

José Carlos Fernández Rozas, "El largo camino hacia la Ley 36/1988, de arbitraje", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. V, 1988-1989, pp. 29-50. ISBN 84-505-2823-2.

EL LARGO CAMINO HACIA LA LEY 36, 1988, DE ARBITRAJE *

I

1. El presente comentario se une a una serie de notas informativas que hemos realizado en distintas publicaciones¹ en las que se apuntaban, en distintos momentos, los hitos principales de un proceso codificador, bastante complejo, que ha culminado con la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de arbitraje. No se trata, pues, de un trabajo de carácter científico, sino de una refundición de consideraciones que se han realizado escalonadas en el tiempo y que ahora se agrupan con el sólo propósito de servir de guía a futuras investigaciones en torno a la nueva consideración del arbitraje comercial internacional en nuestro país. En el contexto en que se sitúan las aportaciones contenidas en el presente volumen de la *Revista de la Corte Española de Arbitraje* parece oportuno detenerse en aspectos de técnica legislativa que, acaso, han condicionado los resultados del nuevo texto legal.

2. No fue la nueva redacción del Título Preliminar del Código civil realizada en 1974 la destinataria de la reforma del arbitraje comercial internacional, pese a que, la generalidad que se contenía en muchos de los nuevos preceptos pudo haber dado pie a un tratamiento de nuestra institución en dicho marco, dentro de lo que J.D. González Campos calificase de codificación "por exceso", característica de este texto legal. Tampoco el contenido de la tan criticada Ley de 1953 fue objeto de tratamiento en el proceso de reforma de nuestras Leyes procesales. Como

¹ J.C. Fernández Rozas, "La situación del arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro", *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 29-52; *id.*, "La reforma del arbitraje comercial internacional en España: crónica de un singular proceso legislativo", *El arbitraje internacional*, Zaragoza, 1989, pp. 169-188.

es sabido, a comienzo de los años setenta se asistía a un serio intento de transformación de nuestras obsoletas Leyes de enjuiciamiento civil, cuyos orígenes son, sin embargo, anteriores. Sin duda el punto de partida fue el I Congreso de Derecho Procesal que organizó el Instituto Español de Derecho Procesal y que abordó las posibilidades de una reforma en profundidad de la LEC; con posterioridad se seguirían una serie de iniciativas que dieron como resultado el II Congreso de 1954 y, un año más tarde, el I Congreso Iberoamericano y Filipino, en cuyas conclusiones estaba el germen de las reformas de las Leyes procesales. Así las cosas, en el año 1960, y en el marco de una coordinación de “los trabajos preparatorios de la reforma de la Ley orgánica de los Tribunales y de los Códigos procesales civil y penal”, se encomendó a la Sección 3.^a de la C.G.C. la redacción de unas bases provisionales que verían la luz el año siguiente.

3. Comienza aquí una larga etapa de información que no contó con los resultados que de ella se esperaban, a no ser el informe preparado por un grupo de profesores de Derecho procesal que remitieron al Gobierno en 1970 aconsejando profundas modificaciones. Tras una serie de vicisitudes, el 28 de noviembre de 1974 aparecieron unas bases para una Ley Orgánica de la Justicia, donde ya se observa un dato relevante a nuestros fines. En concreto, en su Exposición de Motivos se establecía que “en el orden internacional, se pone de manifiesto la apertura del Estado español a la comunidad de las naciones, proclamándose en términos generales la necesidad del cumplimiento de lo establecido en los Tratados Internacionales y por la práctica internacional”. Era, sin embargo, una mera declaración de intenciones sin ningún contenido efectivo, toda vez que en el desarrollo de las bases no existe referencia alguna al arbitraje.

II

4. Eliminados los cauces anteriores, la reforma fue abordada, con más éxito, a través de una doble vía: modificación sustancial de la Ley de 1953 e incorporación a los instrumentos internacionales que regulaban la institución arbitral. La primera de ellas tiene su origen en el año 1975 en que a un ruego del procurador D. Juan Antonio Cremades Royo, el Gobierno contestó asegurando que la Comisión General de Codificación (C.G.C.) tenía en avanzado estudio una propuesta de anteproyecto de Ley sobre arbitrajes de Derecho privado, civil y mercantil, en el que no sólo se actualizaba la legislación vigente, sino que se seguían fielmente las pautas

marcadas por la codificación internacional en la materia². En efecto, la C.G.C. había incluido la reforma del arbitraje comercial en su agenda de trabajo y el resultado fue un Anteproyecto que dedicaba un Capítulo autónomo (arts. 25 a 31) al arbitraje internacional, cuyas líneas generales eran tres. En primer término, la reforma se limitaba a regular el arbitraje “comercial” internacional y era así tributario de la reserva del Protocolo de Ginebra de 1923; en segundo lugar, dentro del régimen del convenio de arbitraje se admitía expresamente la posibilidad de intervención de un “organismo permanente” de arbitraje; por último, se establecía un régimen *ad hoc* para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, que tenía como objetivo principal evitar los inconvenientes que la aplicación de los arts. 951 a 958 LEC generaba en esta materia.

Sin embargo, esta iniciativa no tuvo un final afortunado. Paralelamente a los trabajos de la C.G.C. se estaba fraguando la incorporación de España al régimen convencional internacional, siendo ésta circunstancia determinante de la paralización de la reforma emprendida y responsable directa de los inconvenientes del posterior régimen dual, interno e internacional. Si la dimensión internacional del arbitraje quedó fortalecida a partir de 1975 por la aludida política convencional, al menos en el concreto sector del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, la dimensión interna y, dentro de ella, el arbitraje institucional, no experimentó cambio alguno. La consecuencia de esta situación es clara: en los contratos internacionales con elemento español, la cláusula de solución de controversias se remitía, en la mayoría de los casos, a Tribunales arbitrales extranjeros en un afán de alejarse lo más posible de los inconvenientes de la Ley de 1953.

5. El proceso de codificación interno se interrumpió, pues, ante la incorporación de España al Convenio de Ginebra de 1961, en 1975³ y, dos años más tarde, al de Nueva York de 1958⁴. El resultado de esta opción,

² *BOCE*, nº 1411, 5 de febrero de 1975 y nº 1452, 20 de junio de 1975, pp. 35.063-35.064.

³ *BOE*, 4-X-75.

⁴ *BOE*, 9 y 11-VII-77; *NUTS*, vol. 330, 1959, pp. 60 ss. Dentro de la doctrina española existen numerosos trabajos acerca del impacto del Convenio. *Vid. inter alia*: A. Remiro Brotóns, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, Edersa, 1980; S. Álvarez González, “Los Juzgados de Primera Instancia ante el exequátur de laudos arbitrales extranjeros”, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 53-65; B.M^a Cremades, “Nouvelle orientation de la jurisprudence du Tribunal suprême espagnol dans le cadre de l'arbitrage commercial”, *DPCI*, t. 9,

que debería haber supuesto una mutación sustancial del sistema, no contó, sin embargo, con resultados inmediatos. La época no era propicia para la plena aplicación del DIPr convencional. Debe tenerse en cuenta que en aquellos años dominaba en nuestro país una importante reticencia hacia la eficacia directa y hacia la jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico interno, que no sólo era explícita en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, sino en amplios sectores doctrinales, que incluso llegaban a otorgar un carácter puramente “cultural”, a este tipo de instrumentos. Ello explica, sin duda, que, dejando a un lado el reducido ámbito de los convenios bilaterales en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias que incluían el arbitraje, nuestra participación en el régimen convencional ginebrino, surgido de la Sociedad de las Naciones, no tuviese una traducción en la práctica, pese a que el Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje de 24 de septiembre de 1923⁵ perfilaba un inequívoco modelo de arbitraje comercial internacional y

1983, pp. 602-604; J.C. Fernández Rozas, “La situación del arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro”, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 29-52, esp. pp. 48-44; F. López Antón, “Ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros (La aplicación del Convenio de Nueva York)”, *La Ley*, nº 1223, 1985, pp. 1-11; F. Ramos Méndez, “Primeras aplicaciones al Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958 al exequátur de sentencias arbitrales extranjeras por el Tribunal Supremo”, *Justicia*, 1982, 3, pp. 107-125; *id.*, “First Application by the Spanish Supreme Court of the New York Convention of June 10, 1958 to the Exequatur of Foreign Arbitral Awards”, *DPCL*, t. 10, 1984, pp. 95-116; A. Remiro Brotons, “La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères”, *R. des C.*, t. 184 (1984-1), pp. 169-354.

