

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL *

Por

Ana Montesinos García

Profesora de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: I. BREVES CONSIDERACIONES INICIALES. II. CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL CONVENIO ARBITRAL.- III. REQUISITOS: 1. La forma escrita, el convenio arbitral electrónico. 2. Contenido. 3. Diferentes tipos de formalización de un convenio arbitral. IV. EFECTOS: 1. Positivo. 2. Negativo. V. CONTROL DE LA VALIDEZ Y LA INEXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.

I. BREVES CONSIDERACIONES INICIALES

El convenio arbitral es uno de los elementos esenciales del arbitraje, que ha sido el que en algún tiempo llegó a convertirse en pieza clave del sistema, la preferente, de modo que se hablaba de la teoría contractualista del arbitraje porque lo importante era en esencia el convenio, desde el que se irradiaba todas y cada una de las actuaciones que se desplegaban en el sistema arbitral y a partir del cual y por el cual, existía arbitraje. De él surge el arbitraje, y es en él donde se refleja la voluntad de sometimiento de la controversia a los árbitros, además de conformar, eventualmente, su desarrollo. La indiscutible naturaleza contractual del convenio arbitral llevó a la consagración de este entendimiento.

Esta concepción no se sostiene en la actualidad, probablemente porque los componentes iuspublicistas y la eficacia del laudo arbitral impiden abogar por una concepción iusprivatista asentada tan sólo en los componentes contractualistas, quienes no alcanzan a explicar la naturaleza de la función ejercida por los órganos arbitrales, amén de los

efectos que el ordenamiento jurídico atribuye al laudo arbitral⁽¹⁾. De ahí se mantuviese la denominada teoría *jurisdiccionalista del arbitraje*, que subraya la función jurisdiccional encomendada a los árbitros, insistiendo como elementos primordiales del arbitraje: el procedimiento seguido por los árbitros que responde a los principios esenciales de la actividad jurisdiccional o proceso y el laudo que pone fin a éste que produce cosa juzgada y es título ejecutivo.

En las últimas décadas ninguna de las dos teorías anteriores ha sido defendida de manera independiente, dejando paso a una *teoría ecléctica o mixta* que obedece a esa doble faceta de la institución arbitral que se basa en la autonomía de la voluntad de las partes, que se plasma en el contrato del arbitraje y que posteriormente es desarrollada a través de un proceso y de ahí la incardinación del arbitraje en las leyes procesales. Es ésta la postura que más discípulos presenta en hoy en día⁽²⁾.

Comparto, junto a BARONA VILAR, que habría que matizar la posición anterior y defender no ya que estamos ante una posición mixta o ecléctica, sino que estamos ante una institución autónoma e independiente que es el arbitraje. "El arbitraje es arbitraje y esa es su naturaleza"⁽³⁾.

Precisamente para que el arbitraje sea el arbitraje es importante asumir que nace porque las partes quieren, por un acto de libertad, y ese acto de libertad en ocasiones pleno y en ocasiones dirigido, se plasma en el convenio. Este es el reflejo de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje; ese es su contenido mínimo. A partir de ahí son tantas las posibilidades de otorgarle contenido, que la riqueza integradora del convenio es ilimitada. En él puede desde pergeñarse los sujetos que van a cumplir la función arbitral, pasando por el desarrollo de esa función a través del proceso y del procedimiento, fijando reglas de actuación, con respeto de unos mínimos esenciales, determinando plazos de actuación, posibilidad de adopción de cautelas por los árbitros, etc. Su potencialidad es enorme, dado que estamos ante un medio de obtener tutela moldeado por las partes.

Como elemento esencial que es del sistema arbitral, dedicamos las páginas siguientes a formular algunas de las cuestiones que en la práctica arbitral se han venido provocando, todo ello siempre desde el marco general que nos ofrece la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, que, de forma rotunda apuesta por la introducción de las nuevas tecnologías, tanto en la conformación de elementos tan esenciales como el convenio arbitral o incluso el laudo como acto final que es del proceso arbitral, pasando por la potenciación de los mecanismos de comunicación o notificaciones electrónicas o similares, amén de allanar el camino para favorecer los arbitrajes en la Red, arbitrajes on line o arbitrajes

(1) S. Barona Vilar, *Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. S. BARONA VILAR), Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 55.

(2) Postura que enlaza directamente con la configuración que nuestro Tribunal Constitucional ha realizado del arbitraje como equivalente jurisdiccional o cuasijurisdiccional (SSTC 288/1993).

(3) S. Barona Vilar, *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p. 58.

realizados de forma mixta a través de las nuevas tecnologías y con mecanismo de la práctica clásica arbitral. La jurisprudencia, a su vez, ofrece una lanza y responde cuestiones que han venido suscitándose en el marco de las posibles nulidades que las partes han ido planteando en sus causas arbitrales. Un cocktail interesante del que queremos ofrecer algunas pinceladas.

II. CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL CONVENIO ARBITRAL

La ley de arbitraje de 2003 ha seguido las directrices de la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985; prueba de ello la encontramos claramente en el tema que nos ocupa, concretamente en el artículo 9 LA referente al convenio arbitral, su contenido y forma, quien traslada lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Modelo relativo al acuerdo de arbitraje⁽⁴⁾.

La actual ley arbitral no ofrece ninguna definición o concepto de convenio arbitral, se limita a describir su contenido y efectos; sin embargo si lo hacía la Exposición de Motivos de la ley arbitral de 1988, quien definía el convenio arbitral como el instrumento en que se plasma el derecho de las personas de solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición. Ambas leyes (LA de 2003 y LA de 1988) han preferido utilizar la expresión convenio arbitral a la de contrato arbitral⁽⁵⁾.

Sin convenio arbitral no puede existir arbitraje; de él depende el resto del procedimiento arbitral, por tanto, es el convenio un elemento fundamental e indispensable en el arbitraje en el que las partes reflejan la voluntad de someterse a él⁽⁶⁾. Como señala Verdera Server, el convenio arbitral constituye el fundamento y límite del arbitraje; fundamento, en cuanto que la propia existencia del arbitraje se vincula ineludiblemente a la voluntad de

(4) La disposición transitoria de la ley arbitral manifiesta que las normas de la ley de arbitraje relativas al convenio arbitral y a sus efectos se aplicarán en todo caso, aunque el demandado hubiere recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje o se hubiere iniciado el procedimiento arbitral antes de la entrada en vigor de la ley arbitral de 2003.

Del artículo 9 LA, F. Mantilla Serrano predica que es uno de los preceptos más reveladores de la génesis de la ley de arbitraje porque en él se resumen los propósitos que inspiraron a sus redactores: confirmar los logros alcanzados ya por la antigua Ley 36/1988, consagrar legislativamente la jurisprudencia generada por esa ley y plasmar novedosas normas, alguna de las cuales colocan a España a la vanguardia en materia de arbitraje. *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, p. 77.

(5) El concepto de convenio que se desprende de la ley arbitral coincide sustancialmente con el dispuesto en el art. II del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, así como con el de la Ley Modelo UNCITRAL, cuyo artículo 7 describe el "acuerdo de arbitraje" como el "acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual".

(6) Es por ello que B. Cremades Sanz-Pastor califica el convenio arbitral como la "piedra angular" de cualquier arbitraje o como la "verdadera carta magna" de todo eventual procedimiento arbitral. "El convenio arbitral", texto de la conferencia impartida el 13 de febrero de 2003 en el ciclo de conferencias de la Academia del Notariado, Ilustre Colegio de Notarios de Madrid.

someterse al mismo y límite, porque el arbitraje se encuentra circunscrito a aquellos aspectos que las partes hayan decidido que se encuentren implicados⁽⁷⁾.

Desde la ley de 1988 ya no se habla ni de contrato de compromiso (cuando de controversias existentes se trataba) ni de contrato preliminar de arbitraje o cláusula compromisoria (cuando se sometían a arbitraje controversias futuras), expresiones empleadas en la ley de arbitraje de 1953, sino que ambos conceptos se han refundido genéricamente en el de "convenio arbitral". La nueva ley arbitral de 2003 conserva el tratamiento unitario que ya en su día otorgó la ley arbitral de 1988 y que engloba todas las declaraciones de voluntad de someter a arbitraje cuestiones litigiosas, suprimiendo el carácter diferenciador que de estos dos conceptos se desprendía.

Como hemos dicho, el legislador ha preferido utilizar la expresión convenio arbitral a la de contrato de arbitraje, lo que no significa que el convenio arbitral deje de ser, al fin y al cabo, un contrato entre las partes (art. 1254 cc) y en este sentido, serán aplicables las normas generales sobre contratos subsidiariamente en todo lo no específicamente previsto en la ley de arbitraje, tal y como señala la Exposición de motivos de la LA.

III. REQUISITOS

El convenio arbitral debe cumplir unos mínimos requisitos imprescindibles de forma y contenido que vienen contemplados en la ley arbitral. La forma del convenio arbitral viene regulada en el artículo 9 LA, que muestra escasas novedades respecto de los artículos 5 y 6 de la ley arbitral anterior. Además, al consistir el convenio arbitral en el núcleo del arbitraje, resulta sumamente importante que las partes dejen claro en su redacción las decisiones y opciones que han tomado, pues de dicho convenio se desprenden las normas procedimentales deseadas por las partes. Con base en ello, un contenido mínimo es exigible.

