

CONSOLIDACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN ESPAÑA: EL CONVENIO ARBITRAL

BERNARDO M. CREMADES (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El convenio arbitral: piedra angular del arbitraje. 3. El convenio arbitral, verdadero contrato. 4. El contenido facultativo del convenio arbitral. 5. Efectos del convenio arbitral. 5.1. Efectos positivos y negativos del convenio arbitral. 5.2. Patología del convenio arbitral. 5.3. Medidas cautelares. 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Los elementos clave del arbitraje son el convenio arbitral, el sometimiento por dicho convenio a la decisión de uno o varios árbitros de cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir y la libre disponibilidad de dichas materias conforme a Derecho. El arbitraje nace como genuina manifestación de la autonomía de la voluntad y siempre dentro de los límites propios de su ejercicio, establecidos por el ordenamiento jurídico.

El moderno Derecho arbitral en España arranca, sin lugar a dudas, de la ratificación de los tratados en materia de arbitraje comercial internacional, empezando por el Convenio Europeo

sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961; y en 1977, con la ratificación del Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. Posteriormente y después de enormes reticencias políticas y diplomáticas, España se incorporó al Convenio de Washington de 1965¹, accediendo al modernísimo sistema de arbitraje interestatal en materia de inversiones del Banco Mundial.

La jurisprudencia de nuestros Jueces y Tribunales ha sido modélica en cuanto a la evolución del reconocimiento a la autonomía de la voluntad². Rompiendo una inercia de décadas, la Sala Primera del Tribunal Supremo dicta un auto el 11 de febrero

(*) Senior partner, B. CREMADES Y ASOCIADOS; miembro del Institute of World Business Law de la Cámara de Comercio Internacional (ICC); miembro del International Council for Commercial Arbitration.

¹ BOE del 13 de septiembre de 1994.

² Para un estudio de la jurisprudencia española anterior a la LA de 1988 véase, B. CREMADES, "Évolution récente du droit espagnol en matière d'arbitrage". Revue de l'Arbitrage, N° 2, 1988, pp. 223 a 236.

de 1981, modificando diametralmente la línea jurisprudencial anterior de prácticamente denegar el exequátur a los laudos arbitrales extranjeros para su ejecución en España³. La mencionada cambió la línea jurisprudencial en España de forma radical en torno a la concesión de los exequaturs de laudos arbitrales extranjeros. Pero también sirvió de norte en la decisión de Jueces y Tribunales en el control de eventuales recursos frente a decisiones arbitrales, en las decisiones judiciales de apoyo al procedimiento arbitral e incluso en la adopción de medidas cautelares solicitadas por las partes en un procedimiento arbitral.

La Ley de Arbitraje de 1988 daba al traste con los fundamentos anacrónicos

de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953⁴ –“LADP” o “LA de 1953”. La constitución vigente exigió cambios radicales en los postulados sobre los que se asentaba la organización política y jurídica de la España de 1953. Lejos quedaba ya el monopolio jurisdiccional del Estado y las trabas sin sentido al arbitraje en una España democrática. Sin ir más lejos, la legitimación del arbitraje institucional iba a vertebrar la médula del actual arbitraje en España.

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje (la “LA”) indica en su Exposición de Motivos que es “conciencia de los innegables avances que su precedente, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, supuso para la regulación y modernización

³ *Rederaktiebilaget Gustaf erikson c. Eurofrío Alimentos Congelados, S. A.* en Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1984, pp. 149 y ss. Véase también el comentario a ese mismo auto de A. Arce Janariz en el mismo tomo de la Revista de la Corte Española de Arbitraje, pp. 152 y ss.

⁴ En la LADP establecía la necesidad de un contrato preliminar o contrato preparatorio del arbitraje; en el que los contratantes debían prever la posibilidad de un conflicto futuro, aún no existente, y que una vez surgido determinaba para los contratantes la obligación de establecer el convenio arbitral propiamente dicho. Se establecía así un precontrato de carácter obligatorio y no una simple promesa de contratar.

Establecida la relación jurídica y el contrato preliminar de arbitraje, una vez que surgía la controversia entonces se debía proceder a establecer el convenio arbitral, o mejor dicho entonces se iniciaba la actividad del interesado en promover el procedimiento arbitral para obligar a la otra parte a otorgar la escritura pública en la que necesariamente se debía contener el compromiso (Art. 16 LADP), llegándose muchas veces a tener que solicitar la formalización judicial del compromiso a la luz de la facultad que confiere el Art. 1279 Cc y las disposiciones de la LADP (Art. 9 y 10).

Era en esta escritura pública de compromiso donde se contenían los requisitos de validez del convenio arbitral (Art. 17): (i) identidad de los compromitentes; (ii) determinación de los árbitros; (iii) controversia a resolver; y (iv) lugar y tiempo en que la controversia se ha de dirimir.

Prohibiéndose expresamente la posibilidad de que un tercero determinase los árbitros, prohibición ésta, que junto con las normas procedimentales de obligado cumplimiento que señalaba la LADP (Arts. 26 y ss.) cerraban la puerta al arbitraje institucional. Para una visión completa de la regulación de la LADP véase J. Guasp “*El Arbitraje en el Derecho español*” Bosch, Barcelona 1956.

Para una panorámica de la situación del arbitraje comercial internacional bajo la vigencia de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953 véase el estudio de J. D. González Campos “*Sobre el convenio de arbitraje en Derecho internacional privado español*” Anuario de Derecho Internacional, Vol. II, 1975.

del régimen de esta institución en España. En 2003 la práctica arbitral en España alcanzó su reconocimiento como auténtica manifestación de la autonomía de la voluntad.

2. EL CONVENIO ARBITRAL: PIEDRA ANGULAR DEL ARBITRAJE

El convenio arbitral, piedra angular del arbitraje, nace como una genuina manifestación de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica, sea o no contractual (Art. 9.1 LA). El convenio arbitral, nos dice el Art. 9.1 LA, “(...) podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente (...)”.