⁵ *Gaceta*, 8-V-1926. Muestra significativa de la concepción que se mantenía en nuestro país durante estos años fueron las alegaciones mantenidas por las partes españolas en el litigio sobre el que se pronunció la Decisión del Presidente del Tribunal Federal de Suiza de 7 de julio de 1962 (*Paperconsult, S.A. c. J. Solas García y F. Civiza Zarranticoechea*). El asunto versaba sobre un contrato celebrado entre una Sociedad suiza y un grupo de empresarios españoles que incluía una cláusula compromisoria en virtud de la cual las controversias serían resueltas por un Tribunal arbitral con sede en Zurich. Dicho Tribunal estaba integrado por dos árbitros, designados respectivamente por cada parte y un tercer árbitro designado por los otros dos. De acuerdo con la cláusula compromisoria, si una de las partes no designaba el árbitro que les correspondía, la otra podía instar del Presidente del Tribunal Federal de Suiza que procediese a efectuar tal nombramiento. Surgida la controversia, y ante la negativa de la parte española de designar árbitro hubo de acudir al procedimiento expuesto, una vez en él los empresarios españoles alegaron la nulidad de la cláusula compromisoria por ser, a su juicio, contraria al orden público español. Dicha alegación fue acertadamente rechazada con base en el art. 2 del Protocolo de Ginebra de 1923, considerándose que era aplicable el Derecho suizo y no el sistema español en orden a la realización del arbitraje, al tener lugar éste, conforme a la cláusula compromisoria, en territorio suizo.

que el Convenio de Ginebra sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de 26 de septiembre de 1927 incluía un régimen de reconocimiento y ejecución de laudos muy detallados y no muy diferente, en términos generales, al del Convenio de Nueva York de 1958. No se trata de que dichos Convenios pronto quedasen sobrepasados por las necesidades del tráfico, pues debe reconocerse que el margen que concedían a la autonomía de la voluntad era bastante exiguo, sino de que nuestros Tribunales prácticamente los ignoraron cuando no procedieron a aplicarlos a través de una inadmisiblemente restrictiva interpretación. Baste observar la sencilla estadística referida más arriba: sólo cuatro Autos del T. S. reconocieron y ejecutaron laudos extranjeros⁶.

6. Es suficientemente conocido el momento en que esta situación varió: la aparición del ATS (Sala 1ª) de 11 de febrero de 1981⁷. En él se discutía si el laudo arbitral que pretendía ejecutarse en España era contrario al orden público en base a los postulados de la Ley de 1953 y la respuesta fue contundente en el sentido de que, de entender nucleada en el orden público la Ley de Arbitrajes Privados de 1953 y, por tanto, aplicable la excepción del art. 954 LEC quedaría lo dispuesto en los Convenios internacionales en letra muerta, "... ya que bastaría al comerciante español no cooperar en la designación de los árbitros para evitar la futura ejecución de la sentencia". Consecuentemente, a partir de esta decisión del TS la Ley de 1953 no pudo ser esgrimida en contra de un arbitraje extranjero desarrollado al margen de la misma.

Pocas decisiones de los Tribunales españoles desataron mayor interés tanto en nuestro país como en el extranjero. Docenas de publicaciones especializadas incluyeron en los principales idiomas el texto del famoso Auto, debido a la pluma del Magistrado J. Beltrán de Heredia y Castaño, que no hizo sino aplicar nuestros compromisos internacionales, y

⁶ *Gaceta*, 15-1-1930. Las decisiones pronunciadas en virtud de este instrumento fueron las siguientes: ATS 16 de mayo de 1936, B. M.^a Cremades, *Panorámica*, pp. 214-218; ATS 5 de julio de 1956, A. Remiro Brotóns, *Ejecución*, pp. 383-385; ATS 27 de noviembre de 1958, *Ejecución*, pp. 389-390; ATS 4 de marzo de 1964, *Ejecución*, pp. 405-408; ATS 14 de marzo de 1964, *Ejecución*, pp. 408-409; ATS 4 de mayo de 1965, *Ejecución*, pp. 410-411; ATS 12 de noviembre de 1965, *Ejecución*, pp. 416-417; ATS 22 de octubre de 1970, *Ejecución*, pp. 443-444; ATS 13 de mayo de 1971, *Ejecución*, pp. 447-448; ATS 28 de mayo de 1971, *Ejecución*, pp. 449-450; ATS 6 de abril de 1972, *Ejecución*, pp. 454-455; ATS 5 de julio de 1973, J. M.^a Chillón Medina y J. F. Merino Merchán, *Tratado*, pp. 626-628; ATS 4 de julio de 1975, *Ejecución*, pp. 373-376.

⁷ *CLJC*, 1981, n.º 50, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 356-358.

numerosos comentarios laudatorios⁸. Era el primer paso hacia la incorporación de nuestro país en los mecanismos del arbitraje comercial internacional. Y, lo que es más significativo, el referido Auto no quedó como un precedente aislado, sino que pronto fue continuado por casi medio centenar de decisiones, generalmente reiterativas de la doctrina, cuyo balance ya se ha hecho en otro lugar⁹.

⁸ *Vid.*, *inter alia*, las notas de A. V. Albanés Membrillo, *La Ley*, nº 146, 1981, A. Arce Janáriz, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 152-154; A.L. Calvo Caravaca, *R.D.E.A.*, vol. I, 1984, pp. 152-154, A. L. Calvo Caravaca, *R.D.Proc.lb.*, 1982, pp. 221-232; B. Cremades, *International Business Lawyer*, 1983, pp. 194-202 y *DPCI*, t. 9, 1983, pp. 602-604, F. Ramos Méndez, *Justicia*, 1982, pp. 107-121, M. Virgos Soriano, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 503-505.

⁹ *Cf.* J. C. Fernández Rozas, "La situación del arbitraje...", *loc. cit.*, pp. 36 ss. La jurisprudencia posterior al Auto de 11 de febrero de 1981 es la siguiente: ATS 8 de octubre de 1981, *CLJC*, 1981, nº 353 bis, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 158-160, *Yearbook C.A.*, vol. VIII, 1983, pp. 406-407; ATS 3 de marzo de 1982, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 165-167; *Justicia*, 1982, pp. 122 ss, *Yearbook C.A.*, vol. IX, 1984, pp. 435-436; ATS 24 de marzo de 1982, *CLJC*, 1982, nº 134, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 435-436; ATS 24 de marzo de 1982, *CLJC*, 1982, nº 134, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 169-172, *Yearbook C.A.*, vol. VIII, 1983, pp. 408-409; ATS 3 de junio de 1982, *CLJC*, 1982, nº 272, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 177-180, *La Ley*, de 1982-3, pp. 542-547; ATS 13 de julio de 1982, *CLJC*, 1982, nº 335, *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 183-184; ATS 14 de enero de 1983, *CLJC*, 1983, nº 14, *RGD*, 1983, pp. 1566-1568, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 182-184; ATS 1 de junio de 1983, *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 193-195; ATS 6 de junio de 1983, *CLJC*, 1983, nº 326, *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 195-195; ATS 17 de junio de 1983, *CLJC*, 1983, nº 352, *BIMJ*, nº 1348, 1984, pp. 44-46, *RAJ*, 1983, nº 6736, *RGD*, 1984, pp. 728-731 y 2749-2752, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 187-190; ATS 4 de octubre de 1983, *CLJC*, 1983, nº 488, *RCEA*, vol. I, 1985, pp. 191-193, *RGD*, pp. 731-733; ATS 6 de octubre de 1983, *CLJC*, 1983, nº 497, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 193-195, *RGD*, 1984, pp. 733-734; ATS 13 de octubre de 1983, *CLJC*, 1983, nº 508, *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 207-211; ATS 22 de diciembre de 1983, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 195-196; ATS 10 de febrero de 1984, *CLJC*, 1984, pp. 501 ss, *La Ley*, nº 956, 1984, pp. 1-3; *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 200-204, *RGD*, 1984, pp. 16567-1670, *Yearbook C.A.*, vol. X, 1985, pp. 493-495; ATS 26 de abril de 1984, *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 215-217; ATS 29 de marzo de 1985, *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 223-224, *RGD*, 1985, pp. 3825-3826; ATS 29 de abril de 1985, *B.I.M.J.*, nº 1391, 1985, pp. 82-83, *La Ley*, nº 1279, 1985, pp. 5-6, *RCEA*, vol. III, 1985, pp. 231-235; ATS 23 de mayo de 1985, *CLJC*, 1985, nº 332, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 143-144; ATS 5 de noviembre de 1985, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 145-146; Auto Juzgado Primera Instancia de Azpeitia 27 de diciembre de 1985, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 248-249; ATS 30 de enero de 1986, *La Ley*, nº 1416, 1986, pp. 1-2, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 249-253; ATS 12 de mayo de 1986, *RCEA*, vol. IV, 1986, pp. 162-163; ATS 2 de octubre de 1986, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 174-175; ATS 7 de octubre de 1986, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 177-178; ATS 16 de octubre de 1986, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 178-180; ATS 17 de diciembre de 1986, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 189-190; ATS 20 de febrero de 1987, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 191-193; ATS 13 de mayo de 1987, *RCEA*, vol. IV, 1986, pp. 212-215; ATS 24 de septiembre de 1987, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 199-200; ATS 5 de febrero de 1988.

