

CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA DE LA LEY DE ARBITRAJE

Marco de Benito Llopis-Llombart (*)

An Arbitration Law Reform Bill was recently approved by the Spanish Government. Some aspects of the Bill have merit including: concentrating in one court the most relevant arbitral matters, and expressly establishing a prima facie standard of review for the validity of arbitration agreements. However, certain aspects of the Bill are also open to criticism, including – among others – designing an unnecessary special court procedure to invoke the arbitration agreement, prohibiting the domestic amiable composition, and deferring to the court’s discretion the decision on whether or not to hold a hearing in the vacatur procedure. This article analyzes and discusses in detail these and other aspects of the Bill, and puts forward, where required, alternative solutions to the obstacles they present.

El 19 de febrero de 2010 se aprobó en Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Arbitraje, junto con el necesario anteproyecto de Ley Orgánica complementaria.

La reforma de la LA¹ es tarea delicada, entre otras razones por ir este texto legal dirigido en parte a los propios “operadores económicos del comercio internacional”, en palabras de la Exposición de Motivos. Por ello, sería deseable seguir el elemental principio de prudencia legislativa que se condensa en el dicho inglés *if it ain’t broke, don’t fix it*.

Pues bien, nada parece indicar que la LA esté *broke*. Antes al contrario, el impulso que bajo su vigencia ha experimentado la práctica arbitral española está a los ojos de todos; las propias páginas que el lector sostiene en sus manos son producto, siquiera indirecto, de esta LA. Cabe, pues, preguntarse si no habría sido deseable conceder más tiempo para que los tribunales, con la ayuda de los autores, depuraran mediante la interpretación las imperfecciones –inevitables– de todo texto legal. Pero tal

* Marco de Benito Llopis-Llombart es doctor en Derecho, profesor en Comillas-ICADE y abogado en Uría Menéndez.

¹ Abreviaturas: Ley de Arbitraje, LA. Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC. Tribunal Superior de Justicia, TSJ. Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ. Código Civil, CC. Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA. Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, LSA. Ley Concursal, LC.

vez es utópico esperar del *homo publicus hispanicus* resistencia alguna a la tentación de rehacer las leyes, especialmente en aras del desarrollo libre y orgánico del Derecho.

Sea como fuere, el Anteproyecto ya está aquí, por lo que no queda sino remangarse y, entre todos, hacer que el texto finalmente aprobado sea el reflejo de un debate doctrinal lo más amplio, franco y detallado posible. Este artículo quiere ofrecer una modesta contribución a ese debate.

Artículo 8. Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje.

Redacción vigente	Anteproyecto
1. Para el nombramiento judicial de árbitros será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje; de no estar éste aún determinado, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, el de su elección.	1. Para el nombramiento judicial de árbitros será competente <i>la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma</i> donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección.
5. Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Audiencia Provincial del lugar donde aquél se hubiere dictado.	5. Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente <i>la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma</i> donde aquél se hubiere dictado.

A estas dos previsiones hay que añadir la nueva redacción dada al artículo 955 LEC 1881 por virtud de la disposición final 1.^a del Anteproyecto:

Redacción vigente	Anteproyecto
955. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y <i>arbitrales</i> extranjeras corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de	955. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, así como de acuerdos de mediación extranjeros, corresponde a los Juzgados de Primera

<p>residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos.</p>	<p>Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos.</p> <p>Con arreglo a los mismos criterios señalados en el párrafo anterior, corresponderá a los Juzgados de lo Mercantil conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que versen sobre materias de su competencia.</p> <p>La competencia para el reconocimiento de las <i>resoluciones arbitrales extranjeras</i> corresponde, con arreglo a los mismos criterios que se establecen en el párrafo primero de este artículo, a las <i>Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunales Superiores de Justicia</i>, sin que quepa ulterior recurso contra su decisión.</p>
---	---

Se atribuye así a la Sala de lo Civil del TSJ –esto es, a la Sala de lo Civil y Penal actuando como Sala de lo Civil *ex* artículo 73 LOPJ– la competencia para el nombramiento judicial de árbitros, la acción de anulación y el reconocimiento de laudos extranjeros. La principal *ratio* de la norma radica en concentrar en un solo órgano, la Sala de lo Civil del TSJ, todas las competencias que son *específicas* del arbitraje. Dicho de otra forma, el TSJ asume todas las competencias que no son *generales* y por tanto *naturales* de los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil, como la asistencia en la práctica de pruebas, la adopción judicial de medidas cautelares y la ejecución forzosa del laudo; materias cuya *differentia specifica* no radica en el elemento arbitral, sino en el procesal: la propia práctica de una prueba, la adopción de una medida cautelar o la ejecución de un título ejecutivo. Esa concentración en un órgano –que acabará siendo de hecho un órgano especializado– permitirá el desarrollo de criterios depurados y unificados en materia de arbitraje, siquiera en ámbito regional.