1. La forma escrita: El convenio arbitral electrónico

Destacamos en primer lugar, como principal presupuesto necesario a la hora de proceder al arbitraje telemático, la exigencia de que el convenio arbitral en el que las partes plasman su voluntad de sometimiento al arbitraje se formalice por escrito (art. 9 LA), lo que no supone ningún tipo de obstáculo al documento electrónico ni al convenio arbitral electrónico⁽⁸⁾. Lo mismo debe predicarse de todos aquellos acuerdos de las partes que

(7) Fundamento y límite que se perciben claramente en los motivos de anulación del laudo, pues éste podrá ser anulado cuando el convenio arbitral no existe o no es válido (art. 41.1. a LA) así como cuando los árbitros resuelvan sobre cuestiones no sometidas a su decisión. R. Verdura Server, *Comentarios a la Ley de arbitraje...* (coord. BARONA VILAR, S.), cit., p. 317.

(8) Así lo expresa la misma Exposición de Motivos de la Ley. Merino Merchán define el convenio arbitral electrónico como, "aquél en el que se hace constar la voluntad inequívoca por las partes expresada por dispositivos electrónicos, informáticos o telemáticos, de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de alguna de ellas, surgidas o que puedan surgir en las relaciones jurídicas que tienen en la red, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como la obligación de cumplir tal decisión". "El pacto

modifiquen con posterioridad el convenio arbitral.

Por tanto, a pesar de la reclamación de la forma escrita del convenio arbitral, será posible acudir a este mecanismo de arbitraje mediante un convenio arbitral celebrado por medio del intercambio de mensajes de correo electrónico, sistemas SMS o MMS de mensajes a móviles e incluso a través de una página web, ya que la nueva ley, refuerza el criterio antiformalista del convenio, y a pesar de mantener la exigencia de la escritura, amplía el cumplimiento del requisito de la forma escrita a los convenios arbitrales pactados en soporte electrónico, óptico o de otro tipo que dejen constancia de su contenido y que permitan su consulta posterior, sin establecer restricciones a los medios de telecomunicación utilizables⁽⁹⁾.

La nueva ley de arbitraje ha ampliado respecto de la ley anterior el elenco de medios equivalentes al documento escrito y se refiere ahora a "un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicaciones que dejen constancia del acuerdo"⁽¹⁰⁾ a diferencia de la anterior ley de arbitraje que simplemente decía "cuando resulte del intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental...", dejando de esta manera fuera de duda, la posibilidad de utilización del fax, télex, correo electrónico, etc., y sustituyendo el término "comunicación" por "medios de telecomunicaciones". Debe quedar claro que dicho elenco presenta un carácter meramente ejemplificativo.

Como señala Garbería Llobregat, en el caso del convenio arbitral on line, es la posibilidad de recuperación a efectos de prueba lo que le dota de su equivalencia al convenio plasmado en soportes tradicionales, ello demuestra, una vez más, que el requisito de la forma escrita lo es *ad probationem* y *no ad substantiam*⁽¹¹⁾. Siempre que se acredite la autoría

de arbitraje telemático", *Régimen jurídico de Internet*, (coord J. Cremades García), La Ley, Madrid 2002, pp. 529-545.

(9) En este sentido, el artículo 9 LA proclama, "el convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicaciones que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. El artículo 7.2 de la Ley Modelo UNCITRAL indica que se entenderá que el acuerdo es escrito: cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. En esta misma línea se pronuncian las normas siguientes: artículo 6 Ley Modelo UNCITRAL y artículo 9 de la Directiva de Comercio Electrónico. El origen de dicha libertad formal lo hallamos en los diferentes convenios internacionales existentes sobre la materia, como es el Convenio de Ginebra 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional (art. 1.2 a).

(10) Como puede ser el correo electrónico o *e-mail*.

(11) *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., p. 186. Vid. la SAP Granada de 4 de abril de 2000 (AC 2000/4506) quien resalta, "Si bien es cierto que de acuerdo con el artículo citado del Código Civil, dada la naturaleza del Arbitraje, en supuestos de representación voluntaria, será preciso el mandato expreso que se dice en dicho precepto, no debe de confundirse éste con el escrito. Es doctrina jurisprudencial, que el apoderamiento no viene sujeto a forma "ad solemnitatem", tal como establece el art. 1710 párrafo 2º del CC, e incluso puede nacer de una declaración de voluntad tácita sin que a ello se oponga la exigencia formal del núm. 5 del art. 1280 del CC (SSTS de 6-3-1978 y 5-2-1992), y si bien para actos de riguroso dominio, será

de los manifestantes, la integridad del texto, la autenticidad del documento electrónico y el tiempo y emisión de la recepción mediante el cruce de mensajes, se podrá producir la sumisión a arbitraje de forma telemática; estas exigencias se verán cumplidas gracias a la utilización de la firma electrónica. Sin embargo, no se prevé en la ley arbitral como requisito "*sine qua non*" del convenio arbitral la necesidad de firma ológrafa, por lo que podemos deducir que el documento electrónico que contenga el convenio arbitral tampoco tendrá la obligación de contener de forma obligatoria la firma electrónica avanzada (ya que ésta es equivalente a efectos jurídicos a la firma manuscrita)⁽¹²⁾. En consecuencia, la exigencia de que la voluntad inequívoca de las partes conste por escrito, no implica la obligatoriedad de que dicha declaración sea suscrita mediante firma. Si ésta no concurre, será simplemente necesaria la prueba de que quien suscribe asume lo escrito, sin comportar su ausencia la nulidad del convenio⁽¹³⁾. Además, la Exposición de Motivos de la ley señala que la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio se superpone a sus requisitos de forma.

En síntesis, considero viable la opción de concluir un convenio arbitral *on line* en aquellas ocasiones en que haya prueba documental bastante de las declaraciones de voluntad de las partes siendo el dato fundamental para satisfacer esta exigencia formal que el medio empleado posibilite un registro duradero⁽¹⁴⁾. En todo caso, consideramos, que los sistemas actuales más recomendables para la formalización de dicho convenio electrónico deberían incluir la utilización de la firma electrónica o la utilización del sistema de

preciso mandato expreso, ello será en el sentido de especial, y el mismo podrá ser conferido también verbalmente (STS de 28-10-1963), y aun en la esfera de este tipo de actos, tal como se expresaba por el TS en Sentencia de 7-7-1944, la ratificación podrá suplir la falta de apoderamiento previo".

(12) A similar argumento llegamos en el CNY (art II), de donde podemos concluir que cuando se trate de un compromiso arbitral contenido en un canje de cartas o telegramas no resulta imprescindible para su validez formal la firma manuscrita de las partes, siempre y cuando se deje constancia de las declaraciones de voluntad de éstas y pueda ser probada su autría.

(13) La STS de 6 de febrero de 2003 se manifiesta al respecto expresando que lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje, siendo destacable en este sentido cómo la jurisprudencia más reciente de esta misma Sala se pronuncia en contra de las "fórmulas sacramentales" como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje en sus sentencias, y SS TS 1 de junio de 199 y de 13 de julio de 2001, y a favor, en cambio, del criterio respetuoso con la voluntad de las partes presente en el artículo 3.2 de la Ley de 1988 (STS 13 de marzo de 2001).

(14) Los soportes duraderos han sido definidos por la Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, como todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada; Entre los "soportes duraderos" se encuentran, en particular, los disquetes informáticos, los CD-ROM, los DVD y los discos duros de los ordenadores de los consumidores en que estén almacenados mensajes de correo electrónico, pero a menos que responda a los criterios de la definición de soportes duraderos, una dirección Internet no constituye un soporte duradero.

terceros de confianza de la nueva LSSI (art. 25 LSSI), que establece que las partes podrán pactar que un tercero archive en soporte magnético las declaraciones de voluntad que integren los contratos electrónicos. En esta línea, la SAP Alicante de 16 de enero de 1995, declara que no puede ser calificado como convenio arbitral inexistente el que surja del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje⁽¹⁵⁾.

A pesar de la admisión de las nuevas tecnologías, todavía no se ha alcanzado la libertad formal plena, pues no se admite la posibilidad de acordar un convenio arbitral de forma oral o verbal, siguiendo, una vez más, las líneas de la Ley Modelo UNCITRAL⁽¹⁶⁾. Dicha exigencia de forma escrita resulta paradójica en nuestro Derecho si tenemos presente el principio de libertad de forma que rige para los contratos y que viene proclamado en el artículo 1278 cc. En muchas ocasiones, el formalismo puede frustrar las legítimas expectativas de las otras partes, además, la exigencia de forma escrita ya no es acorde con la práctica internacional donde hay países en los que ya no se exige que el acuerdo arbitral conste por escrito⁽¹⁷⁾ y en otros, la definición es tan amplia que, prácticamente, el requisito ya no se plantea⁽¹⁸⁾.