7. Poco más cabe reseñar de esta primera fase de vigencia de los nuevos Convenios, a no ser la tentativa de reforma del régimen de exequátur que pudo repercutir sustancialmente en materia arbitral. Se trata del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que se remitió a las Cortes Generales en 1980, en cuyo art. 65, 3, se concedía competencia a la Sala de lo Civil de la Audiencia Nacional para conocer de “las peticiones de ejecución de sentencia dictadas por Tribunales extranjeras” a reserva de lo dispuesto en los tratados¹⁰. El hecho de que tal iniciativa no tuviese continuidad, pues la vigente Ley de 1985 no alude en ningún momento a esta cuestión, no nos debe hacer olvidar que el legislador actuó en aquellos momentos al margen de lo que acontecía en su entorno inmediato. Recuérdese que un año antes había sido aprobado en el marco de la Conferencia de Ministros de Justicia de los países hispano-luso-americanos un Anteproyecto de Ley-tipo sobre Arbitraje, elaborado por la Unión Interamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, en cuyo art. 41, 1, se otorgaba la competencia en esta materia a la «Corte Suprema de Justicia».

III

8. La situación general no era la más satisfactoria para los comerciantes españoles, sobre todo para los exportadores, que se veían obligados a someterse al arbitraje en plazas extranjeras que, junto a los inconvenientes que ello generaba, daba lugar a unos costos muy elevados. De ahí que el Gobierno, en el curso de la I Legislatura tratase de impulsar el arbitraje comercial internacional, si bien manteniendo, incomprensiblemente, la vigencia de la Ley de 1953. Dicha posición favorable se concretó en el R. Decreto 1094/1981, de 22 de mayo, en el que se habilitaba a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación para crear el oportuno servicio en relación con aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje concertados entre personas físicas o jurídicas que contasen con residencia habitual, domicilio o sede social en diferentes Estados¹¹. La habilitación a las Cámaras de Comercio practicada por la referida disposición no hacía sino confirmar una larga tradición de estos organismos en el ámbito del arbitraje y de la conciliación. No en vano la Ley de 29 de junio de 1911, de Bases para la reorganización de las Cámaras, establecía que estas entidades podían intervenir como «amigables componedores en las cuestiones que se

¹⁰ *BOCG*, Congreso de los Diputados, I Legislatura. Serie A, nº 129, 16 abril 1980, p. 890.

¹¹ *BOE*, 12-VI-81.

susciten entre los elementos cuyos intereses representan», y el Decreto de 27 de noviembre de 1935, sobre Estatutos de las Cámaras en el extranjero conferían a estas en su art. 2, 7, «la intervención o ejecución de disposiciones mercantiles o contratos, les sometan comerciantes de la misma demarcación o de otras distintas, siempre que le consigne por escrito el consentimiento, con arreglo a las normas de procedimientos vigentes o que en lo sucesivo se dicten, así como la práctica de peritaje, en análogas condiciones». Y, sin ir más lejos, el R. Decreto 753/1978, de 27 de marzo, atribuía a las Cámaras, en su art. 3, «en cuanto Corporaciones para el fomento de los intereses generales del Comercio, la industria y la navegación... intervenir como arbitro de equidad, crear o patrocinar órganos, servicios o comisiones que puedan resolver con aquel carácter las cuestiones de naturaleza mercantil que les puedan ser sometidas y emitir dictámenes y peritajes». Ciertamente, el arbitraje de las Cámaras de Comercio, quedaba fuera de la Ley de 1953, dado el carácter «civilista» de la institución que regulaba, pero esta situación no podía mantenerse por más tiempo, y la realización del arbitraje comercial internacional que se facilitó en 1981 supuso un paso importante, aunque no suficientemente aprovechado.

A partir de esta apertura legal, el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación se apresuró a crear la “Corte Española de Arbitraje”, en cuya composición se tuvo muy en cuenta el prestigio y el conocimiento en materia arbitral de sus miembros¹². Dicha iniciativa pronto fue respaldada por los más importantes organismos empresariales y por las entidades profesionales más relevantes de España, que coincidían en considerar que la celebración de arbitraje en nuestro país se imponía como un instrumento imprescindible para el exportador español, facultado para administrar el arbitraje “salvo manifestación expresa en contrario de las partes”, según lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje de la Uncitral, aprobado por Res. 31/98 de la A.G. de las N.U. el 15 de diciembre de 1976. La C.E.A. fue proyectada en tal sentido como un importante organismo de solución de controversias que vino a engrosar el conjunto de instituciones creadas en el extranjero dedicadas a estos menesteres y que, desde un principio, nació con una marcada vocación iberoamericanista.

¹² Vid. el Estatuto de funcionamiento de la Corte Española de Arbitraje en *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 261-263. Acerca de la institución Vid. J. L. Roca Aymar, “La Corte Española de Arbitraje y el comercio exterior”, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 265-267; E. Verdera y Tuells, “International Commercial Arbitration and Spanish Court of Arbitration”, *J. Int'l Arb.*, vol. 3, 1986, pp. 47-61.

9. Curiosamente, se había producido en nuestro país una apertura manifiesta hacia el arbitraje comercial internacional, sin modificar en absoluto el *statu quo* de 1953. Ya se ha señalado que uno de los principales inconvenientes de la Ley de 1953 era que se declaraba inválido «el pacto de diferir a una de las partes o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de ellos» (art. 22), pues la consecuencia era obvia: la prohibición del arbitraje institucionalizado. Frente a la situación de los países de nuestro entorno, en España solamente se admitía el arbitraje *ad hoc*. Así las cosas, comenzaron a sucederse una serie de iniciativas, de contenido muy variado, para insistir en la necesidad de una reglamentación moderna sobre el arbitraje. Sería prolijo detenerse en todas ellas, por lo que nos ocuparemos de las más relevantes.

A convocatoria del Consejo Superior de Cámaras de Comercio de España y con ocasión de la reunión del Banco Interamericano de Desarrollo que tuvo lugar en 1981, ambas instituciones decidieron celebrar un Seminario monográfico sobre el tema que nos ocupa, seminario que se celebró en Madrid los días 13 a 15 de diciembre de 1982. Dicho seminario congregó a especialistas procedentes de 20 países iberoamericanos con un doble objetivo: el intercambio de informaciones acerca del estado de las legislaciones internas en presencia en materia de arbitraje comercial internacional y, de otra, examinar las experiencias existentes dentro de los países iberoamericanos en este ámbito con el propósito de recomendar acciones específicas en materia legislativa y en aspectos prácticos procedimentales, dentro del marco del arreglo arbitral y de la ejecución por los tribunales de los laudos arbitrales¹³.