El convenio arbitral, ya lo veremos más adelante “(...) obliga a las partes a cumplir lo estipulado (...)” (Art. 11 LA). Es decir, el convenio arbitral tiene carácter vinculante para las partes en litigio. Ahí radica la gran diferencia con el derecho histórico español en materia de arbitraje, que diferenciaba la cláusula arbitral del compromiso, que exigía para vincular a las partes a la decisión de los árbitros una formalización voluntaria de carácter notarial o judicial del compromiso.

La Ley de Arbitraje de 1988 introdujo una gran novedad al permitir que se sometieran al convenio arbitral las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir. Nuestro derecho histórico entendía que sólo se podían someter al compromiso arbitral las disputas surgidas

ya, prohibiendo, como así lo hacía la Ley de 1953, el arbitraje de controversias futuras. El compromiso arbitral pretendía trabar la *litis* y sólo respecto de controversias conocidas y determinadas. El espíritu latente en el convenio arbitral es bien distinto, ya que se introduce en la vida contractual de las partes con vocación de futuro. Precisamente esa vocación de futuro es la que da estabilidad contractual, garantizando a las partes que en caso de controversia siempre habrá un tribunal arbitral que pueda dirimir de acuerdo con la voluntad de lo establecido en el contrato.

Los contratos se firman en el optimismo de una negociación que parece ventajosa para ambas partes, pero hay que cumplirlos también en los momentos de dificultades en su fase, que puede ser larga, de ejecución. Las partes quieren que en el momento del conflicto no sea necesario discutir cómo se va a articular el procedimiento arbitral sino que prefieren delimitarlo de antemano.

El convenio arbitral puede, además, hacer relación a controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales (Art. 9.1 LA). Las partes pueden muy bien establecer en su convenio arbitral qué tipo de conflictos se van a someter a los árbitros, sea de naturaleza contractual o extracontractual⁵. El convenio arbitral puede concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo.

Es muy importante a la hora de redactar los diferentes contratos de una relación jurídica el que haya unidad e

⁵ En este sentido véase también el Art. II.1 del Convenio de Nueva York.

identidad del convenio arbitral, para así evitar la patología que supone la contradicción al respecto en distintos contratos o la diferenciación de procedimientos arbitrales para diferentes materias. Suele también ser normal que una relación jurídica cristalice en diferentes acuerdos contractuales y que sólo uno de dichos contratos contenga un convenio arbitral. Cuando dicho convenio arbitral se incluye como cláusula de un contrato marco es lógico que nadie dude de la eficacia global de dicho convenio arbitral. Las dudas surgen cuando el convenio arbitral aparece en un contrato que se pueda calificar de marginal, como puede ser el caso de acuerdos iniciales en una relación contractual, que cristalizan en un puro y simple acuerdo de confidencialidad en la negociación que llevará a la firma de un contrato ulterior.

A su vez también el convenio arbitral puede incluirse en un único documento suscrito por las partes, pero puede ser el resultado de un intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación. Lo importante es que haya un cruce de oferta y aceptación de arbitraje por las partes. Cuestión ésta que, como es lógico, el tribunal tendrá que verificar al comienzo de su actuación, pues sólo existiendo convenio arbitral válido y vinculante cabe hablar de jurisdicción arbitral.

3. EL CONVENIO ARBITRAL, VERDADERO CONTRATO

Por el convenio arbitral “[...] una o varias personas consienten en obligarse,

respecto de otra u otras a [...] prestar algún servicio” (Art. 1254 del Código civil). Y si el convenio arbitral es un verdadero contrato, requiere, como es sabido en base al Art. 1261 del Código civil, consentimiento y objeto cierto que sea materia arbitral.

El *consentimiento* se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el contrato de arbitraje. La LA, ya lo hemos visto, indica de forma clara que el convenio arbitral deberá expresar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Los términos tan tajantes del Art. 5 de la LA no impiden que también en nuestro Derecho se pueda hablar de consentimiento expreso y de consentimiento tácito al arbitraje. El fenómeno tan frecuente hoy en día del arbitraje multiparte tiene igualmente cabida en nuestro derecho. Igual lo tiene el arbitraje en el caso de grupo de empresas, cuando intervienen diferentes filiales en una relación jurídica. En ambos supuestos, la vinculabilidad del convenio arbitral a empresas que formalmente no pactaron la cláusula arbitral pero que de hecho intervinieron en la relación jurídica base del arbitraje se convierte en una cuestión de prueba fáctica que tienen que valorar los árbitros a la hora de aceptar o denegar su propia competencia para incluir a una u otras sociedades en la relación jurídico-arbitral⁶.

La aceptación tácita del arbitraje tiene que deducirse de inequívocos *facta*

⁶ Respecto al alcance del convenio arbitral y los “grupos de empresas” véase H. AGUILAR GRIEDER. “La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 2001.

*concludentia*⁷ que permitan a los árbitros extender la relación procedimental a sociedades que no firmaron de forma expresa el convenio arbitral.

Es frecuente también, muy especialmente en los arbitrajes de consumo, que la relación arbitral surja de una oferta pública de someterse a arbitraje y de una aceptación concreta del consumidor. Una empresa acepta someter a arbitraje cuantas cuestiones puedan surgir por ejemplo, con su clientela. La protección al consumidor lleva al legislador a numerosas cautelas. La más relevante de todas ellas es la incluida en la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de Contratación en la que se considerará que tendrán el carácter de abusivas las cláusulas que supongan “(...) la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”⁸.

Todos estos temas relativos al consentimiento en el convenio arbitral tienen enorme importancia, ya que no se trata sólo de cuestionar la existencia de un contrato por faltar un requisito esencial para su validez, sino que al ser el convenio arbitral nulo, el laudo que se dictare podrá ser anulado de acuerdo con lo establecido en el Art. 41 (a) LA.