La cuestión se complica cuando ante soportes electrónicos nos hallamos, donde nos preguntamos, si los requisitos formales del convenio arbitral puedan cumplirse por medios electrónicos, siempre y cuando resulte posible su ulterior consulta, aunque la ley no lo esté diciendo, podría llegar a pensarse que introduce una excepción a la regla de que el convenio arbitral debe constar por escrito, pues nada impide la ley que los soportes electrónicos contengan comunicaciones orales, ya que en principio nada podría impedir un acuerdo verbal grabado en una cinta magnetofónica que demuestre claramente la voluntad de las partes de someterse a arbitraje⁽¹⁹⁾. En un sentido similar se manifiesta Bercovitz Rodríguez-Cano al indicar: "Se ha puesto de relieve en términos críticos que la forma escrita exigida no responde a la pretensión de asegurar un consentimiento plenamente responsable, sino a facilitar la prueba del convenio...; por lo que debería admitirse

(15) *RVDPA*, 1, 1997, & 88, pp. 127 y 128.

(16) No contempla esta ley, y tampoco lo hace el CNY, la posibilidad de aceptar los acuerdos arbitrales que han sido convenidos oralmente. Al respecto, resulta sumamente ilustrativo el trabajo realizado por Toby Landau en "The requirement of a written form for an arbitration agreement, when written means oral", 16th ICC Congreso, 12 - 15 May 2002, Londres. El autor analiza detenidamente el problema de la exigencia de la forma escrita del CNY, formulando propuestas y soluciones respecto a su interpretación, así como defendiendo la oralidad a la hora de acordar los convenios arbitrales. .

(17) Entre otros países, en Francia, Bélgica, Suecia, Suiza, los Países Bajos e Italia se ha eliminado el requisito de la forma escrita al no haberse establecido ninguna exigencia formal para el acuerdo arbitral.

(18) Por ejemplo, en Inglaterra, el concepto "por escrito" abarca los acuerdos verbales, (*English Arbitration Act 1996, Section 5*).

(19) Al respecto, L Díez-Picazo y Ponce de León señala que en estos casos (en los que los soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo contengan comunicaciones de carácter verbal) habrá un problema de autenticidad del soporte, pero no un problema de validez formal. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, AAVV, (coord. González Soria), Thomson Aranzadi, Madrid, 2004, p.107.

la validez del arbitraje, aunque el convenio no figurase por escrito, si ambas partes proceden en consonancia y se someten de hecho a las actuaciones correspondientes⁽²⁰⁾.

En este momento, sumamente interesante resulta el trabajo que está realizando la UNCITRAL, concretamente el Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), estudiando las soluciones más adecuadas en aras a una futura modificación al respecto que contemple la eliminación del requisito de la forma escrita en los convenios arbitrales; para ello está tratando de revisar el artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional así como debatiendo un proyecto de instrumento interpretativo relativo al párrafo 2) del artículo II del CNY⁽²¹⁾.

2. Contenido del convenio arbitral

La ley arbitral no dedica un precepto expreso relativo al contenido del convenio arbitral, sino que éste se desglosa de la lectura de la ley arbitral en su conjunto y no simplemente de los artículos 9 a 11 LA relativos al convenio, pues a lo largo de toda la ley son diversas las referencias que se efectúan al contenido del convenio arbitral, aunque algunas de las ocasiones consistan en contenidos opcionales que las partes decidirán incluir o no.

En todo caso, deberán cumplirse ineludiblemente tres contenidos fundamentales ya que el convenio arbitral es un presupuesto esencial del laudo arbitral y su nulidad puede conllevar la anulación del laudo (art. 41.1 LA). Estos tres datos son:

En el convenio arbitral se debe acreditar la voluntad de las partes de someter la cuestión litigiosa a arbitraje. La sumisión a arbitraje, según la jurisprudencia, ha de ser decisiva, exclusiva y excluyente, y no concurrente alternativa con otras jurisdicciones (STS 20 de junio de 2002⁽²²⁾). Sin embargo, será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar los litigios que surjan entre sus herederos y con relación a su herencia y que se denomina en la propia ley, "arbitraje testamentario" (art 10 LA).

Al respecto, el artículo 9 de la LA indica que el arbitraje deberá expresar la voluntad de las partes de someter la cuestión litigiosa a la decisión del árbitro, suprimiendo la expresión de "inequívoca" que imponía la ley anterior en su artículo 5, por conllevar su interpretación, en ocasiones, exigencias demasiado rigurosas, que fueron objeto de numerosos

(20) *Comentarios a la ley de arbitraje...*, p. 72.

(21) Aconsejamos para su mayor comprensión, acudir y estudiar los trabajos preparatorios al respecto que se están llevando a cabo en el seno de la UNCITRAL y a los que se puede acceder a través de <http://www.uncitral.org>. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la UNCITRAL consideró que había llegado el momento de evaluar si eran aceptables las ideas y propuestas formuladas para perfeccionar el régimen legal y los reglamentos y prácticas del arbitraje. Encomendó dicha labor al Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) y decidió que entre las cuestiones prioritarias que éste habría de examinar figurase la de la ejecutoriedad de las medidas cautelares y el requisito de que el acuerdo de arbitraje figurase por escrito. En los párrafos 5 a 24 del documento A/CN.9/WG.II/WP.135 figura el resumen más reciente de las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo sobre estas cuestiones.

(22) *RJ* 2002/5256.

recursos de anulación hasta que finalmente el Tribunal Supremo reconoció que dicha expresión no era una frase sacramental que debía aparecer en el convenio arbitral, sino que iba implícita en el consentimiento de firmar el convenio, (STS de 1 de junio de 1999)⁽²³⁾. Tampoco será necesario que dicha voluntad conste de "forma expresa" en el convenio.

Asimismo, ha suprimido también la nueva ley arbitral la exigencia de que las partes expresen en el convenio la "obligación de cumplir tal decisión" que disponía la ley arbitral de 1988 en su artículo 5, por considerarlo innecesario, pues dicha obligación -consideramos- resulta ya inherente al deseo de las partes de acudir al arbitraje, además, el artículo 11.1 LA ya señala "el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado". Dicha obligación fue altamente criticada por la doctrina y por la jurisprudencia, quienes consideraron que, también, dicha frase no era una frase sacramental que deberá constar necesariamente en el convenio⁽²⁴⁾.

El Tribunal Supremo después de varias resoluciones contradictorias finalmente adoptó un criterio unánime en su sentencia STS de 1 de junio de 1999, en donde se alegaba defecto de forma al no constar explícitamente en la cláusula de sumisión a arbitraje del supuesto la "obligación de cumplir tal decisión"; ante ello, el Tribunal señaló, "No cabe admitir este razonamiento... Esta Sala se pronuncia decididamente sobre la forma del convenio arbitral como independiente o como cláusula en otro contrato, en el sentido de que debe formalizarse por escrito, como dispone el art. 6 LA y debe contener el consentimiento, lo cual lo especifica el art. 5.1 al disponer que debe expresar la voluntad inequívoca de las partes, al añadir el último inciso que también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual. Es decir, esta frase "obligación de cumplir tal decisión" no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento⁽²⁵⁾".

Además, el convenio arbitral debe contener imprescindiblemente los nombres y domicilios de las personas que suscriben el convenio, es decir, la identidad de las partes; es necesario y esencial que las partes aparezcan determinadas en el convenio arbitral sin que exista confusión alguna. El domicilio de las partes deberá plasmarse en orden a los

(23) *RJ* 1999/4284. Vid al respecto, la SAP Huelva de 17 de mayo de 1999 (AC 1999/1385).

(24) M.C. Gete-Alonso y M.C. Calera, "Contrato de compromiso", *La Ley*, 1989-2, pp. 1036 - 1037. Vid. La exposición que plasma E. Campo Villegas de las diferentes posturas doctrinales al respecto en, "Convenio arbitral y rigidez formalista", *Revista jurídica de Catalunya*, 2000, nº. 1, pp. 68 - 90. El autor realiza un interesante estudio acerca de la frase "obligación de cumplir tal decisión", donde ofrece un panorama de la situación en la jurisprudencia de las Audiencias y en la doctrina científica, reflejando los argumentos de las tesis formalistas y que finaliza con su opinión personal, en donde se decanta por concluir que no se trata de una frase sacramental que ha de constar en el convenio arbitral sino que va implícita e integrada en el consentimiento de las partes.

(25) *RJ* 1999/4284. En este mismo sentido se pronuncian las siguientes sentencias: STS de 11 diciembre 1999 (*RJ* 1999/9018), SAP Madrid de 29 de mayo 2000 (AC 200/1994) y SAP Valencia de 27 de julio 2002 (*JUR* 2002/253899).

futuros actos de comunicación que se lleven a lo largo del proceso, incurriendo en un motivo de anulación del laudo en el caso de que éstos no se lleven a cabo adecuadamente (art. 41 .1 b LA).

También debe figurar en el convenio arbitral la controversia que se somete al fallo arbitral, o lo que es lo mismo, el objeto de la controversia, determinando sus circunstancias y la relación o relaciones jurídicas determinadas con respecto a las que podría producirse el arbitraje, a pesar de que la controversia surja en el futuro. Debemos distinguir los supuestos en los que nos encontramos ante un convenio arbitral *ex ante* de aquellos en los que existe un convenio arbitral *ex post*. En los primeros, donde la controversia todavía no ha surgido, las partes se limitarán a delimitar la relación jurídica de la que puede surgir la controversia; naturalmente, respecto de controversias puramente futuras será suficiente una mención esquemática⁽²⁶⁾. Mientras que en el convenio arbitral *ex post* en el que la controversia ya ha dado luz, las partes definirán la controversia que se somete a arbitraje⁽²⁷⁾.