Las conclusiones del seminario prepararon el camino para un nuevo encuentro, esta vez de carácter exclusivamente nacional. Se trata de las “Primeras Jornadas de Estudio sobre Derecho de Arbitraje Comercial Internacional” que, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, la Escuela Judicial y la Corte Española de Arbitraje, tuvieron lugar en Madrid el 30 de junio y el 1 de julio de 1983, en las que destacaron las ponencias de E. Verdura y Tuells, J. Marina Fernández Pardo, F. Ramos, F. Soler Vázquez y las intervenciones del Primer Presidente honorario del Tribunal de Casación francés, P. Bellet y de B. Cremades. Esclarecedoras del clima de cambio que se estaba produciendo en España fueron las conclusiones de R. Gimeno Gamarra en nombre del Consejo General del Poder Judicial, en las que se insistía en la posibilidad de solución de

¹³ *Vid.* la crónica del Seminario en *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 268-273.

controversias sin necesidad de acudir a los Tribunales del Estado “sometiendo la decisión de las mismas a personas u organizaciones extraoficiales mediante la institución del arbitraje”, insistiendo en que el Estado debía “facilitar el medio que a tal fin estime más adecuado y eficaz”¹⁴.

10. El momento fue considerado oportuno por el Grupo Popular, quien presentó el 15 de febrero de 1984 una proposición de Ley sobre modificación parcial y urgente de la Ley de 1953¹⁵, en cuya exposición de motivos se denunciaba el carácter anacrónico de la referida disposición y la necesidad de adaptarla a las nuevas circunstancias económicas y sociales de la vida moderna, a la vez que se insistía en la desigualdad manifiesta, en virtud de nuestros compromisos internacionales, entre el arbitraje internacional y el arbitraje interno. La iniciativa era, en cualquier caso muy simple: modificar el tenor del art. 22 de la Ley de 1953 con la siguiente cláusula general, “Los árbitros podrán ser designados de común acuerdo por las partes”. Y, al mismo tiempo se habilitaba a las partes para diferir en una persona jurídica de Derecho público o privado (Colegios de Abogados, Cámaras de Comercio y “aquellas entidades que reúnan los requisitos que reglamentariamente se determinen y que se inscriban en el Registro que a tal efecto se cree en el Ministerio de Justicia”), la facultad de hacer el nombramiento de árbitros. Lo cierto es que la toma en consideración de esta Proposición de Ley fue incomprensiblemente demorada, siendo necesarios dos años para que fuese valorada. Por fin llegó el momento en que la proposición fue tomada en consideración¹⁶. En su defensa no sólo se caracterizaron los diputados del grupo proponente (O. Alzaga, Villamil), sino representantes de otros grupos (Parlamentario Vasco y Minoría Catalana), que aprovecharon la ocasión para señalar las virtudes del arbitraje, sobre todo en el ámbito mercantil, y las consecuencias negativas para los intereses empresariales del retraso del Gobierno en emprender una reforma en profundidad del tema. Sin duda, el carácter sumamente parcial de la proposición no era la solución óptima, pues existía el inconveniente de que al margen de la apertura hacia el arbitraje institucional persistían los

¹⁴ La reseña de las Jornadas figura en *RCEA*, vol. II, 1986, pp. 336-341.

¹⁵ *B.O.C.G.*, Congreso de los Diputados, II, Legislatura, Serie B, nº 66-I, 21 de febrero de 1984, pp. 277-278 y *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 205-206.

¹⁶ Sesión celebrada el 27 de febrero de 1986, *DSCD*, II Legislatura, nº 273, 1986, pp. 12260-12267 y *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 276-285 y reseña en *La Ley*, nº 1439, 25 abril 1986, p. 15.

criterios generales de la Ley de 1953. Pero no debe olvidarse que se trataba de una revisión de carácter urgente, frente a la injustificada demora de la nueva Ley de Arbitraje. Siguiendo la práctica habitual de la última Legislatura la proposición fue rechazada, argumentándose por el portavoz del partido en el Gobierno de que en el Ministerio de Justicia se trabajaba ya en el tema de una nueva Ley de Arbitraje, en la que se regulaba expresamente la dimensión institucional. Como puede observarse, la proposición había servido de acicate para que el Gobierno reparase en la conveniencia política de redactar un proyecto de Ley propio. Circunstancia que puede comprobarse, asimismo, en el curso de la III Legislatura, toda vez que el Grupo Popular volvió a presentar a la Mesa del Congreso de los Diputados, con fecha de 2 de abril de 1987, en su integridad, el texto de la Proposición de Ley rechazada un año antes¹⁷. Se trataba, indudablemente, de una maniobra parlamentaria para acelerar la aparición del Proyecto de Ley.

IV

11. Lo cierto es que el Ministerio de Justicia estaba trabajando sobre esta materia a partir del texto elaborado por la C.G.C. en 1975¹⁸. Sobre esta base, en 1982 había sido preparado un nuevo Anteproyecto de Ley de Arbitrajes a cargo de los profesores M. Olivencia Ruiz, J. D. González Campos y V. Cortés Domínguez. Dicho texto dedicaba un Título completo, el Título VI (“Del arbitraje internacional”) a la materia que nos ocupa. Se estructuraba ésta en dos Secciones, una de carácter general, que incluía los aspectos propios de Ley aplicable (arts. 50 a 52) y otra centrada en el reconocimiento y ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros (arts. 53 a 57). En la primera, tras realizarse una remisión expresa a lo establecido en tratados internacionales y, en consecuencia, declarar el carácter supletorio de la Ley, se procedía a calificar de internacional “el arbitraje de los litigios surgidos o que puedan surgir de relaciones del comercio internacional o entre partes que tienen su residencia habitual o sede social en el territorio de Estados distintos”. Sentada esta definición, el Anteproyecto se detenía en la determinación de

¹⁷ *BOCG*, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie B, 27 abril 1987, nº 67-1 y *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 217-218.

¹⁸ En el estudio, ya clásico, de J.D. González Campos, -Sobre el convenio e arbitraje en el Derecho internacional privado español, *ADI*, vol. II, 1975, pp. 3 y ss., se incluyen numerosas referencias a este texto.

la Ley aplicable a la validez intrínseca y los efectos del convenio arbitral (art. 51.1°); a la capacidad de las partes para someter el litigio al arbitraje (art. 51.2°); a la organización y desarrollo del arbitraje, cuando éste tenga lugar en España (art. 52.1°); y, por último, al arbitraje de Derecho (art. 52.2°). También se registraba una remisión expresa a los Tratados internacionales en el comienzo de la sección dedicada al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España (art. 53) y caso de no ser aplicables éstos al procedimiento establecido en los arts. 956 y 957 LEC para el reconocimiento de sentencias (art. 54.1°), con una serie de particularidades en orden a la documentación que debería acompañar necesariamente a la solicitud de reconocimiento (art. 54.2°), y a su eventual traducción (art. 54.3°). A continuación se establecía los supuestos en los que el Tribunal debía denegar el reconocimiento de oficio (art. 55) o a instancia de parte (art. 56). Por último el art. 57 realizaba una remisión a lo dispuesto en el art. 958.2° respecto a la ejecución del laudo. En términos generales puede adelantarse una valoración positiva del texto comentado, valoración extensiva a la cuidadosa redacción de las disposiciones transitorias, por su tratamiento específico de cuestiones tales como las relativas a la *perpetuatio iurisdictionis*. Sin embargo, tanto su contenido, como sus postulados inspiradores pasaron a engrosar los archivos del Ministerio de Justicia.