La inducción de esa *ratio legis* nos permite, en primer lugar, deducir que, pese a que el Anteproyecto no aclara a qué órgano habrá de corresponder la ejecución del laudo extranjero ya reconocido por el TSJ, este órgano deberá ser, por coherencia sistemática, el Juzgado de Primera Instancia: el *general*

de la ejecución. Convendría, en todo caso, aclarar esta cuestión mediante una atribución competencial expresa en el artículo 8.4 LA.

En segundo, esa misma *ratio* exigiría que la Sala de lo Civil del TSJ conociera también del recurso de apelación contra el auto estimatorio de la declinatoria. Sólo así se evitaría la dispersión de criterios sobre esta delicada cuestión –que es objeto de especial consideración más abajo–. Adviértase que tanto el nombramiento judicial de árbitros como la acción de anulación y el reconocimiento de laudos extranjeros –las competencias que se pretenden atribuir al TSJ– plantean o pueden plantear el problema de la validez o aplicabilidad del convenio arbitral. Conviene, en suma, que los resuelva un mismo órgano jurisdiccional.

Por último, no se ve ninguna razón por la que la atribución competencial en materia de exequátur de laudos extranjeros deba seguir remitiéndose al artículo 955 LEC 1881, en vez de verificarse en el propio artículo 8 LA. La remisión se justificaba sólo para mantener unida la competencia para el exequátur de sentencias y laudos. En el Anteproyecto esta unidad desaparece, por lo que ya no hay motivo para que la competencia sobre el exequátur de laudos se determine directamente en su lugar natural, el artículo 8 LA, dejando para el artículo 955 –y la eventual Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil– las cuestiones relativas al exequátur de sentencias. Por cierto: el inciso final del artículo 955 LEC 1881 en el Anteproyecto (“sin que quepa ulterior recurso contra su decisión”) encuentra su sede propia (que es el procedimiento, no la competencia) en el artículo 957, que ya prevé esa cuestión por remisión del artículo 46 LA. No parece que se precise la modificación de ninguno de ellos.

La conclusión de lo expuesto en los tres párrafos anteriores permite proponer la siguiente redacción alternativa de los artículos 8.4 y 8.6 LA y 955 LEC 1881, así como la introducción de un número 8.5 bis LA:

Anteproyecto	Redacción alternativa
<p>8.4. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, <i>en su caso, el previsto en el artículo 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.</i></p>	<p>8.4. Para la ejecución forzosa del laudo <i>dictado en España</i> será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.</p> <p><i>Para la ejecución forzosa del laudo extranjero, será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o lugar de</i></p>

	<p><i>residencia de la parte frente a la que se solicita la ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllos, y subsidiariamente el del lugar donde aquellos laudos deban producir sus efectos, según fuera el criterio empleado para determinar la competencia en materia de exequátur conforme a lo previsto en el apartado 6 de este artículo.</i></p>
	<p><i>8.5 bis. Para el recurso de apelación contra el auto que estime la declinatoria [o la excepción de sumisión a arbitraje] será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia.</i></p>
<p>8.6. Para el exequátur de laudos extranjeros será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.</p>	<p>8.6. Para el exequátur de laudos extranjeros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el exequátur, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllos; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos deban producir sus efectos.</p>
<p>955. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, así como de acuerdos de mediación extranjeros, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos.</p> <p>Con arreglo a los mismos criterios señalados en el párrafo anterior, corresponderá a los Juzgados de lo Mercantil conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que versen sobre materias de su competencia.</p>	<p>955. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, así como de acuerdos de mediación extranjeros, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos.</p> <p>Con arreglo a los mismos criterios señalados en el párrafo anterior, corresponderá a los Juzgados de lo Mercantil conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que versen sobre materias de su competencia.</p>

<p>La competencia para el reconocimiento de las resoluciones arbitrales extranjeras corresponde, con arreglo a los mismos criterios que se establecen en el párrafo primero de este artículo, a las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunales Superiores [sic] de Justicia, sin que quepa ulterior recurso contra su decisión.</p>	
---	--

Artículo 11. Excepción de arbitraje.

