápido y eficaz para la resolución de conflictos había de generar, como efecto inmediato, una natural inclinación a tratar de eludir el proceso judicial mediante la utilización de medios diferentes de resolución de conflictos.

Trabajando sobre la hipótesis, por algunos discutida, de que la reforma del sistema operada a raíz de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, ha producido una recuperación del proceso judicial, convendría reflexionar sobre la utilidad que pueden tener, en ese nuevo escenario, esos mecanismos alternativos.

Un análisis, incluso somero, del arbitraje y del proceso judicial revela que ambas instituciones presentan ventajas e inconvenientes (sobre este particular puede verse Rafael Hinojosa Segovia, "Arbitraje nacional: la experiencia española" en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1999, págs. 353 y ss.; y en *Revista de Derecho Procesal*, 2000, nº 1, págs. 77 y ss.) que deben ser conocidos y sopesados a la hora de elegir una vía u otra para la resolución de las vicisitudes entre empresas. Antes de señalar esos rasgos conviene detenerse, no obstante, en un aspecto que puede parecer de matiz pero que adquiere sin duda singular relevancia cuando es desarrollado y se extraen del mismo conclusiones. Y es que el arbitraje no es en modo alguno, pese a la afirmación que el Consejo General del Poder Judicial realiza en su documento de Propuestas para la Reforma de la Justicia (presentado a los medios de comunicación en julio de 2000 y que contenía 107 propuestas para la reforma de la Justicia), una "medida de evitación del proceso".

Esta limitada concepción puede ser comprendida, atendida la fuente de donde proviene, pero no ha de ser necesariamente compartida, en tanto en cuanto los medios extrajudiciales constituyen alternativas reales al proceso judicial sobre el que tienen además, en algunos aspectos, indudables

ventajas que aquél nunca podrá llegar a ofrecer, aun cuando se encuentre en una situación de funcionamiento óptimo.

Efectivamente, en primer lugar, los medios extrajudiciales permiten una configuración *ad hoc* por los propios interesados del procedimiento a seguir para la solución del conflicto, con la consiguiente posibilidad de idear y poner en práctica aquel que mejor se adapte a las características del mismo. Frente a esta flexibilidad, el proceso judicial se caracteriza por sus procedimientos estandarizados. Esta peculiaridad presenta todavía un mayor interés en el marco de las relaciones internacionales que eventualmente pudieran quedar sometidas a jurisdicciones y procedimientos judiciales cuya específica regulación sea desconocida para al menos una de las partes, o simplemente no alcance un nivel de garantías homologable internacionalmente.

Otra indudable ventaja de los medios extrajudiciales se encuentra en la posibilidad de elegir a la persona o personas que han de dirimir el conflicto, lo que permite valorar, con carácter previo a su intervención, su cualificación personal y profesional. Bien es cierto que el sistema judicial ofrece un "juez profesional", lo que indudablemente lo hace muy atractivo para la garantía de experiencia e independencia que se le supone. Ocurre, sin embargo, que este ofrecimiento abstracto no siempre se corresponde con la realidad pues, llegado el caso, podemos encontrarnos un juez efectivamente experto y especializado pero también, no hay que ocultarlo, una variedad de situaciones no buscadas de propósito ni imputables directamente a nadie pero que son una realidad: un juzgado vacante, un juez sustituto, un juez procedente de otra jurisdicción o simplemente no especializado, uno o varios cambios de juez en el curso del proceso, etc.

Tampoco ofrecerá nunca un sistema judicial la exclusividad en el conocimiento del asunto, factor éste que tiene una indudable repercusión en el grado de dedicación y el plazo de resolución.

Finalmente, frente a la publicidad del proceso, que se concibe como una garantía del mismo incluso de rango constitucional, la confidencialidad puede ser muy importante en determinado tipo de controversias. Piénsese en asuntos que tengan por objeto *know-how*, patentes o procedimientos de fabricación; o que revelen dificultades financieras en la compañía; o que versen sobre información corporativa sensible, etc.

Esta pluralidad de medios a que venimos refiriéndonos, que permitiría a los ciudadanos utilizar aquel que resultara más adecuado a la naturaleza e intensidad de las diferencias, habría de ser integrado en una necesaria concepción unitaria del sistema de resolución de conflictos, de forma que una regulación armonizada prevea las consecuencias de la negativa a su utilización, el tránsito entre los diferentes medios y, bajo ciertas condiciones, la facultad de los contendientes de limitar las posibilidades de impugnar la solución extrajudicial alcanzada.