El Código Civil, al hablar del *objeto* de los contratos indica que “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres” (Art. 1271). La LA, precisa que las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje deben ser sobre “materias de libre disposición conforme a derecho” (Art. 2.1). En realidad, la jurisprudencia y práctica arbitral revela una tendencia expansiva de las materias que pueden ser objeto de arbitraje. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho comparado en materia de arbitraje en temas de propiedad industrial, donde queda claro que no pueden someterse a arbitraje las cuestiones relativas a la inscripción registral de su titularidad, pero sí las consecuencias mercantiles de las relaciones entre partes. Lo mismo sucede en otros ámbitos, como es el caso del derecho de la competencia, cuyas normas forman parte del orden público y deben ser siempre aplicadas por el tribunal arbitral. Lo mismo se puede decir de otros temas cuya implicación de orden público es evidente, como es el caso, por ejemplo, de las regulaciones de medio ambiente. Cada vez suele ser más frecuente encontrar a tribunales arbitrales encargados de dilucidar las consecuencias contractuales de las obligaciones nacidas en materia de medio ambiente, sin perjuicio de la imperatividad de las normas o de la

⁷ La UNCITRAL en su Informe sobre los trabajos de su 18ª sesión (Viena, 3 a 21 de junio de 1985. Documento de las Naciones Unidas A/40/17) aprobó una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, al objeto de proporcionar un estándar de ley de arbitraje, que pudiera ser incorporado a la legislación nacional propia de cada país con el fin de armonizar las legislaciones nacionales sobre arbitraje.

Pues bien la Ley Modelo de la UNCITRAL establece que el convenio arbitral se puede acordar mediante un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. Aquí se está admitiendo la prestación del consentimiento al convenio arbitral de forma tácita.

⁸ Disposición Adicional 1ª, Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

correspondiente imposición de sanciones por su infracción, ya sea en el orden administrativo o judicial.

Es bien conocida la liberalidad de nuestro Código Civil en materia de *forma* de los contratos, estableciendo el Art. 1278 que “(...) serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”. La LA establece en su Art. 9.3 que “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 telecomunicación que dejen constancia del acuerdo”⁹. La LA no hace sino recoger en este punto –como ya lo hacía la ley anterior– la obligación contraída por el Estado español al ratificar el Convenio

de Nueva York, en cuyo Art. II se dice que cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito e indicando también que existirá acuerdo por escrito, si así se dedujera de un canje de cartas o telegramas¹⁰. La práctica además ha llevado a una flexibilización de dicho requisito, como así lo recoge la UNCITRAL en el planteamiento del problema¹¹.

La LA y los convenios internacionales en materia de arbitraje comercial internacional plantean el tema de si la “constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje” incluye también la contratación en el comercio electrónico. En el derecho español la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico indica en su Art. 24, párrafo 2º, que “En todo caso, el soporte electrónico

⁹ Sin embargo en Derecho comparado no siempre se encuentra este requisito. Así la antigua Ley de arbitraje holandesa establecía la posibilidad de que un convenio de arbitraje se estableciera de forma oral, pero que éste debería entenderse celebrado sólo si las partes en el convenio comparecen ante el Tribunal Arbitral sin invocar la falta de acuerdo arbitral antes de hacer cualquier alegación sobre el fondo de la controversia (véase P. SANDERS y J. VAN DEN BERG. “*The Netherlands Arbitration Act 1986*”. Kluwer, 1987, comentario al Art. 1202). También Suecia y la antigua República Democrática Alemana permitían acuerdos arbitrales concluidos de forma oral (véase CRAIG, PARK & PAULSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Oceana & ICC, 1990, p. 75).

¹⁰ Esta posibilidad también había sido previamente recogida por el Convenio de Ginebra de 1961, en su Art. I.2 al establecer:

“A los fines de la aplicación del presente convenio se entenderá por [...] acuerdo o compromiso arbitral, bien una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas, o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes”.

¹¹ “7. Los profesionales han señalado repetidamente que hay una serie de situaciones en las que las partes han acordado someterse a arbitraje (y el acuerdo consta por escrito), pero en las que a pesar de ello se cuestiona la validez del acuerdo debido a que el requisito de la forma es excesivamente restrictivo. De estas situaciones se deduce con frecuencia la conclusión de que la definición de forma escrita, como figura en los textos legislativos internacionales mencionados [Convenio de Nueva York, Convenio de Ginebra, Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, etc.], no se adecúa a las prácticas contractuales internacionales y va en detrimento de la certeza y de la seguridad jurídica de las obligaciones contraídas en el comercio internacional”.

en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica estará a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica. En nuestro caso, lo regulado por el Real Decreto Ley 14/1999 de 17 de septiembre; su Art. 3 no deja dudas sobre los efectos jurídicos de la firma electrónica.

La intervención de fedatario público es garantía de seguridad jurídica en el tráfico mercantil. Cabe preguntarse si en determinados casos el convenio arbitral requiere la intervención de fedatario público. Pudiera ser el caso de un convenio arbitral que afectara a actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derecho reales sobre bienes inmuebles (Art. 1280, párrafo 1 del Código civil). En estos casos, la protocolización permitirá el acceso al registro de la propiedad del laudo arbitral.

Cuestión distinta es la relativa al arbitraje societario, ya que sólo por la vía de la protocolización notarial el convenio arbitral tiene acceso al registro mercantil; de manera que la simple obligación de formalizar por escrito el convenio arbitral puede convertirse en una conveniencia indispensable para las partes de incluir el convenio arbitral en escritura pública, para así tener acceso a la publicidad registral que convierte los acuerdos entre accionistas en vinculantes frente a terceros.

4. EL CONTENIDO FACULTATIVO DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral constituye la verdadera carta magna de todo eventual procedimiento arbitral. Por eso es muy importante que las partes dejen muy claro en la redacción del mismo sus opciones. El arbitraje es manifestación de la autonomía de la voluntad y por lo tanto en la redacción del convenio arbitral cristaliza el procedimiento deseado por las partes.

La posibilidad de configurar libremente el procedimiento distingue al arbitraje de la rigidez del proceso judicial¹², en donde estrictas reglas y formalismos delimitan los mecanismos para hacer valer las pretensiones de las partes, al menos en el ámbito territorial del Derecho romano. Pocas cuestiones se dejan en un proceso judicial al arbitrio de las partes o a la discrecionalidad del Juez, ya que uno y otro cuentan con unos cauces normativos, a través de los cuales se desarrollará forzosamente el proceso. En la práctica, enfrentarse a un arbitraje –doméstico o internacional– presenta notables diferencias con respecto a la jurisdicción civil ordinaria.