En el supuesto en que las partes quisieran excluir del arbitraje alguna controversia que pudiese derivar de dicha relación jurídica, deberán hacerlo expresamente, pues si no, se entiende que todas aquellas controversias que puedan ser objeto de arbitraje podrán someterse a él⁽²⁸⁾.

Además de estos contenidos imprescindibles que deben reflejarse en el convenio arbitral, las partes pueden convenir numerosos extremos del arbitraje, pueden por ejemplo, decidir el idioma del arbitraje, acordar la nacionalidad de los árbitros, el procedimiento para la designación de los árbitros, excluir la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares, si las partes deben decidir en un solo laudo o en varios, etc; por lo que, asimismo, junto con los tres elementos necesarios que acabamos de estudiar, existe un contenido facultativo del convenio (no se trata de una lista taxativa y cerrada); dentro de él desta-

(26) Vid. L. Diez Picazo y Ponce de León, *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., 2004, p. 103. En definitiva, como señala FONT SERRA, lo único que no se permite es la total y absoluta indeterminación, pues ello supondría la renuncia a la jurisdicción estatal en todas las controversias jurídicas que pudieran surgir entre dos particulares, lo que sería tanto como renunciar al derecho constitucional a la tutela judicial en el artículo 24 CE "La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español", *Justicia* 89, Bosch, Barcelona, 1989, p. 351

(27) Cuando la controversia ha surgido ya, ésta es determinada, pero no será preciso que lo esté en todos sus detalles y puntos concretos de la misma, sino que los árbitros son quienes la contemplarán y resolverán. Si por el contrario, la controversia es futura, ésta es determinable, sin necesidad de nuevo convenio entre los sujetos, por razón de una relación jurídica, que pueda surgir de relaciones jurídicas determinadas. Vid. X. O'Callaghan, "El contrato de compromiso, según la ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988", *Actualidad Civil*, nº 1, semana del 2 al 8 de enero de 1989, pp. 5 - 6.

(28) Al respecto, señala M.C. Gete-Alonso y Calera que cuando se haya pactado que el arbitraje alcance sólo a "algunas cuestiones", es requisito necesario que estén determinadas. El requisito de determinación siempre lo es de identificación, si bien bastará con que se hayan previsto los criterios suficientes para poder llegar a determinarlas posteriormente, sin necesidad de que exista un nuevo acuerdo entre las partes. Requisito éste de la determinación que no debe confundirse con el de delimitación de la controversia ya concreta sobre la que los árbitros han de decidir. "Contrato de compromiso"... , cit., p. 635.

camos los siguientes puntos:

1) Los nombres y domicilio de los árbitros y su número (art. 12 LA), o el de la corporación o asociación a quien se encomienda la administración del arbitraje (art. 14 LA), o el del tercero al que las partes difieren la designación de los árbitros (art. 15 LA). También podrán acordar que la nacionalidad de una persona sea un obstáculo para que actúe como un árbitro (art. 13 LA).

2) Determinación del carácter del arbitraje, es decir, de Derecho o equidad. Se ha dicho ya, que en caso de no hacerlo se resolverá conforme a Derecho (art. 34. 1 LA). También podrán acordar las partes que en el caso de tratarse de un arbitraje de Derecho, el árbitro no tenga la obligación de ser un "abogado en ejercicio" (art. 15.1 LA).

3) Determinar el procedimiento de designación de los árbitros (art. 15.2 LA), así como el procedimiento de recusación de éstos (art. 18.1 LA).

4) El plazo o término en que los árbitros hayan de pronunciar el laudo; en caso de no hacerlo, éstos tendrán que dictar el laudo en un plazo máximo de seis meses desde la contestación a la demanda, plazo que podrá ser prorrogado dos meses más por los árbitros mediante decisión motivada (art. 37 LA). Podrían acordar en el convenio que bajo ningún supuesto podrá prorrogarse el plazo señalado.

5) Domicilio de recepción de las notificaciones: las partes deben designar un domicilio para recibir notificaciones.

6) El lugar en que habrá de desarrollarse el arbitraje (art. 26.1 LA), así como pactar que los árbitros se reúnan en otro lugar que estimen apropiado para oír a testigos, peritos, etc. o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas (art. 26.2 LA). Debemos tener en cuenta que la ley no exige su determinación obligatoria por las partes, ya que a falta de acuerdo serán los árbitros quienes lo harán atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes (art. 26 .1 LA).

7) Determinación de las reglas del procedimiento arbitral, siempre y cuando se respeten los principios de igualdad, audiencia y contradicción contemplados en el artículo 24 LA (art. 25 LA). Si las partes no pactan nada al respecto, la ley arbitral atribuye a los árbitros la dirección del arbitraje.

8) Pueden pactar que sólo se soliciten medidas cautelares a los árbitros o solo a los jueces.

9) Las partes podrán acordar libremente el idioma/s en los que debe desarrollarse el arbitraje (art. 28.1 LA); decimos idiomas en plural porque la ley permite que éstos san varios, pudiendo acordar las partes en que actos se debe utilizar un idioma u otro.

10) Resulta oportuno incorporar en el convenio la ley aplicable, es decir, las normas aplicables al fondo del asunto.

11) Potestativamente, podrán las partes reflejar el pago de las costas, honorarios y pago de gastos procesales así como el criterio que más les convenga.

12) Podrán también determinar si los árbitros deben decidir sobre la controversia en un solo laudo o en varios laudos parciales que estimen necesarios (art. 37.1 LA).

13) Además, no será inconveniente introducir una cláusula penal por incumplimiento del convenio arbitral, en sustitución o con independencia del derecho a pedir su ejecución

14) En general, podrán darse las partes los pactos y concesiones que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público (art. 1255 CC). En este sentido se pronuncia, por ejemplo, el artículo 5 LA cuando señala que las partes podrán establecer los pactos que consideren convenientes en cuanto a las notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos en el procedimiento arbitral.

Puede ocurrir que estas cláusulas que se incorporan al convenio arbitral contengan vicios, errores o ambigüedades cuando no describan claramente su alcance, o infundan a dudas complejas de resolver. A ellas se refiere, entre otros, Verdera Server, cuando habla de las "cláusulas patológicas", y entre ellas señala, a título de ejemplo, las siguientes: aquella cláusula que designa una normativa derogada, defectuosa designación de la institución encargada de administrar el arbitraje, ausencia de voluntad clara y determinante de someterse a este medio de solución de conflictos, previsión de excesivos requisitos de los árbitros, concurrencia de la sumisión al arbitraje como método de solución de posibles controversias con la elección de un foro judicial, etc⁽²⁹⁾.

El concepto de convenio arbitral "patológico" no se extiende a aquellos supuestos en que éste es radicalmente inválido o nulo por una razón que afecte a su esencia misma sino que es radicalmente válido en lo esencial, pero presenta indecisiones cuya gravedad puede provocar la ineficacia del pacto. Es decir, las cláusulas patológicas no tienen por qué provocar la nulidad absoluta del convenio, pero si pueden conllevar su ineficacia, por lo que deberá procederse a la lectura e interpretación del convenio en su conjunto para intentar suplir las deficiencias que dichas cláusulas presentan⁽³⁰⁾; no hay duda que el problema ante el que nos encontramos puede evitarse si se acude a las cláusulas modelo que ofrecen las diferentes instituciones que administran el arbitraje⁽³¹⁾.

(29) R. Verdera Server, *Comentarios a la Ley de arbitraje...*, cit, pp. 389 y ss. Vid. en este sentido la STS de 23 de mayo de 2002 (RJ 2002/6420), citada por este mismo autor. En este sentido, A.M. Lorca Navarrete define el convenio arbitral patológico como aquél que es redactado de modo ambiguo, contradictorio deficiente, omisivamente o de manera imperfecta. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 6072003 de 23 de diciembre*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, p. 102.

(30) Vid. E. Artuch Iriberry, "El convenio arbitral defectuoso", *RCEA*, 1995, p. 416.

(31) A título de ejemplo, el Reglamento de la CCI ofrece el siguiente modelo de cláusula de arbitraje, "Todas las desavenencias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento".

No olvidemos que, respecto del contenido del convenio arbitral, las partes pueden completar en cualquier momento, mediante acuerdos complementarios, aquellos extremos que no fueron previstos en su momento; También debemos tener en cuenta que la ley arbitral brinda la posibilidad, con el fin de completar el convenio arbitral, que las partes se remitan al reglamento de una institución arbitral sin que ello suponga acudir al arbitraje institucional, actuando dicho reglamento como supletorio de la voluntad de las partes; en este sentido se pronuncia la Exposición de Motivos de la ley cuando señala: "se precisa que las partes pueden someterse a un concreto reglamento sin encomendar la administración del arbitraje a una institución, en cuyo caso el reglamento arbitral también integra la voluntad de las partes"⁽³²⁾.