12. Tras varios años de demora, y ya en la III Legislatura, vio la luz un nuevo Anteproyecto de Ley de Arbitraje preparado en el seno del Ministerio de Justicia y fechado el 27 de marzo de 1987, cuyos preceptos en materia de Derecho internacional privado experimentarán una sustancial variación, de carácter marcadamente negativo, respecto de versiones anteriores. Se optará por dedicar dos Títulos no distintos a las cuestiones del tráfico privado externo, con un orden sistemático ciertamente discutible, toda vez que en apartado del exequátur (Título IX) precederá al de las normas de Derecho internacional privado (Título X). Mas no era el problema sistemático la única cuestión criticable. Frente a la coherencia del texto de 1982, se silenciaban cuestiones importantes a la vez que se añadían otras pocas afortunadas en su solución. Así, el Título relativo al exequátur se refería exclusivamente al tema de la ejecución del laudo extranjero, sin ninguna alusión al previo reconocimiento. De esta suerte, la remisión que su art. 58 realizaba a los Tratados era desafortunada e incompleta pues podría pensarse que sólo serían de aplicación los instrumentos internacionales en orden a la ejecución del

laudo, al margen de cualquier procedimiento previo de reconocimiento; y esta redacción es sorprendente, toda vez que el texto fundamental en la materia, el Convenio de Nueva York de 1958 distingue claramente ambas cuestiones. Al margen de esta deficiencia terminológica, el Anteproyecto se caracterizaba en este ámbito por tres cuestiones principales. En primer término, atribuía competencia exclusiva a la Sala 1ª del Tribunal Supremo (art. 59) para la “ejecución” de los laudos arbitrales extranjeros. En segundo lugar, practicaba una remisión genérica al ordenamiento procesal civil, equiparando los laudos arbitrales a las sentencias pronunciadas por los Tribunales extranjeros (art. 60.1º). Y, por último, establecía una única instancia procesal en el sentido de que, en caso de denegarse la ejecución del laudo por defectos formales, la parte interesada podría repetir la solicitud. En suma, y al margen de la omisión del término “reconocimiento”, el sistema introducido se limitaba a reproducir el *statu quo* existente.

Mayores deficiencias ofrecía el Título X, que tras una discutible rúbrica general, “Normas de Derecho internacional privado”, incluía dos normas, una relativa a la Ley aplicable a la capacidad de las partes para otorgar el convenio arbitral (art. 61) y otra de remisión “en todo lo demás” a las normas de Derecho internacional privado del Título Preliminar del Código civil (art. 62). Pocas explicaciones son factibles para esta desafortunada redacción, a no ser un intento de llenar con cualquier texto que se le viniera a la memoria al redactor para concluir cuanto antes el total del Anteproyecto. Y ello pone de relieve una vez más la descoordinada política codificadora existente en nuestro país, pues si ya existían trabajos anteriores, éstos debían haber sido tenidos en cuenta.

13. El texto fue debatido en distintos foros. Caber apuntar al respecto una sesión monográfica de la Corte Española de Arbitraje que tuvo lugar en mayo de 1987, y otra sesión del Seminario interuniversitario de Derecho Internacional privado. Esta última entidad con tal motivo remitió una serie de observaciones al Ministerio de Justicia en un afán de crítica constructiva denunciando el carácter incoherente e incompleto de las normas sobre el tráfico privado externo. Se insistía allí en lo sorprendente del Anteproyecto de 1987 al apartarse de las iniciativas anteriores de 1975 y 1982 que contenían una regulación mucho más minuciosa, detallada y homologable a nuestros compromisos internacionales y, además, en el hecho de que en aquellos momentos la reglamentación del arbitraje comercial internacional era algo comúnmente aceptado tanto en la codificación interna como en la

internacional. Por otra parte se señalaba que el texto era ignorante de la Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional aprobada por la Uncitral el 21 de junio de 1985, al tiempo que se señalaba la inferioridad de las normas propuestas respecto de experiencias recientes tales como la Ley británica de 4 de abril de 1979, la Ley francesa de 12 de mayo de 1981, la Ley turca de 20 de mayo de 1982, la Ley yugoslava de 15 de julio de 1982, la Ley holandesa de 2 de julio de 1986, la Ley portuguesa de 29 de agosto de 1986, el tercer proyecto de Ley sobre DIPr suiza de 1986 (que se convertiría en Ley a finales de 1987). Por último, y ya en el marco del exequátur, se apuntaba la necesaria adaptación a lo dispuesto en los tratados internacionales y, más concretamente, al Convenio de Nueva York de 1958. Sobre esta base, se acompañaba una nueva redacción a los Títulos IX y X del Anteproyecto.

De las cuatro observaciones apuntadas, sólo fueron tenidas en cuenta, y muy parcialmente por cierto, la primera y la cuarta, llegándose al segundo Anteproyecto, de 30 de junio de 1987, cuya redacción será, sustancialmente, la que se insertaría en la Ley 36/1988. El nuevo texto no modificó la orientación del primer Anteproyecto, limitándose a añadir algunas cuestiones que en él se silenciaban. Por lo que respecta al ámbito del exequátur siguió omitiéndose la referencia al “reconocimiento”, al tiempo que se reiteraba la remisión a los tratados y al ordenamiento procesal civil, y se confirmaba la instancia única, con posibilidad de proceder a una nueva solicitud, en caso de denegación, una vez subsanados los defectos formales; pero se añadían dos novedades: la primera, la definición de laudo arbitral extranjero (art. 57.2º), sobre una base territorial: “aquel que no haya sido pronunciado en España”; la segunda, la incorporación de unos supuestos de denegación de la ejecución que el propio T. S. puede hacer de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal (art. 60), lo que explica que el art. 57 se remita en la materia, también, a “la presente ley”. Por lo demás, las dos normas sobre ley aplicable del texto aparecido en marzo fueron completadas por otras relativas a la validez del convenio arbitral y sus efectos (art. 62), al arbitraje de Derecho (art. 63) y a una nueva remisión (“sin perjuicio de”) a los Tratados internacionales (art. 65). Con ello persistía la desafortunada aplicación supletoria de las normas del Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil (art. 64).

14. Los siguientes trámites parlamentarios no contribuyeron a mejorar el contenido y la redacción de los preceptos sobre el tráfico externo. Baste

retener que el texto, ya en forma de Proyecto de Ley, tuvo entrada en las Cámaras el 22 de diciembre de 1987¹⁹ y que en la materia que nos ocupa fue saludado con numerosas enmiendas procedentes del Grupo Parlamentario Vasco (34 a 41 y 44), Grupo Mixto-P.L. (61-62), Grupo Mixto-J. M. Bandrés (101 a 104) y Coalición Popular (207 –L. F. Medrano y Blasco– y 226 a 229), si bien sólo las del primer grupo ofrecen una mayor relevancia, pues las demás suelen centrarse en cuestiones de redacción o de sistemática, sin entrar en las cuestiones de fondo.

El apartado del exequátur, fue objeto de una mayor consideración, tanto en lo que respecta a su contenido intrínseco, como a la autoridad competente para la homologación del laudo extranjero. El primer caso fue considerado por J.M.^a Bandrés desde una posición original en el sentido de propugnar el tratamiento del laudo arbitral como título ejecutivo que llevase aparejada ejecución en la forma prevista en el Título XV del Libro II de la LEC; sobre esta base, el diputado comunista vasco proponía suprimir todos los preceptos sobre existentes menos el primero (de definición y remisión a los tratados) y añadir el siguiente párrafo: “los laudos arbitrales extranjeros, tendrán el valor de títulos ejecutivos, siempre que reúnan los requisitos exigidos por la Ley española”. Partiendo de la filosofía inspiradora del Proyecto, el diputado de C.P.L.F. Medrano y Blasco entendía que debía suprimirse a alusión a los árbitros que hubiesen resuelto sobre cuestiones que conforme a la ley española no fuesen susceptibles de arbitraje, como elemento conformador de la negativa a ejecutar el laudo; en su opinión, ello suponía un atentado contra el principio de autonomía de la cláusula arbitral y además siempre podría acudir a la invocación del orden público para poner en marcha la excepción.

Mas, como se ha señalado, fue el Grupo Parlamentario Vasco el que ofreció mayor rigor y calidad en sus observaciones. En términos generales, el grupo era consciente de la interrelación de los preceptos del DIPr de la Ley con otros existentes en nuestro DIPr autónomo y convencional y así lo puso de manifiesto, al propugnar la inserción expresa de la *derogatio fori* para llevar el vacío existente en el art. 22 LOPJ; el texto que se proponía era el siguiente: “Se reconocerá en España el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someterla arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje-. La

¹⁹ BOCD, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Seria A, 28 de diciembre de 1987, nº 69-1 y RCEA, vol. IV, 1987 pp. 219-229.

influencia del Convenio de Nueva York no solamente estaba presente aquí, también se refleja en el añadido pretendido a la definición de laudo arbitral extranjero, incluyendo determinados laudos pronunciados en España pero con elemento extranjero. Y, más aún, en la incorporación pura y simple del referido texto internacional. Era esta una posición sumamente acertada y acorde a una técnica cada vez más generalizada en el Derecho comparado, esto es, la “incorporación por referencia” de Convenios internacionales a la legislación interna, cuando éstos hayan probado su eficacia e integren a un grupo muy numeroso de Estados. Las ventajas de este procedimiento en orden a la codificación han sido puestas de manifiesto por la doctrina alemana más reciente²⁰, y, además, la práctica española es abrumadora en este punto, llegándose a situaciones tan paradójicas como la aplicación del Convenio a laudos procedentes de países que no son parte en el mismo²¹. Por último, la incorporación del Convenio trataba de evitar las imprecisiones de involucrar el régimen de condiciones en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias establecido en el art. 954 LEC, cuya redacción cuenta con más de un siglo, con el régimen convencional, que tantos problemas ha planteado en nuestro país. Siendo coherente con esta posición, el referido Grupo Parlamentario proponía también suprimir en su integridad el texto del art. 60, toda vez que las cuestiones tratadas en este precepto se contemplan más detalladamente en el referido Convenio de Nueva York.