La pervivencia en nuestro sistema de aquella concepción del arbitraje como medio de evitación del proceso, fruto de un sentimiento de desconianza fuertemente arraigado en nuestra cultura jurídica, trae como consecuencia ineludible la falta de autosuficiencia del mismo que se reflejaba en múltiples preceptos de la Ley de Arbitraje de 1988 (la intervención judicial, en esa Ley, alcanzaba a todas las etapas del procedimiento arbitral, y se extendía a la formalización judicial del arbitraje, la adopción de medidas cautelares sólo en sede de impugnación, la práctica de pruebas, el llamado recurso de anulación y la ejecución del laudo); si a esta falta de autonomía se suma el intento permanente de la Ley de 1988 por alejarse en la medida de lo posible de los estándares internacionales y la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje comercial internacional en nuestro país, no es de extrañar que, siendo muchas las ventajas que el arbitraje ofrece en relación con el sistema público de administración de Justicia, su progresiva utilización se encuentre todavía muy por debajo del uso que las empresas hacen del sistema público. De hecho, aparte el arbi-

traje de consumo, su mayor utilización en el ámbito empresarial internacional hace pensar que sólo se recurre con cierta frecuencia a las instituciones arbitrales allí donde las partes carecen de una jurisdicción común en la que puedan litigar con facilidad y en igualdad de condiciones.

En nuestra opinión, la reforma de la institución que opera la Ley de Arbitraje incide en estos aspectos y trata de configurar la vía arbitral como un verdadero medio alternativo y autosuficiente, gestionado por la iniciativa privada y distinto del que ofrece la Administración Pública de Justicia.

En efecto, la nueva Ley de Arbitraje aspira a representar un salto cualitativo respecto de la anterior de 1988, que viene a derogar y sustituir. Su entrada en vigor está referida al 26 de marzo de 2004, una vez transcurridos tres meses desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Siempre que se promulga una nueva normativa, cabe preguntarse cuáles han sido las razones que han llevado al legislador a impulsar la necesidad, o al menos la conveniencia, de un cambio de la regulación hasta ese momento existente. A nuestro modo de ver y según lo hasta aquí dicho, los objetivos que la nueva normativa trata de alcanzar y que constituyen los ejes que sirven para vertebrarla coinciden en lo esencial con las tres ideas que la inspiran: dotar al sistema de mayor rapidez y eficacia, configurándolo como un mecanismo autónomo o autosuficiente, compatible con el fenómeno de internacionalización de las relaciones comerciales que vivimos.

Ansía la Ley, en primer término, compatibilizar el principio de certeza, en el sentido de previsibilidad de las decisiones que han de recaer en el procedimiento, con la rapidez, antiformalismo y eficacia que han de caracterizar esta institución, para hacerla atractiva.

La celeridad ha sido tradicionalmente una de las ventajas por antonomasia del arbitraje, ya que éste requiere el establecimiento de un plazo,

LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE

relativamente breve, para la resolución de la controversia. No obstante, esa cualidad se diluye si ante el laudo dictado se presenta impugnación, lo que con la Ley de 1988 daba lugar a que, a falta de ejecución provisional del laudo (la misma sólo admitía la adopción de medidas cautelares) se convirtiera la impugnación en un remedio para retrasar la efectividad del mismo. La nueva Ley de Arbitraje, siguiendo el criterio de la Ley de 1953, reintroduce la posibilidad de ejecución provisional, sendero que nunca debió abandonar, sin perjuicio de que el ejecutado podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución del laudo. Sólo así ha podido restablecerse el equilibrio roto y se ha equiparado el régimen con la posibilidad, amparada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que el demandante pudiese ejecutar provisionalmente, sin fianza ni seguro, las sentencias no firmes con condenas de contenido pecuniario.

Alineadas con la misma tendencia en pro de una mayor eficacia del laudo se encuentran tanto la regulación de las medidas cautelares que pueden adoptar indistintamente el árbitro o árbitros y también el Juzgado de Primera Instancia o el Juzgado de lo Mercantil correspondiente al lugar de ejecución del laudo o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia; como también la previsión, importada desde la regulación de la Ley Modelo en esta materia, sobre la limitación de motivos de anulación del laudo que contiene el artículo 41 de la Ley y que se extiende a las cuestiones de carácter "formal" de todos conocidas, sin incluir revisión de los fundamentos materiales, salvo el caso del orden público, sean en equidad o en derecho.