Cada arbitraje requerirá la aplicación de un procedimiento singular, lejos del modelo encorsetado que prevé la legislación procesal para el procedimiento

¹² El principio de que las partes tienen la libertad de configurar el procedimiento arbitral se reconoce por: (1) los principales tratados internacionales [Arts. II y V(1)(d) del Convenio de NY; Art. IV(1)(b)(iii) del Convenio de Ginebra]; (2) las leyes de arbitraje de las principales sedes, principalmente aquellas que incorporan el Art. 19(1) de la Ley Modelo; y (3) los reglamentos de diversas instituciones arbitrales, incluyendo la CCI (Art. 11), la LCIA (Art. 14.1) y el CIADI (Regla 20.2 de las Reglas de Arbitraje). Vid. GARY B. BORN. *International Commercial Arbitration* (2009) vol. II, pp. 1748-1758.

judicial. La estructura de cada arbitraje será diferente, aunque se trate de procedimientos sustanciados al amparo de las mismas reglas institucionales. Siempre las partes podrán acordar las particularidades del procedimiento, respetando las normas imperativas de la sede. En defecto de acuerdo, los árbitros tendrán plena discrecionalidad para determinar el procedimiento en la forma que estimen oportuna, salvaguardando esas mismas exigencias imperativas y disposiciones del reglamento arbitral¹³.

En la configuración de un arbitraje la tendencia es establecer un conjunto de parámetros que constituyan un compromiso entre las tradiciones jurídicas de sus participantes. En la práctica, el procedimiento seguirá el esqueleto básico que proporcione el reglamento aplicable, que es sustancialmente idéntico en las principales instituciones. Asimismo, la práctica arbitral es relativamente uniforme en la forma de hacer frente a los problemas que pueda presentar un procedimiento. De hecho, la discrecionalidad con la que cuenta el árbitro es ejercida de forma similar en la toma de decisiones tan

importantes como la adopción de medidas cautelares, la admisión de determinada prueba testifical o pericial, las solicitudes de exhibición de documentos, o la práctica del interrogatorio de testigos y peritos¹⁴.

En realidad, la tendencia del arbitraje se orienta hacia el establecimiento de estándares más o menos globalizados que desvinculan el arbitraje de consideraciones puramente locales¹⁵. Este proceso globalizador es el resultado de la propia práctica arbitral y de la codificación de instrumentos de *soft law* en la materia, como son las Reglas de la IBA en materia de práctica de pruebas o de conflicto de intereses o las Notas de la CNUDMI en materia de práctica arbitral.

Esta uniformidad se ha visto acompañada de la utilización de sistemas electrónicos e informáticos, desde el correo electrónico para efectuar válidamente comunicaciones y notificaciones, hasta la presentación de la prueba documental y pericial en formato electrónico mediante CDs o llaves USB, o la práctica de interrogatorios mediante videoconferencia, a través de Internet. Incluso algunas instituciones, como la CCI,

¹³ A falta de acuerdo expreso entre las partes o disposición contraria del reglamento arbitral elegido, y dentro de los límites que exijan las normas imperativas de la sede, el árbitro tiene plena discrecionalidad para configurar el procedimiento. Así lo reconocen: (1) los principales tratados internacionales [Arts. IV(4)(d), V(1)(b) y (d) del Convenio de NY]; (2) las leyes de arbitraje de las principales sedes, principalmente aquellas que incorporan el Art. 19(2) de la Ley Modelo; y (3) los reglamentos de diversas instituciones arbitrales, incluyendo la CCI (Art. 15.1), la LCIA (Art. 14.1) y el CIADI (Regla 20 de las Reglas de Arbitraje). Asimismo, el Art. 15.1 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI permite al tribunal arbitral "...dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y... se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Vid. BORN. *International Commercial Arbitration. Op. cit.*; pp. 1758 a 1765.

¹⁴ BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. "Past, Present and Future of Arbitration", *Arbitration International*. vol. 25. Nº 3 (2009), p. 298.

¹⁵ d. Vid. por ejemplo, KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. "The Globalization of Arbitral Procedure," *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. vol. 36. Nº 4 (2003), p. 1313.

han tomado la iniciativa de crear una plataforma *on-line* denominada *NetCase* que permite, si ambas partes lo acuerdan, la tramitación de un arbitraje íntegramente a través de Internet, eliminando la existencia y uso del papel. Sus principales ventajas se encuentran en un ahorro de costes para las partes y en la posibilidad de acceder a la totalidad del expediente desde cualquier lugar y en cualquier momento.

Desde el inicio del procedimiento, todo arbitraje requerirá la participación activa del árbitro¹⁶, que deberá efectuar un análisis previo del caso e identificar los aspectos fácticos y jurídicos esenciales, y de este modo proponer a las partes un esquema del procedimiento que se ajuste a las necesidades del litigio. En la práctica del arbitraje CCI, los árbitros arman el esqueleto básico del procedimiento en el llamado “Acta de Misión” y en la primera orden de procedimiento¹⁷. Sin embargo, es frecuente que como al inicio del procedimiento las partes únicamente han formulado una breve solicitud de arbitraje y su contestación, el árbitro no cuente con

información suficiente para poder definir con precisión las cuestiones litigiosas.

En otras ocasiones, las partes habrán sometido alegaciones iniciales más detalladas, pero la formulación de las reclamaciones y concreción de las cuestiones controvertidas puede ser confusa. En estos casos, las partes no podrán beneficiarse de la flexibilidad que ofrece el arbitraje y el árbitro estará obligado a recurrir a un modelo de procedimiento más o menos estandarizado, sin atención a las particularidades del caso concreto, que desconoce. Así, el árbitro evitará fijar una lista limitada de puntos litigiosos y recurrirá a una formulación amplia que le permita decidir todas las cuestiones fácticas y jurídicas que vayan desvelándose en el curso del procedimiento¹⁸. El resultado indeseable de todo ello es que las alegaciones de las partes cubrirán un sin fin de argumentos fácticos y jurídicos, y se acompañarán numerosos documentos, informes o declaraciones, en muchos casos irrelevantes, con el consecuente impacto dilatorio y en costes, si las partes

¹⁶ Comisión de Arbitraje de la CCI, “Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje”, Publicación de la CCI núm. 843 (2007) Párr. 46 en relación con los Párr. 17, 22 - 23 y 32. Disponible a través de Internet: http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/843_TiempoCostos%20ESP%2008.pdf.