3. Diferentes tipos de formalización de un convenio arbitral

A las diferentes modalidades de un convenio arbitral se refiere el artículo 9 LA en sus distintos párrafos, con base en ellos y siguiendo el orden de dicho precepto, un convenio arbitral puede aparecer de las siguientes formas:

a) Respetada la forma escrita, el convenio arbitral no requiere unidad de acto con el contrato principal. El convenio arbitral puede constar tanto en el propio contrato o acuerdo suscrito como cláusula del mismo, o como acuerdo independiente de aquel, aunque sea esta última opción la menos común (art. 9.1 LA)⁽³³⁾. Tanto en una modalidad como en otra, el convenio arbitral tendrá carácter autónomo e independiente, por lo que su existencia dependerá no del contrato sino de la relación jurídica que exista entre las partes, lo que implica que la novación del contrato no afectará al convenio arbitral y la nulidad del contrato no impedirá la conservación de la cláusula arbitral (SAP Madrid de 7 de marzo de 2005)⁽³⁴⁾.

(32) El artículo 4. b) LA manifiesta: "Cuando una disposición de esta Ley...Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido".

(33) Dicha posibilidad ya se recogió en el artículo 1.2.a) del Convenio de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ha manifestado I. Díez-Picazo y Ponce de León, que hablar de "cláusula" o de "acuerdo independiente" sólo tiene sentido desde un punto de vista documental. Por eso, tal vez habría sido más correcto decir que el convenio arbitral podrá plasmarse en el mismo documento en el que las partes celebren un contrato o en otro independiente. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., (coord. González Soria), p. 104.

(34) EDJ 2005/87311. Este Auto manifiesta claramente que no todo contrato de adhesión comporta de forma automática la nulidad de la cláusula.

En este sentido y a efectos de la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia, el artículo 22.1 LA señala, "El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo". *Vid.* SAP Cantabria de 9 de septiembre de 1993, (AC 1993/1601).

Sin embargo, como ha indicado F. Cordón Moreno, esta doctrina debe ser matizada en los casos en que el convenio arbitral se incorpora como una cláusula más al contrato principal; por lo que manifiesta este autor, "Una cosa es afirmar que ambos son contratos diferentes y, por tanto, se pueden ver afectados por

b) Convenio arbitral adhesivo

Como una submodalidad de lo que acabamos de mencionar en el párrafo anterior, el artículo 9.2 LA señala: "Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato". Este precepto reitera lo previsto en el artículo 5 .2 LA de 1988 mientras que en la Ley Modelo no se contempla nada al respecto.

Dicho artículo debe ser extendido principalmente a los convenios arbitrales que aparezcan en condiciones generales de la contratación⁽³⁵⁾, supuesto enormemente frecuente en la moderna contratación en masa. Si una cláusula contractual de condiciones generales de una de las partes del contrato prevé el recurso al arbitraje, su oposición no dependerá de reglas específicas del arbitraje sino de reglas generales de derecho de los contratos y de las obligaciones; por tanto, debemos tener en cuenta las normas de la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación y, en materia de consumidores, la Ley 26/1984 de 19 de julio General de Defensa de los Consumidores y usuarios.

Predispuestas por una de las partes con el fin de disciplinar de modo uniforme sus relaciones jurídicas, dichas condiciones generales conllevan un evidente peligro para la otra parte, quien se limita a adherirse a ellas; por lo que deberán estar claramente estipuladas en el contrato, haber llegado efectivamente al conocimiento de las partes y, que ésta se hayan adherido de una manera libre e inequívoca⁽³⁶⁾.

En los supuestos en los que el convenio arbitral resulte de condiciones generales, se deberán cumplir los llamados "requisitos de incorporación" necesarios para que dichas condiciones pasen a formar parte de un contrato. En este sentido, la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la contratación, señala en su artículo 7: "No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

causas de nulidad o anulabilidad diferentes y no comunicables y otra generalizar la afirmación de que la nulidad del contrato principal no afecta al convenio arbitral, porque pueden haber causas que afecten al contrato en su conjunto (por ejemplo, los vicios en el consentimiento y las causas determinantes de la nulidad de pleno derecho). En este último caso, por ejemplo, dudo que, interpuesta la acción de nulidad por un tercero, pueda excluirse del contenido de la misma, por vía de excepción, el pacto arbitral y, con en el mismo, intentar las partes someter la controversia a un arbitraje". El arbitraje en el Derecho español interno e internacional...", *cit.*, p. 58.

(35) Cuando el artículo 9.2 LA habla de adhesión en lugar de condiciones generales de la contratación, nos planteamos el interrogante acerca de si hace referencia a la misma realidad jurídica, y en este sentido, como señala R. Verdura Sever, la expresión "contrato de adhesión", es prácticamente desconocida en el resto del ordenamiento jurídico español, y la distinción con las condiciones generales de la contratación carece de cualquier relevancia en cuanto a su régimen jurídico, por cuanto los contratos de adhesión no son más que contratos celebrados sobre la base de condiciones generales. *Comentarios a la ley de arbitraje...*, *cit.*, (coord. S. Barona Vilar), p. 362.

(36) M.P. García Rubio, "El convenio arbitral en la ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988", *R.C.E.A.* (1988 - 1989), p. 78. *Vid.* ATS de 8 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/766) relativo a los convenios arbitrales pactados en un contrato de adhesión.

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato".

Quando el empleo de condiciones generales tiene lugar en contratos en los que interviene un consumidor o es celebrado entre un empresario y un consumidor, el recurso al arbitraje encuentra restricciones adicionales, de tal modo que el apartado sexto de la disposición adicional primera de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación modifica la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios introduciendo una disposición adicional primera (num. 26) que indica que tendrán el carácter de abusivas la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de arbitrajes institucionales creados por normas generales para un sector o un supuesto específico⁽³⁷⁾. Esta disposición únicamente exceptúa de la abusividad, a los arbitrajes de consumo creados con base al artículo 31 LGCU.

Al respecto, se pronuncia la SAP Palmas de 15 marzo de 2001, que declara que la sumisión a arbitraje para la resolución de las cuestiones derivadas del contrato supone una cláusula abusiva que coloca en una situación no equitativa a la parte compradora, al hacer depender la resolución de los conflictos que se susciten en el contrato a una entidad formada por la propia parte vendedora y, lógicamente encauzada a la defensa de los intereses del colectivo de empresas que ofrece el producto a la venta, es decir, con más que dudosa imparcialidad. Considerando, por tanto, dicha estipulación nula, de acuerdo con el artículo 10 LGDCU, al tratarse de una estipulación aplicada con carácter general a la venta por la entidad vendedora y resultar abusiva por perjudicar de manera no equitativa al consumidor⁽³⁸⁾.

(37) Debemos acudir al artículo 10.4 LGDCU para determinar cuando un convenio arbitral pactado en condiciones generales es admisible o no. Dicho artículo señala, "Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal". Asimismo, la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, contiene un anexo en el que se contempla un lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declarados abusivas, entre ellas, la q) predica que serán abusivas las cláusulas que tengan por objeto o por defecto, "suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante".

(38) *JUR* 2001/170315. Vid. la STC de 5 de diciembre de 2002 (*RJ* 2002/10430), donde se indica que en la contratación en masa en forma de contratos de adhesión, la autonomía de la voluntad se encuentra limitada en beneficio de la parte más débil de la contratación.

Asimismo, la SAP Jaén de 2 julio de 2004 y el AAP Barcelona de 25 febrero 2004 determinan que es una cláusula abusiva, aquella que se inserta como condición general en contratos de adhesión y no es negociada individualmente, perjudicando claramente los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes⁽³⁹⁾. Aunque las sentencias citadas han sido dictadas vigente la ley arbitral anterior, la misma teoría o doctrina debe mantenerse con la aprobación de la nueva ley de 2003⁽⁴⁰⁾.

Debemos ser conscientes de los riesgos que se pueden derivar de determinados contratos en los que se ha incluido una concreta cláusula arbitral; para que un convenio arbitral adhesivo resulte válido, el adherente tendrá que ser informado de que lo que suscribe es un convenio arbitral. La necesidad de presentar el convenio arbitral bajo la forma escrita consiste en una exigencia entre cuyos fines se encuentra evitar convenios arbitrales que pudieran pasar desapercibidos a una de las partes, ello plantea una serie de peculiaridades respecto de las cláusulas arbitrales contenidas en condiciones generales incorporadas a un conjunto de contratos por tan sólo una de las partes, pues la normativa convencional no impone un acuerdo individualizado referido a la cláusula arbitral.

c) Convenio arbitral por referencia

Además, también existe la posibilidad que viene consagrada en el artículo 9.4 LA referente a la cláusula arbitral por referencia o remisión, que es aquella que, tal y como señala su Exposición de Motivos, no consta en el documento principal contractual sino en otro separado, pero que se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Este artículo se ha inspirado en la Ley Modelo UNCITRAL, concretamente en su artículo 7.2. Por tanto, se admite que el consentimiento para quedar obligado por el convenio, se preste por referencia a un documento en el que el mismo se contiene.

(39) La AP Barcelona en su AAP de 17 de octubre de 2003 (*JUR* 2003/259572) deniega la admisión a trámite de una demanda de ejecución de laudo arbitral dictado por la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE) por considerar que las cláusulas arbitrales insertas en los contratos de telefonía móvil eran nulas de pleno derecho por abusivas, en la medida en que: "a) la cláusula no ha sido negociada individualmente pues el contrato es un impreso de la empresa distribuidora de telefonía móvil y en él aparece la cláusula arbitral formando parte del mismo, siendo la misma en todos los casos por lo que reúne el carácter de condición general; b) La remisión al arbitraje no es obviamente a una institución pública como son las Juntas de Consumo a las que se refiere el Art. 31 de la LGDCU sino a una asociación de carácter privado que además ha asesorado previamente a la empresa oferente o predisponerte y, c) La cláusula perjudica claramente a los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes por cuanto se le impide acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral con garantías de imparcialidad como es la institucional arbitral de consumo en la que participan además de la Administración Pública, profesionales de los sectores implicados, en este caso empresas de telefonía móvil y representantes de los consumidores". En idéntico sentido y más reciente, encontramos el AAP Barcelona de 20 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/56494).