16. La competencia de la Sala de lo Civil del T. S. para la “ejecución” del laudo extranjero fue, lógicamente, impugnada por los grupos nacionalistas. Existió en este punto una total coincidencia entre el Grupo Minoría Catalana y el Grupo Parlamentario Vasco, partidarios ambos de que la solicitud se realizara ante el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas. Se trata de una cuestión polémica en la doctrina española, a propósito de la interpretación de la norma considerada como excepción al sistema instaurado por el art. 955 LEC: el art. 2 del Convenio

²⁰ Vid. Matscher/Siehr/Delbrück, *Multilaterale Staatsverträge erga omnes und dereninkorporation in nationale IPR-Kodifikationen, Vor- und Nachteile einer solchen Rezeption: Referate und Thesen*, Heidelberg, Müller, 1986.

²¹ Nuestro país, en efecto, haciendo gala de un sorprendente universalismo, quecontrastaba con las aportaciones de la jurisprudencia, no hizo uso de la reserva prevista en el art. X CNY, en relación con el art. I.3.º del mismo, de limitar su aplicación únicamente a las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante (Cf. A. Remiro Brotóns, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios arbitrales y su aplicación en España*, Madrid, Edersa, 1980, pp. 29 ss y 51 ss).

hispano suizo para la ejecución de las sentencias o fallos dictados en los referidos países, de 19 de diciembre de 1896²². En cualquier caso, y sin

²² De acuerdo con el párrafo 1º del referido precepto, “La ejecución se pedirá directamente por la parte interesada al Tribunal o a la autoridad del punto donde el cumplimiento deba efectuarse y a quien corresponda la competencia para conocer el exequátur”. Tal enunciado dio lugar a una abundante jurisprudencia, de la que interesa significar los siguientes pasajes:

“Aun aceptando la afirmación de la autoridad que solicita la ejecución de que es de aplicación el Convenio con Suiza de 19 de noviembre de 1896, no puede darse a lo que expresa su art. 2 la interpretación que hace la promovente, entendiendo que la referencia al ‘Tribunal o a la Autoridad del punto donde el cumplimiento deba efectuarse’ atribuye a este Juzgado, por ser dentro de su ámbito territorial donde ha de ejecutarse lo decidido por el arbitro, la facultad para decidir sobre la demanda de cumplimiento, porque tal referencia tiene que ser puesta en relación con las últimas palabras del párrafo 1.º del mismo artículo –‘y a quien corresponde la competencia para conceder el exequátur’– y con las demás menciones que contiene el resto de su articulado que revelan que lo relativo a la competencia, procedimiento y recursos ha de regirse por las normas del Estado en que se pide el cumplimiento..., y esas normas en nuestro país no son otras que las contenidas en los arts. 951 a 958 LEC, siendo de aplicación lo dispuesto en el párrafo 1º del art. 955 de dicha Ley, ya que, por las razones expuestas, no existe en el presente caso la excepción que contempla el párrafo 2º del mismo precepto” (Auto del Juzgado de Primera Instancia de Betanzos 28 de julio de 1983, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 192-194 y nota de S. Alvarez González, *ibid.*, pp. 194-198).

“Afirmar, como punto de partida, la competencia de este Juzgado para conocer o denegar el exequátur, en función de la remisión que el art. 955 LEC hace al Tratado, así como la conexión que éste (art. 2) establece entre ejecución de sentencia y proceso de reconocimiento (no a la inversa), tanto como de la regla general de atribución de competencia plena a los Juzgados de Primera Instancia en la ejecución y de la evidencia de que, de haberse seguido el proceso de cognición en España, la competencia habría correspondido a este grado...” (Auto del Juzgado de Primera Instancia, nº 3 de Barcelona 6 de febrero de 1984, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 201-206; esta decisión dio origen a la STC 98/1984, de 24 de octubre (*BOE*, 18-XI-84).

“El caso presente está indudablemente dentro de la excepción recordada, ya que el Tratado entre España y Suiza, suscrito el 19 de noviembre de 1896, cuyo art. 1 prevé explícitamente la aplicabilidad de sus disposiciones a los laudos arbitrales, remite en el siguiente art. 2 al Tribunal o Autoridad del punto donde el cumplimiento deba efectuarse, la competencia para decidir acerca de la petición en tal sentido formulada, haciéndolo en términos cuya claridad no permite otra interpretación que la que, irreprochablemente, ya hizo la entidad actora en su intento de postular la concesión de exequátur ante el Juzgado de primera Instancia de Betanzos (La Coruña), cuyo auto denegatorio, que, erróneamente, remite al caso de normativa de los arts. 951 a 958 LEC, y concretamente al párrafo 1º del art. 955 de esta Ley, procede declarar nulo por aplicación del art. 6 Cc por tratarse de materia de orden público que vincula imperativamente a los Tribunales. (...) Procede, luego de declarar la nulidad del auto..., declinar la competencia de este Tribunal para la concesión del exequátur solicitado y devolver la ejecutoria... (ATS 30 de octubre de 1984, *CLJC*, 1984, pp. 4510 ss, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 218-219..

entrar a valorar la bondad de la propuesta, el sistema de instancia única, sea ante la Sala 1ª del TS o ante cualquier otro Tribunal, no parece ser la más adecuada y, en una línea de comparación con legislaciones de nuestro entorno, sería aconsejable establecer la competencia de un Tribunal inferior (que bien pudiera ser el Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma) y un trámite de recurso ante el Tribunal Supremo.

17. Frente al relativo interés en torno al exequátur, las cuestiones de Derecho aplicable ofrecieron menos reservas a los diputados, a excepción del Grupo Parlamentario Vasco. Así, la Agrupación de Diputados del P.L. se limitó a proponer la supresión por superflua de la norma sobre la ley aplicable a la capacidad de las partes para otorgar el convenio arbitral, por considerarla reiterativa de la regla general contenida en el C.c., cuestión en la que insistió igualmente el Grupo de Coalición Popular. Por su parte, el P.N.V. utilizó dos vías de actuación, sobre las que merece la pena detenernos.

La primera y más importante, se contenía en la enmienda nº 44, que de una forma tajante proponía la supresión de todo el Título X relativo al DIPr en base a la autonomía del arbitraje internacional que reclamaba una reglamentación propia, al tiempo que se denunciaba la deficiente redacción de las normas del Proyecto. Era una opción correcta, toda vez que el Derecho comparado más reciente ilustra con otras soluciones dignas de tener en cuenta. En efecto, si nos atenemos a los países de mayor tradición

RGD, 1985, p. 2215, *R. Cir. Vasco Arb.*, 1986, pp. 369-372 y nota de A.Mª Lorca Navarrete, *ibid.*, pp. 372-373).

Asimismo, el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Azpeitia 27 de diciembre de 1985, se declaró competente aunque no aludió en ningún caso al art. 2 del Convenio hispano-suizo y si, curiosamente, al Convenio de Nueva York de 1958 y a los arts. 954 y 956 LEC (*RCEA*, vol. III, 1986, pp. 248-249, *Rev. Cir. Vasco Arb.*, t. 1, nº 2, 1986, pp. 374-375 y nota de N. Dentici Velasco; *Vid.*, asimismo, el comentario de M. Virgos Soriano, *PJ*, nº 6 1987, pp. 101-110).