Redacción vigente	Anteproyecto
<p>11. Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo.</p> <p>El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.</p>	<p>11. Excepción de arbitraje</p> <p>1. El tribunal sobreseerá, a petición de parte, el litigio del que conozca cuando se encuentre sometido a arbitraje o exista convenio arbitral, a menos que compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo o ineficaz. <i>La excepción de arbitraje deberá proponerse antes o con la contestación a la demanda y a ella deberá acompañarse un principio de prueba.</i></p>

Con la modificación de este precepto, el Anteproyecto inscribe a España entre los países que, como Francia y, en algunos casos, Suiza, reconocen el llamado efecto negativo de la regla de la autocompetencia arbitral, esto es, siguen un sistema de indagación judicial limitado o *prima facie* de la validez del convenio arbitral. La controversia doctrinal sobre el sentido del silencio del artículo 11 LA ha sido tal vez la más viva de las ocasionadas por la LA. Además, la interpretación que de ese artículo vienen haciendo los tribunales –partidarios de la cognición plena– y los autores –partidarios en su mayoría de la cognición judicial limitada– es diametralmente opuesta. Por ello, debe aplaudirse la decisión de zanjar la cuestión mediante una declaración legal expresa, especialmente al decantarse ésta por la cognición judicial limitada o *prima facie*.

Este estándar limitado de la indagación judicial se aplica en el Anteproyecto tanto *ante* como *post litem natam*, al contrario que en el

sistema del Convenio de Ginebra de 1961, con lo que se evita la carrera para demandar que este tratado propicia.

Adviértase que la revisión de la resolución de la declinatoria no se lleva a cabo sólo en primera instancia, sino también en apelación, cuyo ámbito de conocimiento viene determinado por el de la resolución apelada. Es preciso que se siga en ambas instancias el mismo estándar de control limitado; de otra forma, quebraría todo el sistema. Así, apelado el auto estimatorio de la declinatoria, la Audiencia Provincial –o mejor el TSJ, *vid. supra*– deberá conocer también limitadamente, y por tanto lo confirmará salvo que el convenio aparezca manifiestamente nulo o inaplicable. Por el contrario, la desestimación de la declinatoria, en el sistema de control *prima facie*, presupone, en buena lógica, un examen pleno del convenio: rozaría lo absurdo que un convenio se declarara a la vez *aparentemente* –no otra cosa significa *prima facie*– y *manifiestamente* nulo. Por ende, en la apelación frente a la sentencia de fondo la revisión será igualmente ilimitada, como también lo será en el Tribunal Supremo, deducido recurso extraordinario por infracción procesal. En consecuencia, la posible revisión *prima facie* se limita a dos momentos: el auto que declina la jurisdicción y el auto de la apelación que lo confirma. Todo lo demás es revisión plena.

Al menos cuatro aspectos de esta primera parte del artículo se antojan susceptibles de mejora.

El primero, el título: “Excepción de arbitraje”. El título del actual artículo 11, “Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo”, siendo más descriptivo y menos doctrinal –como debe ser todo texto legal por regla general–, es más exacto. En efecto: es el convenio arbitral el que hace nacer la excepción, no el arbitraje, que suele entenderse sinónimo de ‘procedimiento arbitral’ o ‘actuaciones arbitrales’ y que en todo caso peca de una excesiva generalidad. Más preciso, y más respetuoso con nuestra tradición legislativa, sería decir “Excepción de sumisión a arbitraje”; y aún mejor, por más conciso, técnico y elegante, “Excepción de compromiso”.

El segundo extremo censurable es la supresión del inciso a cuyo tenor el convenio arbitral “obliga a las partes a cumplir lo estipulado”. Esta declaración ha servido de pórtico de entrada al precepto sobre el convenio arbitral desde la Ley de 1953. La supresión de un precepto de tanta raigambre en nuestro Derecho se pretende hacer, además, sin ofrecer la oportuna justificación en la Exposición de Motivos. Ello no es correcto, a nuestro juicio. Si se quiere realmente suprimir ese inciso, dígase claramente; explíquese por qué esa derogación es conveniente u oportuna, y qué objetivos persigue. Como nada de lo anterior se ha hecho, es legítimo pensar que la eliminación obedezca al minoritario prurito dogmático de

negar al compromiso eficacia obligatoria. Huelga decir, en todo caso, que esta eficacia no se ve afectada por la supresión, pues no nace de unas palabras rituales, sino de la savia que recorre todo el Derecho español de los contratos².