En segundo lugar, aun a sabiendas de la falta de *imperium* de los árbitros, la institución arbitral aspira a ser, en la medida de lo posible, autónoma y autosuficiente.

Subsiste, tras la publicación de la Ley, la dificultad de constitución del arbitraje que se evidencia cuando hay oposición por una de las partes, o cuando no está claro quién ha de pagar a los árbitros; o cuando, en caso de pluralidad de sujetos en conflicto, alguno no está sometido al convenio. Estos casos, u otros posibles, pueden hacer fracasar la constitución del arbitraje, en tanto que, o no se plantean o, de plantearse, están resueltos en el proceso judicial.

Además de lo anterior, la intervención de la jurisdicción puede ser necesaria en los siguientes casos:

Para garantizar la eficacia del convenio arbitral a través, por un lado, de la estimación de la oportuna declinatoria que impida a la parte incumplidora sustraerse del procedimiento arbitral, y, por otro, completando el convenio si las partes no llegan a un acuerdo en la designación de los árbitros mediante el nombramiento judicial de los mismos.

Para la práctica de las pruebas que consideren necesarias los árbitros y que no puedan realizar por sí mismos. No es recomendable el arbitraje si el éxito de la litis depende de una prueba compleja, o con muchos testigos -particularmente si están en el extranjero o no están dispuestos a colaborar-.

Para la adopción de medidas cautelares, que según la Ley de Arbitraje de 1988 sólo cabían expresamente en sede de impugnación del laudo para garantizar la efectividad de la futura ejecución. Posteriormente, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, con buen criterio, las había introducido en sede de procedimiento arbitral, incluso con carácter previo.

Para la revisión de los laudos a través de los diversos medios de impugnación (anulación y revisión).

- Para la ejecución forzosa de los laudos arbitrales en aquellos casos en que las partes no cumplieran voluntariamente.

La nueva Ley restringe la intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje al circunscribirla a los procedimientos de apoyo y control expresamente previstos por ella.

Finalmente, y se trata de la innovación más significativa sin duda, la Ley opta por una regulación unitaria del arbitraje interno y del arbitraje internacional, de forma que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se apliquen por igual a uno u otro. Se parte de la idea, acertada a nuestro parecer, de que son pocas y muy justificadas las normas en las que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno, y es por ello que, siguiendo el ejemplo de otras legislaciones extranjeras, el legislador español ha estimado que la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL resulta adecuada no sólo para el arbitraje comercial internacional sino para el arbitraje en general.

Esta regulación conjunta del arbitraje nacional e internacional trae como corolario una inversión de la regla que la Ley de 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad, dado que la preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley, resulta muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un Tribunal.

Estos dos últimos puntos, que corren en alguna manera parejos, representan, en nuestra opinión, avances de profundo calado. No en vano la propia Exposición de Motivos de la Ley admite que pese al incremento de las relaciones comerciales internacionales, en particular con el área iberoa-

mericana, la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje comercial internacional en nuestro país y/o de reglas internas homologables con las usuales en el mundo del arbitraje internacional, han traído como consecuencia que los empresarios de dicha área que han decidido acudir a la técnica arbitral lo hayan hecho con referencia a instituciones de otro continente cultural e idiomático, con el efecto negativo que ello representa para España y la pérdida que para nuestro país significa la ruptura de los vínculos con los citados países.

Todos los profesionales que de manera más o menos habitual dedicamos una parte importante de nuestro tiempo a colaborar, bien representando a las partes o actuando como árbitros, a la solución de conflictos entre empresas a través del arbitraje internacional institucional sabemos que el 11% de los más de seiscientos arbitrajes que actualmente tramita la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, están relacionados con controversias en las que, al menos, una de las partes afectadas es una compañía con sede en la península ibérica o en un país latinoamericano.

Confiamos, pues, en que la nueva Ley sirva, aparte otras finalidades dignas de mención y que la brevedad de estas notas nos impide desarrollar, para corregir en la medida de lo posible esta desviación.

Por lo demás, aun sabiendo que no es este el momento ni el lugar para hacer apresuradamente un análisis crítico de la nueva Ley, no queremos dejar de alabar la voluntad de cambio que resulta de su inspiración, tendiente a configurar el arbitraje como un auténtico mecanismo alternativo y como una técnica homologable a la que utilizan los países de nuestro entorno cultural y económico más cercano.

Cualquier otro tipo de juicio ha de quedar forzosamente supeditado a la observación de su aplicación práctica durante los próximos años, que confiamos permita confirmar los buenos augurios que aquí prudentemente formulamos.