Entre las propuestas por la CCI, se encuentra precisamente que las partes presenten la totalidad del caso en una etapa temprana del procedimiento, lo que permitirá a éstas y al tribunal comprender las cuestiones principales y adoptar las medidas necesarias. Cuando la solicitud inicial de arbitraje y su contestación se encuentran suficientemente detalladas, las partes y el árbitro podrán mantener una sesión preliminar –presencial o mediante conferencia telefónica– para poder configurar eficazmente el arbitraje.

¹⁷ El Art. 18 del Reglamento CCI requiere que “...tan pronto como reciba de la Secretaría el expediente, el Tribunal Arbitral... un documento que precise su misión...”. Este “Acta de Misión” identificará a las partes y a sus representantes, confirmará la sede del arbitraje y la ley aplicable, el idioma del procedimiento, la forma en que deban presentarse los escritos y documentos, o la forma en que se considerarán válidamente efectuadas las comunicaciones y notificaciones, así como cualquier otra regla que exija la naturaleza del arbitraje.

¹⁸ SCHNEIDER, Michael E. “The Terms of Reference” *The New 1998 ICC Rules of Arbitration Special Supplement, The ICC International Court of Arbitration Bulletin* (noviembre 1997) p. 26.

y los árbitros no logran posteriormente encauzar el procedimiento.

La libertad de las partes para configurar de común acuerdo las reglas del procedimiento y la discrecionalidad del árbitro al respecto, se encuentra limitada por las mínimas exigencias que impone el derecho a un proceso debido, incluyendo la igualdad de tratamiento de las partes y la salvaguarda de los principios de audiencia y contradicción, esencial para una resolución justa de todo litigio¹⁹. Asimismo, la economía procesal y eficacia del procedimiento constituyen principios rectores de todo arbitraje.

El principio de igualdad se materializa antes y durante el procedimiento arbitral. En primer lugar, todo acuerdo de las partes respecto al nombramiento de árbitros debe respetar el citado principio, de la misma manera que la sustanciación de las actuaciones debe conferir a una y otra parte igualdad de oportunidades y de trato, principalmente en la práctica de la prueba, en la posibilidad de formular alegaciones y en la fijación de plazos, de acuerdo con las exigencias del caso.

Los principios de audiencia y contradicción, sustancialmente idénticos en los sistemas anglosajones y continentales (bajo el concepto de *due process* o “proceso debido”) implican que cada parte tenga oportunidad suficiente o razonable para exponer su caso, lo que se traduce en

la necesidad de que las alegaciones escritas sean recibidas dentro del calendario acordado y que se permita a las partes presentar pruebas y medios de defensa, así como acceder a toda la información presentada por la contraparte.

5. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral tiene unos efectos entre las partes, fundamentalmente para vincularles a su deseo de someter a la decisión de uno o varios árbitros los litigios, impidiendo a los Jueces y Tribunales conocer de tales cuestiones sometidas a arbitraje. Son sus llamados efectos positivos y negativos. Especial relieve tienen tales efectos en el caso de lo que pudiéramos llamar cláusulas de arbitraje patológicas. Todo ello ayudado por las medidas cautelares tanto en vía arbitral como judicial.

5.1. Efectos positivos y negativos del convenio arbitral

Los efectos positivos del convenio arbitral se traducen en la obligación de las partes de estar y pasar por lo estipulado, por lo que si una controversia se encuentra cubierta por el convenio arbitral no puede una de las partes rechazar el arbitraje. De este modo, la competencia objetiva para resolver dicha controversia se atribuye de forma exclusiva a los árbitros, impidiendo

¹⁹ En España, el artículo 24 de la Constitución consagra el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses, prohibiendo la indefensión. Se trata de un derecho que la casi totalidad de los Estados democráticos reconocen. En la esfera internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 10) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 14) expresamente reconocen la universalidad de este derecho.

a los jueces conocer de las cuestiones cubiertas por el convenio arbitral. Este “efecto negativo” del convenio ha sido regulado expresamente por diversos instrumentos convencionales, incluyendo el Convenio de Nueva York y el Convenio de Ginebra.

El Artículo 11 LA regula los efectos del convenio arbitral en los siguientes términos:

- “1. 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.
2. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.
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”.

Por lo tanto, si las partes convinieron la sumisión de una determinada controversia a arbitraje, no puede una de ellas negarse a cumplir lo pactado. La competencia objetiva para resolver dichas cuestiones litigiosas se atribuye a los árbitros, en virtud del principio de *Kompetenz-Kompetenz*.

El convenio arbitral, además de obligar a las partes a cumplir lo estipulado, permitirá a la demandada oponerse al proceso, denunciando la falta de competencia por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional. En los términos del Artículo 63.1 LEC, “(...) mediante 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 esta a Tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros (...)”. Conforme al Artículo 64 LEC, la declinatoria suspende el proceso judicial, pero este efecto suspensivo no tiene lugar en la iniciación o prosecución del procedimiento arbitral (Artículo 11.2 LA).

Los efectos negativos del convenio arbitral se encuentran previstos por el Artículo II (3) del Convenio de NY:

“(...) el tribunal de uno de los Estados contratantes al que se haya sometido un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”²⁰.

El Artículo II (3) del Convenio de NY se encuentra reflejado en el Artículo

²⁰ El Artículo VI(1) del Convenio de Ginebra contempla una situación similar al Artículo II (3) del Convenio de Nueva York, estableciendo que “(...) toda excepción o declinatoria por incompetencia del tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes el acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la Ley del país del tribunal considere tal excepción como una cuestión de Derecho procesal o sustantivo”.