El tercer aspecto mejorable es el sistemático. El apartado 1 mezcla un criterio de resolución de la controversia sobre el convenio arbitral con una regla de procedimiento, que enlaza con el apartado 2. Resulta preferible separar el primer inciso del apartado 1 (“... a menos que compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo o ineficaz”) y el segundo inciso (“La excepción de arbitraje deberá proponerse ...”), que debiera en todo caso pasar a formar parte del apartado 2.

Por último, no se advierte diferencia entre que el litigio “se encuentre sometido a arbitraje” y que “exista convenio arbitral”, por lo que la reiteración es superflua. Lo relevante para acoger o rechazar la excepción de compromiso es examinar si el concreto litigio planteado ha sido objeto de un compromiso válido entre las partes procesales concretas del procedimiento. Limitada o plena la indagación del juez, ha de aplicar el triple *test*: partes, objeto y causa de pedir. El hecho de que aparezca entre los documentos aportados la palabra “arbitraje” –tal parece sugerir la expresión “o exista convenio arbitral”– no debería ser suficiente para estimar la excepción. Las palabras son sólo palabras; al Derecho sólo le importa la relación jurídica a la que esas palabras pueden o no referirse; lo demás es *voodoo jurisprudence*, por usar la gráfica expresión de W. PARK³.

Pasamos ahora a examinar la que, a nuestro juicio, es la menos acertada de las modificaciones propuestas por el Anteproyecto: el nuevo artículo 11.2.

Redacción vigente	Anteproyecto
<p>11. Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo.</p> <p>El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.</p>	<p>11. Excepción de arbitraje</p> <p>1. El tribunal sobreseerá, a petición de parte, el litigio del que conozca cuando se encuentre sometido a arbitraje o exista convenio arbitral, a menos que compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo o ineficaz. La excepción de arbitraje deberá proponerse antes o con la contestación a la demanda y a ella</p>

² Esta y otras cuestiones objeto de este artículo se abordan *in extenso* en DE BENITO, M., *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*, prólogo de FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., Civitas, Cizur Menor, 2010 (en prensa).

³ *Arbitration of International Business Disputes. Studies in Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 27, 77 y 91.

<p>2. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.</p> <p>3. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.</p>	<p>deberá acompañarse un principio de prueba.</p> <p>1. El tribunal sobreseerá, a petición de parte, el litigio del que conozca cuando se encuentre sometido a arbitraje o exista convenio arbitral, a menos que compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo o ineficaz. La excepción de arbitraje deberá proponerse antes o con la contestación a la demanda y a ella deberá acompañarse un principio de prueba.</p> <p>Propuesta la excepción a que se refiere el apartado anterior, se suspenderá el juicio. El secretario judicial, mediante diligencia de ordenación, convocará a las partes a una comparecencia, debiendo mediar 15 días desde la citación; el tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.</p> <p>El auto que acepte la excepción acordará el sobreseimiento de juicio y contra el mismo cabrá interponer recurso de apelación.</p> <p>Contra el auto que rechace la excepción únicamente cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de reposición al recurrir la sentencia definitiva.</p> <p>2. La excepción de arbitraje no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.</p> <p>3. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.</p>
--	---

La reforma en este extremo viene acompañada, por virtud de la disposición final 4.^a del Anteproyecto, de la reforma de los artículos 39, 65.2 y 66.1 LEC:

Redacción vigente	Anteproyecto
<p>39. Apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte.</p> <p>El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia</p>	<p>39. Apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte.</p> <p>El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia</p>

internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional <i>o por haberse sometido a arbitraje la controversia.</i>	internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional.
65.2. Si el tribunal entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso. <i>Del mismo modo procederá el tribunal si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a arbitraje.</i>	65.2. Si el tribunal entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso.
66.1. Contra el auto absteniéndose de conocer por falta de competencia internacional, <i>por haberse sometido el asunto a arbitraje</i> o por pertenecer el asunto a tribunal de otro orden jurisdiccional, o por falta de competencia objetiva, cabrá recurso de apelación.	66.1. Contra el auto absteniéndose de conocer por falta de competencia internacional, por pertenecer el asunto a tribunal de otro orden jurisdiccional, o por falta de competencia objetiva, cabrá recurso de apelación.