(40) Vid. asimismo la SAP Vizcaya de 12 de febrero de 1999 (*AC* 1999/617) donde se declara nula la cláusula por abusiva al imponerse al contratante como condición general la sumisión al Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB), cuando el cliente poseía su domicilio en Bilbao.

El artículo 9. 4 LA indica que se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido "en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior", por lo que basta la remisión que se realice en cualquier forma, siempre y cuando sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

La mayor novedad se encuentra, cuando se permite que dicha remisión al convenio arbitral no sea necesariamente expresa sino que basta que se realice al documento en el que el pacto arbitral se contiene y, sea clara sin otorgar dudas respecto a su existencia. Aunque, a diferencia de la Ley Modelo, la ley arbitral no se pronuncie al respecto, resulta necesario que la referencia implique que dicha cláusula forma parte del contrato, porque de lo contrario, como indica Garberí Llobregat, se estaría dilatando el requisito de voluntariedad que conforma la esencia del arbitraje⁽⁴¹⁾.

d) Asimismo, el artículo 9. 5 LA manifiesta que también se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y la otra parte no lo niegue; es decir, la parte que ante dicha afirmación guarda su silencio se entiende que muestra su aquiescencia.

Antes de la promulgación de la nueva ley arbitral nuestro Tribunal Supremo aceptó esta posibilidad⁽⁴²⁾; dicha previsión tiene su origen el artículo 7. 2 de la Ley Modelo UNCITRAL y es fruto de la prolongada polémica mantenida en sede de arbitraje comercial internacional acerca de la validez de las cláusulas arbitrales "semiescritas" o la sumisión tácitamente aceptada a lo largo del proceso arbitral⁽⁴³⁾.

Se trata de otra prueba de la libertad formal del convenio arbitral que trata de dar un nuevo impulso al arbitraje, manifestando la validez del convenio consensual no formal o lo que es lo mismo, la cláusula arbitral no negada por las partes. Esta norma se basa en el principio de actos propios, y podríamos llegar a pensar que dicho artículo contradice la exigencia de forma escrita del convenio, pero al fin y al cabo, a lo que se refiere este artículo es a las manifestaciones de una de las partes en un escrito de demanda que no son contradichas por la otra en su escrito de contestación a la misma, pero sin admitir el convenio arbitral verbal, pues éste deberá constar por escrito. Nos encontramos en la cima del espíritu antiformalista que pretende la ley.

(41) *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., p. 187.

(42) ATS de 4 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/87950). Considera I. Díez Picazo y Ponce de León, que se trata de una presunción de existencia del convenio arbitral y de validez del mismo, cuando no haya sido presentado en debido tiempo y forma ante un árbitro. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje...*, cit., (coord. González Soria), p. 107.

(43) Vid. J. Garberí Llobregat, *Comentarios a la ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2004, p.174. Este autor redacta una serie de supuestos en los que se entiende que existe una aceptación tácita, entre ellos, por ejemplo, el caso en el que el demandante en un proceso judicial permanece inactivo ante la declinatoria basada en la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje opuesta por el demandado, sin reaccionar, negando la misma en el plazo de cinco días del artículo 65 LEC.

Por último, en cuanto al arbitraje internacional se refiere, la ley arbitral considera válido el convenio si cumple los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, sin necesidad de ninguna conexión con la controversia, o por las normas aplicables al fondo de la controversia o por el Derecho español (art. 9. 6 LA).

IV. EFECTOS

Como todo contrato, la existencia del convenio arbitral produce indudablemente una serie de efectos. A ellos hace referencia la Exposición de Motivos de la ley arbitral cuando indica, "La ley mantiene los llamados efectos positivo y negativo del convenio arbitral"; se trata del efecto positivo, también denominado efecto contractual o sustantivo, por el que las partes en conflicto se encuentran vinculadas al futuro arbitraje en cuestión, así como a la solución que se desprenda del laudo y del efecto negativo o eficacia de exclusión de la jurisdicción estatal.

Aunque no se haga referencia expresa a ellos, estos dos efectos se desprenden del artículo 11 LA. La rúbrica de dicho precepto se encuentra claramente inspirada en los artículos 8.1 y 9 de la Ley Modelo UNCITRAL, mientras el contenido de su primer párrafo proviene de la ley arbitral de 1988, tras la modificación realizada por la LEC 1/2000.

1. Efecto positivo

El denominado efecto positivo o vinculante se recoge en el artículo 11.1 LA, en virtud del cual, "el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado...", y comprende la exigencia de cumplimiento de las obligaciones inter partes que adquieren quienes han firmado el convenio arbitral.

Consiste en una consecuencia general de la obligatoriedad de todo contrato, por el que las partes están obligadas a cumplir lo pactado y a someter su controversia a arbitraje, pues el convenio arbitral, como contrato que existe entre las partes, tiene fuerza de ley entre ellas y deberá cumplirse a tenor del mismo, con base en el artículo 1901 CC donde se establece, "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos"⁽⁴⁴⁾. Como ha señalado nuestro Tribunal Supremo en su STS de 25 de mayo de 1979, "Instaurado el arbitraje por la vía contractual, el negocio jurídico que lo contiene obliga a las partes a pasar por lo estipulado de acuerdo con las normas generales del derecho de obligaciones..., de manera que la fuerza vinculante del laudo se basa en la voluntad misma de los contratantes manifestada al pactar la previa sumisión a la decisión arbitral"⁽⁴⁵⁾.

(44) Como todo contrato, el convenio arbitral es ley entre las partes, y por tanto, les obliga a cumplir lo estipulado; es por ello que se ha llegado a calificar de poco trascendente el presente artículo de la ley arbitral. R. Verdura Server, *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. S. Barona Vilar) cit., p. 449.

(45) RJ 1979/1894.

Al respecto, la doctrina ha señalado que, bajo el concepto "efecto positivo" se agrupan una pluralidad de efectos, entre ellos, la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral, aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicten los árbitros, etc⁽⁴⁶⁾.

Una vez el convenio ha sido estipulado y surge el conflicto, si una de las partes acude al procedimiento arbitral como medio de resolución de la controversia, poco importa que la otra parte acepte o se oponga; de la inactividad de las partes no se deriva el entorpecimiento o la imposibilidad del arbitraje, sino la preclusión de la posibilidad de ejercitar esa facultad y por tanto, si las partes no realizaran las actuaciones necesarias para desarrollar el procedimiento arbitral o éstas han precluido, corresponderá a los árbitros o a la institución arbitral y excepcionalmente al juez correspondiente, tomar cuantas decisiones resulten necesarias para que el proceso arbitral se desarrolle y concluya con un laudo arbitral⁽⁴⁷⁾. Es por todo ello, que normalmente cuando las partes en el convenio arbitral determinan los elementos y cuestiones fundamentales del arbitraje, prevén quien deberá tomar las decisiones pertinentes en el caso de no hacerlo ellas mismas.

El control del cumplimiento de este efecto positivo pertenece en exclusiva a los órganos arbitrales, en virtud de de la denominada *kompetenz kompetenz*, tal y como manifiesta la Exposición de Motivos de la ley arbitral y el artículo 22 LA que indica: "*Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia*".

2. Efecto negativo

El efecto negativo del convenio arbitral viene plasmado en dos preceptos de la ley, en el artículo 11. 1 LA que señala: "El convenio arbitral... impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria", y en el artículo 7 LA relativo a la intervención judicial en el arbitraje. Como manifiesta la Exposición de Motivos de la ley, el artículo 7 LA es un corolario del efecto negativo del convenio arbitral que impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje. En este sentido, la intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje ha de limitarse a los procedimientos de apoyo y control expresamente previstos por ley.

En principio, los órganos jurisdiccionales en el caso de que consideren que la resolución del litigio corresponde a los órganos arbitrales, deberán declararse incompetentes y

(46) A. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara, *El arbitraje comercial internacional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 87.

(47) FERNANDEZ-BALLESTEROS, M.A., *Comentarios a la nueva ley...* (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), cit, p. 117.

abstenerse de conocer asuntos sometidos previamente a arbitraje. El efecto negativo del convenio arbitral no tiene un periodo indefinido, ya que el deber de abstención de los jueces de conocer el asunto que corresponde a arbitraje únicamente subsiste en tanto el convenio arbitral no haya perdido vigor, pues si por cualquier circunstancia éste deviene ineficaz, los órganos jurisdiccionales recobrarán la competencia plena que tenían antes del convenio, incluso en el caso en que se hubiese estimado la demanda, (AAP Burgos de 29 de julio de 2002)⁽⁴⁸⁾. Debemos tener claro que el efecto negativo se vincula íntimamente al convenio arbitral y no a la existencia del arbitraje, por lo que el juez debe respetarlo con independencia de que se haya iniciado el arbitraje, pero siempre que exista dicho acuerdo entre las partes.