8(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional²¹ así como en numerosas legislaciones estatales, incluyendo el Artículo 11 LA, siendo el objetivo primordial de estos preceptos evitar que una de las partes en un arbitraje pueda recurrir a los órganos jurisdiccionales del Estado como táctica dilatoria del procedimiento. Así, el juez podrá declararse (in)competente para conocer de un asunto previamente sometido a arbitraje si: (a) el procedimiento versa sobre una materia no susceptible de someterse a arbitraje; o (b) el convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable. Sin embargo, nada dice el Convenio de NY sobre la extensión y naturaleza del análisis que del convenio arbitral efectúe el juez nacional. Las legislaciones de los Estados han adoptado diferentes enfoques, permitiendo en unos casos un examen completo y exhaustivo de las cuestiones (a) y (b) mencionadas; o restringiendo en mayor o menor medida el campo de revisión a una mera evaluación superficial de estas cuestiones.

La legislación española ha optado por el segundo de estos enfoques, restringiendo las facultades del juez para decidir sobre la validez o nulidad del convenio arbitral, ya que esta corresponderá en principio a los árbitros (Artículo 22.1 LA). Sin embargo, de la lectura del Artículo 11.2 LA se desprende que la tramitación simultánea de un procedimiento arbitral y un proceso judicial entre las mismas partes y con el mismo objeto no produce litispendencia, por lo que no es posible plantear esta

excepción para excluir un proceso judicial estando pendiente un procedimiento arbitral incoado con anterioridad. No impide este precepto, sin embargo, la indeseable situación de que iniciado un arbitraje el demandado plantee la misma cuestión ante los órganos judiciales, ya que si formulada la declinatoria ésta fuese desestimada coexistiría un proceso judicial con un arbitraje previo pudiendo resultar en resoluciones –judicial y arbitral– contradictorias.

Este carácter favorable al arbitraje lo encontramos en otras legislaciones, no necesariamente inspiradas en la Ley Modelo, como es el caso del Código de Proceso Civil Francés (NCPC) que reconoce el principio de *Kompetenz-Kompetenz*²². El Artículo 1458 NCPC dispone que en caso de que una controversia de la que esté conociendo un tribunal arbitral se someta a un tribunal del Estado, el juez deberá declararse incompetente, sin que pueda considerar la validez o nulidad del convenio arbitral. En los casos en los que el tribunal arbitral no estuviera aún conociendo de la controversia, el juez francés deberá igualmente declararse incompetente, a no ser que el convenio arbitral fuera manifiestamente nulo. En ambos supuestos, la existencia de un convenio arbitral o de un procedimiento arbitral previo deberá ser alegada por la parte interesada, sin que en ningún caso el juez pueda apreciar de oficio su falta de competencia.

En el Reino Unido, la sección 9, párrafo 4 de la Ley de Arbitraje señala que el juez deberá estimar toda solicitud

²¹ http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

²² Introducido por el Decreto No. 81-500 de 12 de mayo de 1981, Boletín Oficial de 14 de mayo de 1981 modificado JORF de 21 de mayo de 1981.

de suspensión del proceso judicial por la existencia de un convenio arbitral, a menos que se demuestre que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. La legislación británica refleja por lo tanto los principios del Convenio de NY, sin establecer límites precisos al ámbito de revisión por parte del juez nacional. Sin embargo, la postura de los tribunales británicos ha sido la de suspender el proceso judicial si éste fue iniciado incumpliendo lo dispuesto en un convenio arbitral, independientemente de que el arbitraje tenga su sede en el Reino Unido o en el extranjero²³. Asimismo, los tribunales ingleses suspenderán el proceso si existe un arbitraje conexo entre una de las partes con un tercero en el extranjero, entendiéndose por conexidad la existencia de dos litigios que presentan elementos comunes, aunque las partes no sean las mismas, si la resolución que llegue a dictarse en el primero pudiese tener alguna eficacia (cosa juzgada) en el segundo. En estos casos, en interés de la justicia y la economía procesal, los tribunales ingleses suspenderán el proceso²⁴.

En la legislación suiza, el Artículo 7 (b) del Código de Derecho internacional privado sigue una postura similar a la británica, permitiendo al juez nacional decidir sobre la jurisdicción de los árbitros de forma previa al propio tribunal arbitral, cuando existiendo un arbitraje pendiente entre las partes, alguna de ellas cuestione la validez del convenio ante el juez

nacional. Esta hipótesis ha planteado la polémica cuestión de si la decisión judicial que decida sobre la validez del convenio tiene efectos vinculantes en relación con el tribunal arbitral; y si el tribunal debería en estos casos suspender el procedimiento arbitral hasta que el juez haya dictado la correspondiente resolución.

Tanto el régimen autónomo como el convencional adoptan enfoques distintos en relación con la litispendencia, en aquellos casos en los que existiendo un convenio arbitral o un procedimiento arbitral entre las partes, una de ellas inicie un proceso judicial contra la otra, en relación con un mismo litigio. En estos casos, el Convenio de NY y las legislaciones nacionales de los Estados Miembros permiten a la parte demandada ejercitar la oportuna excepción procesal –la declinatoria, en España– solicitando al juez que se inhíba y remita a las partes al arbitraje pactado, previo examen por parte del juez de la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral.

La excepción de litispendencia no procede en el supuesto de proceso judicial y arbitraje previo, ya que este último no constituye un proceso ante un órgano jurisdiccional del Estado, sino un método de resolución de controversias de naturaleza eminentemente contractual, aunque sea calificado constitucionalmente como un equivalente jurisdiccional²⁵. Por

²³ *Capital Trust Investments v. Radio Design* [2002] EWCA Civ 135.

²⁴ *Reichhold Norway v. Goldman Sachs* [2000] 2 All E.R. 679.