El Anteproyecto modifica aquí el cauce de que dispone el demandado para alegar la existencia de un convenio arbitral que impida al juez conocer de un asunto. En la LA, esa alegación sólo puede hacerse mediante declinatoria, incidente previo y separado del proceso principal. Se crea ahora un incidente igualmente previo y separado, con el mismo régimen de recursos, pero se le cambia el nombre por el de “excepción”. Sobre ese nuevo cauce procesal –idéntico hasta ahora a la declinatoria–, el Anteproyecto propone dos novedades: la ampliación del plazo para su alegación –cualquier momento hasta la contestación de la demanda en la excepción– y la posibilidad de celebrar vista. El resultado es la introducción en nuestro sistema procesal de un inarmónico *tertium genus* entre los dos cauces generales para resolver cuestiones procesales: la declinatoria y la audiencia previa.

Haciendo abstracción de lo anterior, lo cierto es que la extensión del plazo debe acogerse favorablemente, si bien quedan algunos flecos que deben solventarse en buena técnica legislativa. Así, no se aclara qué sucede en el juicio verbal, donde la contestación a la demanda es oral; debe entenderse que la alegación del convenio arbitral puede hacerse oralmente al principio de la vista. El carácter limitado de la cognición judicial a este respecto permite en teoría que la contradicción y la resolución de la excepción se efectúen en la propia vista –cuya suspensión por esta causa no parece deseable–. Si se entendiera que esto limita las posibilidades de defensa del actor, habría que mantener el carácter escrito de la excepción de arbitraje, y

exigir su proposición en cualquier momento *anterior* a la vista. Siendo así, por coherencia sistemática, habría que extender la solución al juicio ordinario, lo que evitaría además la resurrección de la vieja contestación *ad cautelam*.

No merece la misma acogida favorable la posibilidad de celebrar vista en ese incidente. Aun defendiendo la mayor amplitud posible para el principio de oralidad, no podemos dejar de señalar la contradicción que supone restringir el ámbito de la indagación judicial sobre el convenio a un examen *prima facie* y establecer como cauce para esa revisión más somera un incidente con mayores posibilidades de analizar a fondo la cuestión. La contradicción es aún más llamativa si se advierte que, al mismo tiempo, se limita la posibilidad de celebrar vista en la acción de anulación, sede natural del control judicial pleno y definitivo del convenio arbitral. A la revisión del convenio *in limine litis*, ahora *prima facie*, se le concede una vista que no existía, mientras que a la revisión del convenio con plenos efectos y cosa juzgada en el proceso de anulación la vista se le arrebatada con carácter general.

En conclusión: abstracción hecha del *nomen iuris* y de la vista, la excepción de sumisión a arbitraje no es más que *una declinatoria con más plazo*. Para ese viaje no hacían falta tantas alforjas. Bastaría con añadir un breve inciso al art. 64 LEC:

Redacción vigente	Redacción alternativa
64.1. La declatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista, y surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal.	64.1. La declatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista, <i>o, si se funda en la sumisión del asunto a arbitraje, en cualquier momento anterior a la contestación a la demanda o a la vista,</i> y surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal.

O, si se quiere apurar el plazo hasta el mismo día de la contestación a la demanda o de la vista:

Redacción vigente	Redacción alternativa
64.1. La declatoria se habrá de proponer	64.1. La declatoria se habrá de proponer

<p>dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista, y surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal.</p>	<p>dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista, y surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal.</p> <p><i>Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, si la declinatoria se fundara en la sumisión del asunto a arbitraje, podrá proponerse en cualquier momento antes o con la contestación a la demanda, o antes o al comienzo de la vista; en este último caso, el tribunal, oídas las demás partes personadas, resolverá oralmente.</i></p>
--	--

Por último, debe señalarse que el apartado 3 es idéntico en ambas redacciones –la vigente y la proyectada–, por lo que, en buena técnica legislativa, deberían modificarse sólo los apartados 1 y 2 del artículo 11 LA, y no mencionar el 3 en el Anteproyecto.

Artículo 14. Arbitraje institucional.

Redacción vigente	Anteproyecto
<p>1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:</p> <p>a) <i>Corporaciones de derecho público</i> que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, <i>y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia.</i></p> <p>b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro de cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.</p> <p>2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.</p>	<p>1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:</p> <p>a) Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.</p> <p>b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro de cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.</p> <p>2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.</p> <p><i>3. Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y garantizarán la transparencia e independencia de éstos desde su designación.</i></p>

Aunque vulnera el principio *if ain't broke*, la nueva redacción no hace daño, y el texto queda, en conjunto, mejorado.