El efecto negativo se convierte en uno de los efectos más importantes del convenio arbitral, y se asienta principalmente en que la existencia de dicho acuerdo impide que los jueces civiles puedan conocer una controversia sometida a arbitraje, siempre y cuando al menos una de las partes así lo decida. La existencia del convenio arbitral no puede calificarse como una causa de inadmisibilidad de la demanda por parte de los jueces o tribunales, sino que requiere la actuación de al menos una de las partes para que dicha demanda no prospere (a los árbitros les está vedado invocar de oficio la existencia del convenio arbitral); por lo que este efecto no opera *ipso iure* o de manera automática, sino que se requiere que actúe la parte interesada; esta actuación se lleva a cabo a través de la denominada declinatoria, por la que se alega la existencia de convenio arbitral, siendo imposible hacerlo de otro modo.

La Disposición Final 8ª de la LEC 1/2000 modificó el artículo 11 de la LA de 1988, al introducir la declinatoria como cauce para hacer valer la existencia del convenio arbitral en contraposición a la vía jurisdiccional⁽⁴⁹⁾. En la nueva ley arbitral la declinatoria se contempla, también, en este mismo artículo, pero además, en este sentido se pronuncia el artículo 63 LEC al señalar: "Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros".

Tras la lectura de estos dos preceptos, deducimos claramente que la falta de jurisdicción de los tribunales, al corresponder un asunto a los árbitros, no puede controlarse de oficio sino que serán las partes las encargadas de ello. En esta línea se pronuncia el

(48) *JUR* 2002/233720. R. Verdera Server, *Comentarios a la Ley de arbitraje...* (coord. S. Barona Vilar)..., *cít.*, p. 454.

(49) En la LA de 1988 el efecto negativo sólo jugaba cuando el demandado lo hacía valer mediante una excepción dilatoria, excepción que fue suprimida con la LEC 1/2000. El cambio en el tratamiento procesal de la excepción del convenio arbitral, de excepción dilatoria a declinatoria persigue un refuerzo de la eficacia de la institución arbitral. Este refuerzo, creemos fructificará y redundará en un mejor funcionamiento de la institución arbitral. J.A. Ruiz Jiménez, "El tratamiento de la excepción de convenio arbitral como declinatoria: de la excepción dilatoria a la declinatoria", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, XIII, Mayo 2001, pp. 315 - 322.

artículo 38 LEC quien permite al juez, de oficio, abstenerse de conocer si le falta competencia internacional o jurisdicción por razón de la materia, pero no si la controversia ha sido sometida a arbitraje. Aunque la ley hable de "parte", la declinatoria es un instrumento en manos del demandado, pues entendemos que el demandante, por el mero hecho de presentar la demanda ante los órganos jurisdiccionales, ya está renunciando a acudir al arbitraje.

Sin embargo y a pesar de lo dicho, compartimos con E. Martínez García, que existe algún caso donde el juez, de oficio y a partir de hechos probados por las partes en sus alegaciones, debiera controlar su falta de Jurisdicción por existencia de convenio arbitral. Pudiera ser, como afirma esta autora, que el órgano jurisdiccional se viera en la tesitura de poner de manifiesto la existencia de este convenio, pues de no hacerlo podría traer como consecuencia la existencia de dos resoluciones (arbitral y judicial) contradictorias⁽⁵⁰⁾.

En definitiva, alegada por el demandado la existencia de convenio arbitral utilizando en tiempo y forma la declinatoria, presentando todos los documentos en que se funde el convenio arbitral, el juez no podrá conocer del asunto en cuestión⁽⁵¹⁾. La regulación de la ley arbitral al respecto, debe completarse con los preceptos de la LEC que regulan esta defensa procesal, concretamente, la declinatoria viene regulada en los artículos 63 y ss LEC. Se tendrá en cuenta: el tribunal ante el que debe proponerse (art. 63 .2 LEC), el momento procesal de su proposición (art. Art. 64 LEC), su tramitación (art. 65 LEC), etc.

La declinatoria deberá presentarse dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda (juicio ordinario) o cinco primeros días (juicio verbal) posteriores a la citación para la vista (art. 64 .1 LEC). En caso de llevarse a cabo cualquier otra actividad procesal que no sea la de interponer la declinatoria, deberá entenderse como renuncia al convenio arbitral. En este sentido se pronuncia la SAP Vizcaya de 25 de septiembre de 2005, al señalar, "si al contestar la demandada no se limita a proponer en forma la excepción o formula sólo la declinatoria, sino que contesta al fondo de la cuestión debatida, oponiendo a la prosperabilidad de las pretensiones ejercitadas en la demanda argumentos de fondo, es claro, tal y como entiende el actual legislador, que se ha dado una sumisión a la Jurisdicción ordinaria, con exclusión del arbitraje, ya se trate de un arbitraje voluntario o legal..."⁽⁵²⁾.

(50) "Algunas reflexiones acerca del posible control de oficio de la existencia de convenio arbitral en la audiencia previa en la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista de Derecho de la Universitat de Valencia*, nº. 1, noviembre, 2002, accesible en <http://centros.uv.es/web/centros/derecho/interno/elena.htm>, fecha de consulta (4/1/2006).

(51) O lo que viene a ser lo mismo, si los jueces comenzaran a conocer de la controversia sometida a arbitraje y la otra parte no alegara la existencia del convenio arbitral, se llegará a entender que ambas partes renuncian al arbitraje y pretenden someterse a la jurisdicción ordinaria.

(52) *JUR* 2003/98815. Por todo ello dicha excepción es rechazada en numerosas ocasiones, tal y como demuestran, entre otras, las SAP Vizcaya de 14 de enero de 2003, (*AC* 2003/138); AAP Burgos de 29 de julio de 2002, (*JUR* 2002/233720); AAP Córdoba, de 13 mayo de 2002, (*JUR* 2002/188085), etc. Mientras que en otras circunstancias si resulta admisible la declinatoria, como a título de ejemplo ocurre en la SAP Almería de

Pueden darse, principalmente, dos situaciones a la hora de presentar la declinatoria ante el Tribunal jurisdiccional correspondiente, éstas son⁽⁵³⁾:

a) Se interponga la demanda existiendo convenio arbitral entre las partes pero no habiendo comenzado el procedimiento arbitral. En este supuesto, el demandado se pronunciará ante el Tribunal, alegando su falta de jurisdicción mediante la declinatoria y se sobreseerá el proceso⁽⁵⁴⁾. Si comparece y no propone declinatoria, se puede deducir que lo que pretende es una renuncia al arbitraje.

b) Existe un procedimiento arbitral pendiente. En este caso, nos preguntamos si el demandado deberá alegar litispendencia o interponer la declinatoria. Si bien considero que el arbitraje si puede producir litispendencia, como a continuación estudiaremos, considero que en este caso lo que se debe interponer es la declinatoria, pues lo que se pretende es alegar la falta de jurisdicción del tribunal al corresponder ésta al árbitro.

El efecto más inmediato de la interposición de la declinatoria es la suspensión inmediata, hasta que ésta sea resuelta, del plazo para contestar o del cómputo para el día de la vista, y del curso del procedimiento principal. Sin embargo, carece de efecto suspensivo de las actuaciones arbitrales, pues la ley arbitral precisa que la pendencia de un proceso judicial en el que se haya propuesto la declinatoria no impide que el proceso arbitral se inicie o prosiga, pretendiendo con ello evitar la paralización o el retraso en la tramitación del proceso arbitral con el fin de impedir que se utilice la incoación de un proceso judicial para bloquear el arbitraje. Consecuentemente, no debemos esperar a que se resuelva la declinatoria para iniciar las actuaciones propias del arbitraje, mientras que si provocará que se suspenda el plazo para contestar la demanda, en el caso del juicio ordinario, o el cómputo para el día de la vista, en el caso del juicio verbal, tal y como proclama el artículo 64 de la LEC⁽⁵⁵⁾.

Al escrito de declinatoria se acompañará el convenio arbitral, pues el artículo 65. 1 LEC exige que se acompañen los documentos o principios de prueba en que se funde, con tantas copias como partes litigantes haya⁽⁵⁶⁾. El juez ante el que se presente la declinatoria

30 de septiembre de 2002, (*JUR* 2002/273930) en donde el hecho de que en el acto del juicio el demandado hiciera alegaciones relativas al fondo, no le puede ser atribuida relevancia alguna abdicativa de lo propuesto en la declinatoria, ya que esa alegación sólo puede ser tomada como una cautelosa previsión defensiva, y por tanto se admite el recurso interpuesto con admisión de la declinatoria.

(53) Seguimos la sistemática planteada por L. Cucarella Galiana, en, *El procedimiento arbitral...*, cit, p. 132.

(54) En cuanto a su tratamiento procesal, deberá equipararse la falta de convenio a los supuestos de falta de competencia judicial internacional, o de competencia genérica, sin olvidar que cuando falta jurisdicción por existir convenio arbitral, el juez no tiene la potestad para controlar de oficio esta falta. L. Cucarella Galiana, *El procedimiento arbitral...*, cit, p. 132.

(55) Si bien el proceso principal se suspende, el artículo 64.2 LEC permite, previa instancia de parte, que el tribunal practique cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba, así como las medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para el actor, salvo que el demandado prestase caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieran derivarse.