²⁵ El Tribunal Constitucional Español configura el arbitraje como "(...) un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que de la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada". Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1987 y SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9º; 62/1991, fundamento jurídico 5º; 288/1993, fundamento jurídico 3º; 174/1995; 1996/75; 1996/146; 1996/176; 1997/196.

lo tanto, no puede el arbitraje producir una auténtica litispendencia. Tanto en Derecho español como en Derecho comparado se aprecia que la fórmula procesal en estos casos es la objeción a la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales –en España mediante la declinatoria– por encontrarse la disputa previamente sometida a los árbitros, debiendo en cualquier caso ésta alegarse en el tiempo y forma que prescriba la legislación procesal vigente.

Los efectos positivos y negativos del convenio arbitral no impiden que, en determinadas circunstancias, una misma controversia desencadene dos o más procedimientos, con el riesgo de que las decisiones que se pronuncien sean contradictorias. Se trata de aquellos casos en los que encontrándose pendiente un proceso judicial o un procedimiento arbitral, una de las partes inicia en otro foro un litigio idéntico o conexo. Diversas son las causas que pueden motivar a las partes a entablar litigios en múltiples foros, ya sea para obtener la tutela adecuada o para incrementar las posibilidades de éxito²⁶. En el arbitraje comercial internacional, las controversias relativas a la ingeniería y la construcción ofrecen numerosos ejemplos. Asimismo, el arbitraje de protección de inversiones crecientemente

presenta ejemplos de procedimientos en los que debe dilucidarse la responsabilidad internacional del Estado en relación con un mismo supuesto de hecho.

5.2. Patología del convenio arbitral

La redacción del convenio arbitral puede no ser clara o ser considerada como defectuosa, si en la ejecución del convenio surgieran dudas²⁷. La solución a este problema puede encontrarse en la decisión del propio tribunal arbitral, en el marco de la institución administradora del arbitraje o incluso en vía judicial.

Planteadas ante los árbitros dudas por las partes sobre su competencia, la normativa nacional e internacional tiende a reforzar su competencia, incluso sobre la de los Jueces y Tribunales estatales. En esta línea se sitúa el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961. Hablando de la declinatoria ante el tribunal arbitral por incompetencia en su Art. V, párrafo 3º, se dice que “El tribunal de arbitraje cuya competencia fuere impugnada no deberá renunciar al propio conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez

²⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *El Arbitraje y la Judicatura*, 2007, pp. 87-88.

²⁷ La existencia de las condiciones de validez no supone que el convenio arbitral pueda desplegar toda su eficacia, y que por tanto la controversia surgida de una relación jurídica sea resuelta mediante arbitraje con exclusión de la jurisdicción. Determinados contenidos del convenio arbitral que *a priori* podrían clasificarse como no esenciales, en la práctica se hacen necesarios, para que el pacto arbitral sea realmente eficaz, en caso contrario estamos ante lo que la doctrina francesa denomina “*cláusulas arbitrales patológicas*”.

Se puede decir que un convenio arbitral es patológico cuando a pesar de ser válido no es completamente definitivo de la voluntad de las partes, o lo que es lo mismo es válido e ineficaz, y por tanto deviene inoperante.

del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato, transacción u operación de la cual forme parte dicho acuerdo o compromiso”. Por supuesto, todo ello sin perjuicio de que ulteriormente se pueda plantear la eventual nulidad del laudo arbitral ante el tribunal estatal competente.

Tampoco puede olvidarse en este punto lo dispuesto en el párrafo 3 del Art. II del Convenio de Nueva York: “El tribunal de uno de los estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”. Es decir, corresponde a la jurisdicción estatal, a nuestros Jueces y Tribunales, comprobar que el convenio arbitral pueda ser nulo, ineficaz o inaplicable. Con lo cual se insiste en la seguridad jurídica que supone el control judicial sobre la autonomía de la voluntad y, en concreto, sobre la voluntad de las partes de pactar un convenio arbitral.

Ante la institución administradora del arbitraje, suelen plantearse numerosos problemas de interpretación del convenio arbitral. En principio, la institución es un organismo puramente administrativo y sus decisiones no tienen carácter jurisdiccional remitiéndose a la decisión de los árbitros que se designen en su momento y por laudo arbitral las cuestiones planteadas. Sin embargo, muchas demandas se interponen en ausencia de convenio de arbitraje o en los casos de arbitraje multiparte interpretando extensivamente el convenio arbitral para incluir en el procedimiento a personas o empresas que formalmente no han suscrito el convenio, pero cuya

conducta permite deducir su eventual inclusión en el procedimiento arbitral.

La Cámara de Comercio Internacional, en su Reglamento de Conciliación Facultativa y de Arbitraje, en vigor desde el 1 de enero de 1998, indica en el 6º de sus Artículos que atribuye la decisión a tomar a la Corte de Arbitraje en caso de ausencia de convenio arbitral. Si la Corte entiende que “*prima facie*” no existe entre las partes ningún convenio de arbitraje referido a la CCI, al no contestar la parte demandada, así lo informará a la demandante. Cuando una parte alegue una o varias excepciones relativas a la existencia o la validez del convenio arbitral, la Corte, previa verificación “*prima facie*” de la existencia de este convenio puede decidir, sin prejuzgar la admisibilidad ni el fundamento de estas excepciones, que el arbitraje puede tener lugar. En este caso, corresponde al árbitro determinar sobre su propia competencia. Es decir, siendo los árbitros que se designen en su día por la institución los únicos competentes para enjuiciar sobre su propia competencia, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI tiene facultades decisorias sobre si estima que existe o no “*prima facie*” el convenio arbitral. Esta, en apariencia, decisión administrativa de la Corte puede tener efectos decisivos en el ulterior procedimiento arbitral, que ni siquiera puede iniciarse ante una decisión de la Corte. No se olvide que la Corte no tiene funciones jurisdiccionales, sino que su labor se limita a la administración del arbitraje y como parte de la misma al nombramiento del o de los árbitros.

Además, el valor y eficacia del convenio arbitral puede ser planteado en vía

jurisdiccional cuando su redacción tenga omisiones o contradicciones que impidan la puesta en marcha del procedimiento arbitral con toda claridad.

5.3. Medidas cautelares

Los efectos positivos del convenio arbitral son dispositivos para las partes, sin que en ningún caso pueda entenderse como una renuncia tácita al arbitraje la solicitud de medidas cautelares a un órgano judicial, conforme lo establece el Artículo 11.3 LA, impidiendo de este modo que la solicitud de dichas medidas neutralice el efecto positivo del convenio.