Artículos 13, 15, 17 y 21. Capacidad y otras cuestiones sobre los árbitros.

Redacción vigente	Anteproyecto
<p>13. Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. <i>Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.</i></p>	<p>13. Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles siempre que la legislación no lo impida o que estén sujetos a incompatibilidad.</p>
<p>15.1. En los arbitrajes internos <i>que no deban decidirse en equidad de acuerdo con el artículo 34</i>, se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario.</p>	<p>15.1. En los arbitrajes internos, cuando se hayan de resolver por tres árbitros, se requerirá que uno de ellos tenga la condición de abogado en ejercicio.</p>
	<p>17.4. Salvo que las partes expresamente acuerden otra cosa, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador para resolver el mismo conflicto entre aquéllas.</p>
<p>21.1 La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.</p>	<p>21.1 La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.</p> <p><i>Se exigirá a los árbitros o las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en los términos que reglamentariamente se establezcan. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente las Entidades públicas y</i></p>

	<i>el sistema arbitral de consumo.</i>
--	--

El artículo 13 queda mejorado por más conciso.

El 15, al margen ahora de lo relativo al arbitraje de equidad –objeto de comentario *infra*–, mitiga el requisito de la colegiación en arbitraje interno de Derecho: la LA lo exige para todos los árbitros; el Anteproyecto, sólo a uno. Por esa mayor liberalidad merece un juicio favorable.

El 17 introduce una precisión útil.

El artículo 19 del Anteproyecto exige ahora a los árbitros y las instituciones arbitrales la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. Hay en ello una contradicción difícil de salvar con lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo. En efecto: el árbitro sólo responde por dolo o culpa grave, y no por culpa leve –tal parece la interpretación más plausible de la “mala fe, temeridad o dolo” de la LA–. Pocas aseguradoras estarán dispuestas a asegurar el fraude, que normalmente estará excluido de cobertura en el seguro, por aplicación en última instancia del artículo 1256 CC.

Artículo 34. Limitaciones al arbitraje de equidad.

Redacción vigente	Anteproyecto
1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello.	1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello y <i>se tratare de un arbitraje internacional.</i>

Se trata, a nuestro juicio, de una propuesta rechazable, al proscribir de forma imperativa –no dispositiva– el arbitraje interno de equidad, so pretexto de que sea absorbido por la mediación. Resulta a nuestro juicio evidente que, al tratarse de dos métodos distintos *per definitionem* –aquél heterocompositivo, éste autocompositivo–, las partes emplearán uno u otro para casos completamente distintos –según busquen la heterocomposición o la autocomposición de su disputa–.

En una materia en que el carácter dispositivo es *of the essence*, la interdicción de la autonomía privada resulta difícil de justificar.

Igualmente difícil de justificar es la distinción a estos efectos entre arbitraje interno e internacional. En aquél, el arbitraje de equidad –heredero en la

Ley de 1953 de la amigable composición hasta entonces vigente– posee la misma tradición inmemorial que en el arbitraje internacional. Este extraño elemento de dualismo se opone al principio monista inspirador de la LA.

Otro inconveniente de la reforma en este extremo es que arroja el tradicional arbitraje interno *ex æquo et bono* a las tinieblas del arbitraje informal, de efecto puramente contractual y siempre al acecho tras cualquier amago de imperatividad en la legislación arbitral. Si llega a promulgarse este precepto, el regreso del arbitraje informal a nuestros tribunales será cuestión de tiempo.

Artículo 37. El laudo arbitral.

Redacción vigente	Anteproyecto
<p>3. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, <i>quienes podrán expresar su parecer discrepante</i>. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.</p> <p><i>A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.</i></p> <p>4. El laudo deberá ser motivado, <i>a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior.</i></p>	<p>3. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.»</p> <p>4. El laudo deberá ser <i>siempre</i> motivado.</p>

Se hace imperativa la motivación de los laudos. El Anteproyecto muestra, en efecto, cierta querencia por la imperatividad.

Artículo 40. Extralimitación parcial del laudo.