Vid., junto al referido comentario de M. Virgos Soriano, los siguientes trabajos: S. Alvarez González, "Los juzgados de Primera Instancia ante el exequátur de los laudos arbitrales extranjeros", *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 53-65; A. Mª Lorca Navarrete, "La ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España cuando según los tratados corresponda su conocimiento a otros Tribunales distintos del Tribunal Supremo", *Rev. Cir. Vasco Arb.*, t. I. nº 2, 1986, pp. 277-278; J. M. Vulliemin, "El Tratado entre España y Suiza sobre la ejecución reciproca de sentencias o fallos en materia civil y comercial de 19 de noviembre de 1896: la autoridad competente en materia de exequátur", *RGD*, nº 522, pp. 1219-1231.

arbitral en la solución de las controversias propias del comercio internacional podremos observar, muy sumariamente, soluciones como las siguientes. En primer término, que se considere que el lugar más adecuado para reglamentar el arbitraje internacional sea una Ley especial de Derecho internacional privado; es la técnica que se utiliza en la Ley suiza de 1987, donde se incluye una reglamentación muy completa de esta materia, al margen de las normas que regulan el arbitraje interno. También es significativo, en segundo término, que países de arraigada práctica en el arbitraje silencien su dimensión internacional en sus normativas de base entendiéndose incluida sin ninguna referencia adicional; tal es el caso de la Ley de arbitraje del Reino Unido, paradigma para la exploración de la influencia del Derecho nacional sobre el arbitraje comercial internacional, o, también, de la Ley de arbitrajes de los Países Bajos de 1986, y, por sólo citar un ejemplo más próximo de la interacción entre arbitraje interno e internacional, bastaba acudir a la Ley-tipo de Arbitraje para los países hispano-luso-americanos de 1981. Por último, está la remisión pura y simple a la Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional elaborado por la Uncitral en 1985; es la técnica seguida por el art. 940.6º de la Ley modificadora del Código civil en materia de arbitraje, de 1986. Puede observarse como, frente a estas posiciones alternativas, el proyecto se limitaba a realizar una reglamentación muy parcial, incompleta e incorrecta, lo que era denunciado por la enmienda de supresión del P.N.V., que pretendía eliminar la técnica de codificación parcial de las cuestiones del tráfico jurídico externo. De este modo, se dejaba una puerta abierta para proceder en su momento, y con un carácter más meditado, en función de los intereses concretos del comercio internacional vinculados con España, a una nueva redacción del arbitraje comercial internacional, que bien pudiera tomar como modelo la referida Ley modelo de la Uncitral o, incluso, proceder a una incorporación en bloque de la misma.

La segunda, de menor alcance, se limitaba a realizar alteraciones de matiz al texto propuesto. Así, respecto a la ley aplicable a la validez del convenio arbitral y sus efectos, y a la ley aplicable al arbitraje de Derecho la referencia a la autonomía de la voluntad iba acompañada, de acuerdo al grupo enmendante, simplemente por la alusión de la *lex mercatoria*. Era un intento de vincular esta categoría, esencial en el comercio internacional, con el arbitraje, si bien en el contexto en que pretendía insertarse resultaba un tanto forzado.

18. Existió, finalmente, una preocupación por el tenor de las distintas remisiones que contienen los preceptos que examinamos, sobretodo en lo que respecta a los tratados internacionales; en concreto, el P.L. aludía a “Tratados o Convenios Internacionales sobre la materia suscritos por España o en que España sea parte”, en tanto que C.P. entendía más acertada la supresión pura y simple del precepto por redundancia con el art. 96 CE y con el art. 1.5º Cc. Siendo esta iniciativa discutible, pues la reserva a lo dispuesto en los Convenios figura en todos los textos en que la materia se halla internacionalizada, debe señalarse lo correcto de otra supresión propuesta: la remisión a las normas del Título Preliminar del Código civil.

19. Prácticamente termina aquí el *iter* del proceso legislativo, no siendo de mayor interés los trámites sucesivos. Baste retener que en el Informe de la Ponencia de 8 de junio de 1987, el Sr. Medrano y Blasco retiró su enmienda, siendo las demás desestimadas, quedando inamovible, por tanto, el censurable texto del Proyecto. Días después, en la sesión de 29 de junio de 1988 de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, tuvo lugar una tímida defensa de las enmiendas, señaladamente las relativas a la transferencia de competencias a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en materia de exequátur de laudos arbitrales extranjeros, o a la supresión de la remisión a las normas del Título Preliminar del Código civil; en este último caso, como es lógico, a cargo de uno de los que participaron más activamente en la construcción del texto emanado en 1974: M. Herrero Rodríguez de Miñón. En cualquier caso, las intervenciones en favor de los enmendantes fueron más eruditas que prácticas, en concreto la relativa al orden público, oscureciendo muchas veces los criterios que las inspiraban. Puede afirmarse que la defensa en Comisión no guardó coordinación alguna con el contenido de las enmiendas, limitándose los oradores a manifestar conocimientos personales independientes y aislados, como si no existiese un debate previo del tema en los distintos grupos parlamentarios. Es más, parece como si las enmiendas las hubieran hecho personas ajenas a ellos y a los diputados se limitaran a defenderlas con argumentos para salir más o menos airosos del trámite. Con ello se asistió en lo que respecta a la elaboración de los preceptos del DIPr a un auténtico diálogo de sordos. Descoordinación pues que, en este caso, no es achacable al Gobierno y que es una muestra más de la inoperancia del Parlamento español en la III Legislatura.

20. Con todo, en esta primera etapa existieron algunas iniciativas que, pese a las críticas vertidas, registraron un cierto esfuerzo parlamentario. No puede decirse lo mismo de la fase del Proyecto en el Senado, a no ser el tenor de las enmiendas, ciertamente más restringidas que en la fase congresual, del P.N.V. En el resto de los casos, los Grupos Parlamentarios habían desistido en la práctica de contribuir de algún modo siquiera a mejorar el texto propuesto. Con carácter anecdótico, sin embargo, debe prestarse atención a una enmienda realizada por el Grupo Parlamentario del C.D.S. (la 99) en tema de remisión a los tratados por constituir uno de los mayores despropósitos en materia ius-internacionalista, que merece figurar en los anales de cualquier repertorio de la enseñanza para demostrar hasta qué punto puede realizarse en un breve espacio mayor acto de barbarie jurídica. Según la citada enmienda, firmada por el portavoz del Grupo, A. M. Dorrego, debía sustituirse la expresión “que formen parte del ordenamiento interno” por la de “ratificados por España”, toda vez que, a su juicio, “La noción de tratados internacionales que forman parte del ordenamiento interno parece confusa, porque se suele decir que forman parte del derecho interno los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, pero no los otros. No existe tratado que forme parte del Derecho Comunitario en la materia, salvo el Convenio de Bruselas, que todavía no ha sido ratificado por España, y que excluye los laudos arbitrales”. Debe insistirse en que resulta difícil realizar más actos de barbarie en tan escaso pasaje y manifestar un mayor desprecio a las enseñanzas del Derecho internacional público, Derecho internacional privado y Derecho comunitario europeo. Pero tan desafortunado texto que, desdichadamente, fue defendido, cierto que con poco vigor, por el senador Otamendi, no merece mayor detenimiento por quien esto escribe, pues pudiera verse con ello una defensa corporativa del miembro de un colectivo de juristas que, por imperativo del art. 12, 2.º de la Ley 36/1988, no puede ser arbitro.

Al margen de este anecdótico supuesto, la labor del Senado fue tan desafortunada como estéril, haciendo casi buena la fase parlamentaria en el Congreso. Un trabajo legislativo de la envergadura de la reforma de la Ley de Arbitraje mereció un mínimo interés por parte de nuestros representantes en la Cámara Alta, mas si se observa el orden del día de la Sesión Plenaria nº 92 de 19 de octubre de 1988, y más concretamente su desarrollo, la sorpresa del comentarista no tiene límites. En efecto, nuestros senadores estaban más ocupados en temas tales como el cumplimiento en el País Vasco de la legislación reguladora del uso de la bandera nacional, la

elección de miembros del Consejo de Universidades, la modificación del art. 82 de la Ley General Tributaria, la nueva versión castellana de la Carta Europea de autonomía local, el plan de actos conmemorativos del Milenario del Camino de Santiago, y un largo etcétera de cuestiones que agotaron la casi totalidad de la Sesión, donde con carácter más que residual se trató la materia que nos ocupa.