Suscrito un convenio arbitral, puede que antes de comenzar o iniciado ya el procedimiento arbitral una o varias partes crean conveniente solicitar la adopción de medidas cautelares para asegurar la efectividad de la sentencia arbitral estimatoria que se dictare en su día. Las medidas cautelares pueden, pues, servir para garantizar la eficacia del futuro laudo arbitral, pero además, para garantizar que los medios de prueba a presentar en su día ante el tribunal de arbitraje no desaparezcan o en general para conseguir un mayor aseguramiento de los medios de prueba.

El convenio arbitral tiene una eficacia que permite acudir al auxilio judicial en solicitud de medidas cautelares, tanto

en relación a medios de prueba dentro del procedimiento arbitral, como para garantizar el definitivo cumplimiento del laudo que eventualmente se dicte en el procedimiento arbitral. Las partes pueden, igualmente, solicitar del tribunal arbitral las medidas cautelares que consideren oportunas. Este tribunal tiene facultades, en el marco del convenio arbitral, para adoptar las decisiones que considere oportunas. Tales decisiones pueden adoptarse por vía de resoluciones procesales o incluso como laudos provisionales o parciales, cuya eficacia quedará garantizada por los medios que el ordenamiento jurídico otorga a los laudos arbitrales. Este tipo de medidas cautelares solicitadas del tribunal arbitral son muy frecuentes y son cumplidas voluntariamente por las partes afectadas en base a la gran autoridad que el convenio arbitral otorga a los árbitros²⁸.

La Ley de Arbitraje de 1988 prescindió conscientemente de las medidas cautelares en torno al arbitraje. Ello no obstante, la jurisprudencia de Jueces y Tribunales fue generosa en la concesión de medidas cautelares por aplicación analógica de los preceptos relativos a las medidas cautelares en los procedimientos judiciales, siempre que la parte solicitante cumpliera los requisitos establecidos al efecto²⁹. Sin embargo, la inseguridad jurídica de tal omisión legislativa fue clara en perjuicio de quienes firmaban convenios arbitrales respecto de quienes

²⁸ Sobre medidas cautelares en Arbitraje Comercial Internacional y especialmente en el ámbito de la Cámara de Comercio Internacional véase "*Mesures Conservatoires et Provisoires en Materie d'Arbitrage International*" Publicación CCI nº 519, ICC Publishing, Paris 1993 y ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 11/no. 1-Spring 2000.

²⁹ Véase Auto del TS (Sala 1ª) de 23-05-1985 y Auto del JPI Nº 69 de Madrid de 28-06-1999 ambos en Revista de la Corte Española de Arbitraje 1987 pp. 143 y 144; y 1999, pp. 320 y ss., respectivamente.

se sometían a la jurisdicción ordinaria. Tal situación discriminatoria terminó con la entrada en vigor de la LEC, cuyo Art. 722 aborda de forma clara y expresa las medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigios extranjeros:

“Podrá pedir al tribunal mediadas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el Art. 38 LA; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su reglamento.

Con arreglo a los tratados y convenios que sea de aplicación, también podrán solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer el asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles”.

En consecuencia, caben las medidas cautelares para quien acredite ser parte de un proceso arbitral en España o en el extranjero. La LEC terminó de forma clara y definitiva con esta discriminación del arbitraje frente al procedimiento judicial.

Además, hoy en día es posible solicitar al Juez español la adopción de medidas cautelares con anterioridad al inicio del arbitraje o cuando el tribunal arbitral no se encuentre todavía constituido. En realidad, el convenio arbitral no supone una renuncia a la tutela judicial efectiva, pero tampoco la solicitud que una parte haga a la autoridad judicial con el fin de obtener medidas cautelares contraviene

el acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste. Esta conclusión se extrae del artículo 730 de la LEC 1/2000 en conjunción con el artículo 11.3 de la LA 60/2003. De acuerdo con el artículo 730 LEC las medidas cautelares se solicitarán de ordinario junto con la demanda principal. También podrán solicitarse antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia y necesidad, quedando sin efecto si la demanda principal no se presenta en los veinte días siguientes a la adopción de la medida. Sin embargo, este requisito temporal de veinte días no rige en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En estos casos, para que la medida cautelar se mantenga será suficiente con que la parte beneficiada por la medida lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral.

6. CONCLUSIÓN

El nacimiento, desarrollo y consolidación del arbitraje en un sistema jurídico corre inevitablemente en paralelo al reconocimiento y regulación que se haga del convenio arbitral, base y cimiento sobre el que descansa toda la institución arbitral.

A lo largo de este trabajo hemos analizado la importancia de esta figura, de la que emana y depende la *auctoritas* del árbitro. El convenio arbitral supone una cristalización concreta del principio de la autonomía de la voluntad, principio que el ordenamiento jurídico reconoce y protege, anudándole de forma singular y única determinados efectos procesales.

Como hemos podido observar, desde el punto de vista internacional existe una

tendencia hacia la libertad de forma de esta determinada manifestación de la voluntad de las partes, en paralelo a la ya reconocida en numerosos ordenamientos, incluido el español, en relación con el resto de los contratos.

Las partes deben ser conscientes del papel clave y determinante que están llamadas a desempeñar dentro de la institución arbitral, a través de la redacción del convenio. El lenguaje, la sede, la ley aplicable al fondo, el concreto procedimiento a seguir, la adopción de medidas cautelares, y un sin fin de

elementos esenciales que en definitiva son los que configuran y conforman la institución arbitral, dependen en última instancia de lo decidido por las partes y reflejado en el convenio.

Es fundamental, por tanto, que este concreto desarrollo del principio de autonomía de la voluntad, que es el arbitraje, reconocido y protegido por el ordenamiento, se ejercite con la suficiente responsabilidad y cuidado por las partes. Sólo con consciencia y responsabilidad es posible alcanzar la verdadera libertad, en concreto en el ámbito de la resolución de controversias *inter partes*.