Redacción vigente	Anteproyecto
<p>1. Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título.</p>	<p>1. Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título.</p> <p>2. <i>Cuando la causa de la acción se encuentre en la extralimitación parcial del laudo, antes del ejercicio de la misma [antes de su ejercicio (corrección de estilo)] se solicitará al árbitro, en el plazo de tres días desde su notificación, que corrija el exceso. El árbitro remitirá a las demás partes la petición en el plazo de dos días, concediéndoles tres días para que aleguen lo que consideren oportuno y decidirá lo que proceda en el plazo máximo de tres días.</i></p>

En caso de incongruencia *extra petita*, se establece la posibilidad de solicitar su subsanación por los propios árbitros antes de acudir a la acción de anulación. No se especifica si ese mecanismo suspende o no el plazo para ejercitar la acción de anulación, si bien así debe ser en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.4 LA, sin que resulte necesaria mayor clarificación.

Artículo 41. Infracciones del laudo.

Redacción vigente	Anteproyecto
<p>1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que lo solicite alegue y pruebe:</p> <p>(...)</p> <p>f) Que el laudo es contrario al orden público.</p>	<p>1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que lo solicite alegue y pruebe:</p> <p>(...)</p> <p>f) Que el laudo <i>sea manifiestamente</i> contrario al orden público.</p>

Al margen de la incoherencia gramatical en que incurre el Anteproyecto al cambiar “es” por “sea”, lo importante de esta modificación es que cualifica la contravención del orden público que es causa de anulación: la contravención deberá ser ahora “manifiesta”. Quedaría más claro –dentro de la oscuridad inherente a la cláusula general del ordenamiento que es el orden público– si la modificación cualificara el propio orden público –por

ejemplo, introduciendo el orden público *internacional* para los laudos extranjeros– en vez de cualificar la contravención en sí y lo “manifiesta” que pueda resultar al juzgador. El término “manifiestamente” –como en el carácter “manifiestamente” nulo del convenio arbitral en el artículo 11.1 LA redactado conforme al Anteproyecto, en que alude a una revisión somera o *prima facie*– parece centrar la cuestión en si la infracción es más o menos *evidente*. En nuestra opinión, si el laudo es contrario al orden público –sea de forma flagrante o subrepticia; a primera vista o tras un sesudo análisis–, no debe desplegar efectos en el ordenamiento español. Por ello, consideramos inoportuna la modificación proyectada.

Artículo 9. Sustanciación de la acción de anulación.

Redacción vigente	Anteproyecto
<p>1. La acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal. <i>No obstante, la demanda deberá presentarse conforme a lo establecido en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acompañada de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, y, en su caso, contendrá la proposición de los medios de prueba cuya práctica interese el actor. De la demanda se dará traslado al demandado, para que conteste en el plazo de veinte días. En la contestación deberá el demandado proponer los medios de prueba de que intente valerse. Contestada la demanda o transcurrido el correspondiente plazo, se citará a las partes a la vista, en la que el actor podrá proponer la práctica de prueba en relación con lo alegado por el demandado en su contestación.</i></p>	<p>1. La acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal, <i>salvo en lo relativo a la celebración de la vista</i>. El juez únicamente citará para la vista cuando las partes la hayan solicitado en sus escritos de demanda, acompañada ésta de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, y contestación, y previa declaración de la pertinencia de los medios de prueba anunciados. En otro caso, procederá a dictar sentencia sin más trámite.</p>

La acción de anulación es un proceso especial: sigue los trámites del juicio verbal, pero con demanda y contestación por escrito. Es, pues, un híbrido entre ordinario y verbal: del verbal toma la rapidez, y del ordinario las garantías que ofrece, especialmente en controversias de carácter jurídico. Así, además, el ejercicio pleno de la contradicción –escrita y oral– se completa con una estricta igualdad de armas.

En el Anteproyecto parece mantenerse esa configuración como proceso especial, híbrido de ordinario y verbal, pues se habla de escritos de demanda y contestación. Sin embargo, ello hace que el primer inciso sea

equívoco: se dice que la acción se sustanciará por los trámites del verbal, “salvo en lo relativo a la celebración de vista”, cuando debería decir “salvo en lo relativo a la celebración de vista y a la demanda y la contestación, que se formularán por escrito”.

La vista sólo se celebrará, en la nueva redacción, si las partes lo solicitan y el tribunal admite los medios de prueba propuestos. Se restringe así el principio de oralidad en nuestro sistema, lo cual resulta especialmente cuestionable si se tiene en cuenta que el TSJ, que tiene menos carga de asuntos que las Audiencias Provinciales, asume la competencia sobre este proceso. De nuevo debe confrontarse esta modificación con la de la excepción de compromiso: a la excepción, ahora resuelta *prima facie*, se le concede una vista que no existía, mientras que a la revisión definitiva del convenio en el proceso de *vacatur*, con plenos efectos y cosa juzgada, la vista se le arrebató con carácter general.