(56) SAP Madrid de 4 de abril de 2000, (*AC* 2000/1776).

ha de verificar si la materia sometida a arbitraje es arbitrable, pues de no serlo no se sustanciará la declinatoria, asimismo, deberá dar traslado a las demás partes quienes gozarán de un plazo de cinco días desde la notificación de la declinatoria para alegar y aportar lo que considere conveniente. El Tribunal, transcurrido dicho plazo, decidirá la cuestión dentro del quinto día siguiente (art. 65 .1 LEC).

Los efectos principales que conlleva la declinatoria son:

a) Si el Tribunal estima la alegación del demandado y entiende que no goza de jurisdicción ya que la cuestión litigiosa debe resolverse por medio de arbitraje, tras dictar auto absteniéndose de conocer la pretensión, sobreseyendo el proceso, quedará expedita la vía arbitral, concluirá el proceso ante los tribunales civiles y continuará el proceso ante el órgano arbitral correspondiente (art. 65 .2 LEC); contra dicho auto únicamente cabe recurso de apelación (art. 66 LEC).

b) Si por el contrario, el juez considera que debe desestimarse la sumisión de la controversia a arbitraje, una vez firme tal decisión del juez, el proceso jurisdiccional seguirá su curso, alzándose su suspensión y dándose por concluido el proceso ante los órganos arbitrales. Dicha resolución se plasmará en un auto contra el cual sólo cabe recurso de reposición.

V. EL CONTROL DE LA VALIDEZ Y LA INEXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral es un contrato entre las partes. Su existencia, contenido, etc, viene, desde los mínimos legales, conformados por ellas mismas. Existe porque las partes quieren. Ahora bien, para que haya arbitraje es indudable que el mismo debe existir.

Atendido lo cual, qué sucede cuando no existe tal convenio o éste es inválido. Se trata de dos situaciones diversas. Puede ocurrir que el convenio arbitral, por diferentes motivos no sea válido, por ejemplo, cuando el consentimiento de las partes de sometimiento a arbitraje aparece viciado por error, o cuando no consta por escrito, etc. Como ha manifestado DIEZ PICAZO, un convenio puede considerarse como no válido cuando alguno de los elementos esenciales se encuentra viciado o un contrato carece de alguno de los presupuestos necesarios del tipo negocial al que pertenece⁽⁵⁷⁾.

Diferente es el supuesto en el que no existe convenio arbitral entre las partes en donde el arbitraje es, por tanto, también inexistente, lo que significa que el árbitro o los árbitros, a través del control de su *kompetenz-kompetenz* van a pronunciarse, si así lo consideran oportuno, controlando su propia competencia (art. 22 LA) y lo que ocurre es que si no hay convenio, no hay competencia arbitral⁽⁵⁸⁾. Ello, obviamente, sin perjuicio de que la parte

(57) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, 1993, p. 431.

(58) El artículo 22 LA regula la potestad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, lo que en Alemania se acuñó con el término *Kompetenz - Kompetenz*, y se traduce en la facultad que ostentan los árbitros, no solo de controlar de oficio su propia competencia, sino que además, dicha potestad se extiende

demandada también alegara la inexistencia de convenio, como es lógico, como excepción. Por tanto, la inexistencia del convenio puede:

1) Alegarse por el demandado y ser resuelta con carácter previo por los árbitros⁽⁵⁹⁾. Siendo el convenio fuente de la competencia de los árbitros, tanto la inexistencia como la invalidez del convenio operan como excepciones que impiden entrar a resolver el fondo si se estiman⁽⁶⁰⁾.

2) Alegarse por el demandado y optar por resolver la excepción por los árbitros al final del proceso junto con las cuestiones de fondo del arbitraje.

Respecto a estas dos primeras opciones, es decir, la alegación de parte de la concurrencia de este vicio ante los árbitros, debemos mencionar que se trata de una *conditio sine qua non* para ejercitar este motivo de anulación del laudo. Se trata de una solución que ya propuso la ley arbitral de 1988, y que en la actual ley de arbitraje se desprende del artículo 22 LA en relación con el artículo 6 LA, precepto este último que proclama que si una parte, conociendo la infracción de algún requisito del convenio arbitral, no lo denuncia dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley. En virtud del artículo 22 LA, tal excepción deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda, y los árbitros únicamente podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad, si la demora resulta justificada.

Una vez propuesta dicha excepción por el demandado, los árbitros podrán decidirla con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión que adopten los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo que, en su día, se adopte.

3) Ser controlada de oficio por los árbitros en la audiencia previa en el arbitraje, o tan pronto como tuviere conocimiento de la falta.

4) Se proceda a la anulación del laudo por el motivo previsto en el artículo 41.1.a) LA. Pero solo se conoce a instancia de parte, no puede la Audiencia Provincial conocer de oficio este motivo. Recordemos, que la acción de anulación del laudo no es un recurso, sino un medio impugnatorio de la cosa juzgada que el laudo firme produce; esta acción viene regulada en los artículos 40, 41 y 42 LA, y a través de ella no se procede a examinar

a la apreciación de cualquier otra excepción que pueda impedir entrar a conocer el fondo de la controversia, como pueden ser las excepciones relativas a la existencia o invalidez del convenio arbitral.

(59) En la expresión "con carácter previo" se recogen todas las posibilidades temporales distintas del caso en que el árbitro decida resolver las excepciones junto con las cuestiones de fondo. Así lo apunta NIEVA FENOLL, J., quien manifiesta, a su vez, una cierta preferencia para que se resuelvan con carácter previo. "Modo de plantear y resolver las excepciones y atisbo de jurisdicción sobrevenida por silencio del demandado", *Anuario de Justicia Alternativa, Derecho Arbitral, Especial Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, J. M. Bosch, Barcelona, 2004, p. 70.

(60) V. Guzmán Fluja, *Comentarios a la ley de arbitraje...*, (coord. S. Barona Vilar), cit., p. 817.

el fondo de la cuestión sometida a la decisión de los árbitros, sino que se limita a dejar sin efecto lo que puede, por ejemplo, constituir un exceso del fallo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones.

5) Cabría finalmente que el juez, al despachar ejecución, verificara la inexistencia del convenio y se negara a despachar. No hay convenio, luego nunca debió haber arbitraje. A diferencia del sujeto de invalidez, aquí podríamos admitir que la inexistencia del convenio pudiera llevar a no despachar ejecución, pero solo cuando no se hizo uso de la anulación y por tanto no hay pronunciamiento judicial al respecto. Esta interpretación puede derivarse de la necesidad de que se adjunte, con el laudo, el convenio arbitral cuando se solicite el despacho de la ejecución del laudo (art. 550.1 LEC). Si no hay convenio, falta uno de los elementos esenciales para proceder a este despacho y por tanto podría negarse a la misma. Insistimos en que este supuesto se produce no por el control judicial del contenido del convenio, sino porque no se ha presentado un presupuesto necesario para despachar ejecución.

Debemos tener presente que no resulta viable acudir a un juez en algún momento diverso planteando la inexistencia del convenio porque el tratamiento de la inexistencia del convenio así como el de la invalidez del mismo es privilegiado, especial en materia arbitral, no aplicándosele las normas del Código Civil en relación con los contratos, en lo que a este punto se refiere. La acción de anulación contemplada en los artículos 40 y siguientes LA es el único cauce de control judicial de estos vicios, amén del supuesto excepcional comentado en el párrafo anterior.

Cuando se trata de invalidez del convenio puede:

1) Alegarse por el demandado y ser resuelta con carácter previo por los árbitros en la audiencia previa.

2) Alegarse por el demandado y optar por resolverse al final por los árbitros, pero no en la audiencia previa, quizás porque se halla muy anudada con la cuestión principal.

3) Ser controlada de oficio por los árbitros en la audiencia previa en el arbitraje.

4) También podrá tramitarse como un motivo de anulación del laudo, tal y como dispone el artículo 41.1, a LA, por la Audiencia Provincial encargada de resolver la acción de anulación, y al igual que dijimos en el supuesto de inexistencia del convenio, solo podrá conocerse a instancia de parte, nunca conocerlo de oficio por la Audiencia Provincial.

5) En el supuesto de invalidez del convenio arbitral, a diferencia de lo dicho respecto a la inexistencia del convenio, no resulta posible que el juez, al despachar ejecución, se niegue a despachar ejecución por invalidez del convenio. El convenio quedó validado si las partes no lo impugnaron a través de la vía arbitral propia o a través de la anulación, mientras que si lo impugnó y la Audiencia Provincial consideró su validez, existe cosa juzgada y por tanto, no puede el juez de la ejecución controlar de oficio la validez del convenio, por lo que no podrá negarse a despachar ejecución dado que ya existe un pronunciamiento judicial anterior

Desde luego, repetimos, no cabe ir a un juez en ningún otro momento distinto a los mencionados *supra*, pues como ha señalado la doctrina, ello abriría la puerta para cuestionar en sede judicial pretensiones que sólo pueden plantearse ante los árbitros, defraudándose la concepción del arbitraje⁽⁶¹⁾. Es más, si no se entendiera así, se crearía una situación de incertidumbre jurídica al no quedar cerrado el sistema de control en un determinado momento.

(61) S. Barona Vilar, *Comentarios a la ley de arbitraje...*, cit., p.1372.