Artículo 43. Cosa juzgada y revisión de laudos.

Redacción vigente	Anteproyecto
El laudo <i>firme</i> produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.	El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá <i>ejercitar la acción de anulación y, en su caso</i> , solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

La LA vigente apunta una distinción entre laudos “definitivos” y laudos “firmes”, aparentemente análoga a la comúnmente aceptada entre sentencias definitivas y sentencias firmes. Laudos definitivos parecen ser aquéllos contra los que puede aún ejercitarse la acción de anulación (artículo 40 LA); laudos firmes, aquéllos sobre los cuales, por haber recaído ya sentencia de anulación por no haberse solicitado su anulación en plazo, sólo están sujetos a la acción de revisión (artículo 43 LA).

Esta distinción nunca ha sido del agrado de la doctrina –*casi* unánime en este punto–, por introducir un atisbo de duda sobre si el laudo definitivo produce efectos de cosa juzgada *ex* artículo 43 LA; es *opinio communis* que el laudo es firme y produce efectos de cosa juzgada desde que se dicta. Sin duda, el Anteproyecto elimina el laudo “firme” del artículo 43 para acabar con la distinción. Por ello, en coherencia con esa *ratio legis*, debería también eliminarse el laudo “definitivo” del artículo 40. De sobrevivir a la

reforma, este adjetivo, fuera ya del binomio *definitivo-firme*, generará un perturbador binomio *definitivo-no definitivo*. ¿Y qué es un laudo *no definitivo*? Si se quiere evitar esa pregunta, convendrá sencillamente eliminar, junto al laudo “firme”, el laudo “definitivo” *ex* artículo 40.

Disposición adicional única. Controversias administrativas.

A nuestra LA está a punto de salirle una insólita excrecencia en forma de disposición adicional. Se trata de un mecanismo de resolución de conflictos entre Administraciones Públicas que no cabe calificar como arbitral. Su lugar no es, por tanto, la LA. La nueva normativa va acompañada de una modificación del artículo 77 LJCA que parece más adecuada para la Ley de Mediación.

LSA. Arbitraje societario.

Redacción vigente	Anteproyecto
<p>119. Procedimiento.</p>	<p>119. Arbitraje.</p> <p>1. Los estatutos sociales originarios podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros de Derecho, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.</p> <p>2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje para la impugnación de los acuerdos sociales requerirá el acuerdo de todos los socios.</p>
<p>122. Sentencia.</p> <p>1. La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El <i>Boletín Oficial del Registro Mercantil</i> publicará un extracto.</p> <p>2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con</p>	<p>122. Sentencia o laudo.</p> <p>1. La sentencia <i>o el laudo</i> que declaren la nulidad de un acuerdo inscribible habrán de inscribirse en el Registro mercantil. El “Boletín Oficial del Registro Mercantil” publicará un extracto.</p> <p>2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia <i>o el laudo</i> determinarán, además, la cancelación de su inscripción, así como la de</p>

ella.	los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.
-------	---

Se modifica la LSA para consagrar la validez de la cláusula estatutaria originaria que establezca la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales, siempre que el arbitraje sea institucional; se proscribe así el arbitraje societario *ad hoc* instituido en los estatutos originarios, aunque todos los socios estén de acuerdo en preferir esa modalidad: de nuevo la querencia imperativa del Anteproyecto. La cláusula compromisoria sobrevenida requiere para su validez el acuerdo unánime de los socios.

LC. Arbitraje y concurso.

Redacción vigente	Anteproyecto
<p>8. Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:</p> <p>(...)</p> <p>4.º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.</p>	<p>8. Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:</p> <p>(...)</p> <p>4.º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.º <i>de este precepto y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para denegar su adopción cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso.</i></p>
<p>52.1. Los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.</p>	<p><i>52.1. La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los acuerdos sobre mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado.</i></p>

Se modifica acertadamente la LC para que la declaración de concurso deje de afectar por sí sola a los convenios arbitrales suscritos por el concursado.

En suma: el Anteproyecto merece aplauso –entre otras razones– por concentrar en un solo órgano todas las funciones específicamente arbitrales y por establecer expresamente la cognición judicial limitada sobre el

convenio arbitral; pero merece censura –también entre otras razones– por crear un cauce específico innecesario para el tratamiento procesal de la alegación de compromiso, por proscribir el arbitraje interno de equidad y por dejar la celebración de la vista de anulación al arbitrio del tribunal.