VI

21. Toda valoración de una reciente reforma legislativa induce a reflexionar sobre cuestiones generales de la técnica codificadora y acerca del papel del Parlamento en su función de legislador. La crítica es, empero, demasiado fácil y tópica y es un extremo en el que no deseamos insistir. Sin embargo, la Ley 36/1988 y, sobre todo, su proceso de elaboración, es sintomática de los defectos del actual sistema español en la materia. En primer término, la inoperancia de la C.G.C. y el predominio en la fase previa del ponente individual profesionalizado o, en el mejor de los casos el “amigo” experto, con la consiguiente ausencia de debate por especialistas, colegiados o no; de esta suerte, los anteproyectos se presentan únicamente en su texto articulado, con un rudimentario y descriptivo preámbulo (donde en los últimos tiempos la referencia a las Comunidades Europeas resulta ya una cláusula de estilo), sin un estudio previo que se detenga en las distintas opciones alternativas y, sobre todo, sin motivación que auxilie en el futuro al legislador, que no tiene por qué ser experto en todas las materias y debe contar con el mayor volumen de información posible. Ciertamente que la C.G.C. debe purgar sus culpas del pasado y que precisa de una reestructuración en profundidad, pero las consecuencias de su inoperancia actual también son graves. El Proyecto de Ley de Arbitraje es expresivo de esta situación y, por lo que respecta a las cuestiones del DIPr, es despectivo con trabajos anteriores realizados por expertos que trabajaron en el seno de la C.G.C., práctica comparada y, sobre todo, con los resultados del Derecho uniforme; pero lo que es más grave ha sido su ignorancia de las más rudimentarias técnicas del DIPr, tanto en el plano del *exequátur* como en el de la ley aplicable, señaladamente en este segundo punto. Mejor hubiera sido el abstenerse de regular estas cuestiones, tal y como proponía una de las enmiendas del P.N.V.

El segundo defecto genérico, que tiene en la Ley 36/1988 fiel reflejo, es la práctica parlamentaria que caracterizó a la III Legislatura y a gran parte de la II. El rechazo de la labor de los Grupos parlamentarios, a excepción del Socialista, incluso en cuestiones de índole técnica, ha hecho que los

trabajos en las Cámaras posean hoy, un interés mínimo. Pero, en cualquier caso, y aquí la crítica no sólo es extensiva al grupo del Gobierno, se observa una notable distorsión entre algunas enmiendas, sin duda redactadas por técnicos, y el trámite de defensa que, salvo en contadas ocasiones, suele estar descoordinado del espíritu de aquéllas, cuando no es una contradicción flagrante o un simple y vano ejercicio oratorio repetitivo de un manual al uso.

22. Más saliendo del plano genérico, resultan pertinentes unas consideraciones de la Ley 36/1988 en orden al proceso general de codificación del DIPr en España y señaladamente en relación con el plano comparado. Atendiendo a los resultados del moderno movimiento codificador del DIPr pueden establecerse, sobre todo en el área europea, una serie de características globales. La primera pone el acento en la técnica de codificación utilizada y registra el hecho de que las normas relativas a los “conflictos de leyes” vayan desapareciendo paulatinamente de los Códigos civiles para irse a integrar en Leyes Especiales de DIPr, donde se abordan cuestiones de Derecho procesal civil internacional que, en ocasiones, incluyen el arbitraje; esta tendencia ya no es privativa de los países socialistas, sino que se registra en otros círculos jurídicos (Austria, Suiza...). De esta suerte, la reglamentación del DIPr y, dentro de ella, la ordenación del arbitraje comercial internacional, no sólo gana autonomía material, sino que se posibilita una regulación minuciosa de materias que, hasta la fecha, habían quedado en la órbita de la elaboración jurisprudencial y otorga una coherencia a cada sistema estatal del DIPr. Esta técnica, sin embargo, no es exclusiva sino que combina con otra que puede calificarse de “codificación parcial” y que ofrece dos manifestaciones principales. La primera, objeto de numerosas críticas, aprovechar las sucesivas reformas del Derecho material para introducir normas de DIPr.

La segunda, a través de una Ley de reforma de todas las normas de DIPr diseminadas en distintos cuerpos legales; es la utilizada en la R.F. de Alemania a través de la Ley de 25 de julio de 1986 sobre la reforma del DIPr. Como puede observarse, los preceptos de DIPr de la Ley 36/1988 siguen la orientación de la reforma parcial y la tónica habitual de la legislación española de la dispersión de las normas de tráfico privado externo en cuerpos legales distintos cuya revisión no ha sido hasta la fecha sincrónica. Es bien sabido que el Tit. Prel. del C.c., al que tan desafortunadamente se remite el art. 63 de la Ley de Arbitraje, no es la sede única del Derecho aplicable y el legislador no pretende que esta situación

cambie, como puede observarse de la distinta técnica utilizada en las reformas del C.c. de 1981 y de 1987 y en Leyes Especiales como la Ley 19/1985, de 16 de junio, cambiaría y del cheque, la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual, o la tantas veces aludida Ley 36/1988; incluso, iniciativas de reforma tan modestas, como la propiciada por el Anteproyecto de reforma del Título Preliminar del Código civil, aprobado por la Sección Primera de la C.G.C. en 1983, y que tan sólo pretendía una adaptación a los postulados constitucionales y ciertas reformas de sectoriales, pero siempre en el marco normativo anterior, han quedado en el olvido.

Por otra parte, y ya en la dimensión procedimental en la que se mueve preferentemente el arbitraje comercial internacional, la LOPJ tampoco es la sede única del Derecho judicial internacional, que debe completarse con la Ley de Enjuiciamiento Civil que, hoy por hoy, acaso sea el texto legal más precisado de reforma en lo que concierne al DIPr. Como quiera que esta situación no tiene muchas posibilidades de cambio, una solución realista de futuro debe inclinarse por una reforma “a la alemana” y no “a la suiza”; esto es, una Ley de reforma global de todos los preceptos del DIPr español, incluidos los relativos al arbitraje comercial internacional, respetando la diversidad de sedes legales. Sólo de esta forma podrán solucionarse los problemas de la marcada dispersión normativa que caracterizan al sistema español de DIPr sin necesidad de acudir, como en algunos de los círculos jurídicos de nuestro entorno, a una Ley Especial que regule, al menos, un sector sustancial de los problemas del tráfico jurídico externo. En efecto, una Ley Especial de DIPr, si bien es aconsejable desde una dimensión de técnica legislativa, no es la panacea. Existen otros procedimientos de reforma global de un sistema de DIPr que le dote de la necesaria coherencia interna.

23. Por último, y aunque ya se han insinuado en páginas anteriores, se imponen unas observaciones generales a los preceptos de DIPr. de la Ley de Arbitraje de 1988. Bien entendido que no se trata de un clásico “comentario de urgencia» o de una llamada por alguna “anotación a vuelapluma”, sino de una sumaria reflexión global, al hilo de una crónica parlamentaria, que precisará del necesario sosiego para que resulte de alguna utilidad. Baste pues retener que, dejando a un lado el capítulo del exequátur, que cuenta con instrumentos internacionales correctores de las eventuales deficiencias del sistema y con ciertas opciones (instancia única competencia exclusiva del TS) que pueden no compartirse, pero que tienen

real justificación, el apartado del Derecho aplicable resulta marcadamente insuficiente. Mejor hubiera sido, como se ha indicado, no establecer ninguna norma al respecto. Afortunadamente, no se ha ofrecido una definición de “arbitraje internacional”, evitando la Ley entrar en un tema polémico en el Derecho comparado, cual es el del criterio a elegir (económico, domicilio, residencia habitual, lugar de la firma de la cláusula compromisoria, etc.) que hubiera contribuido a dificultar más la necesaria unificación en la materia. Mas salvo esta afortunada opción, reclamada en su día desde la perspectiva de la práctica arbitral²³, el resto del Título X llama la atención por su parcialidad y carácter incompleto. Es curioso que en el apartado del convenio arbitral se limite el legislador a pronunciarse acerca de la ley aplicable a la capacidad de las partes y a la validez del convenio arbitral y sus efectos, omitiendo toda referencia a cuestiones tales como la arbitrabilidad del litigio, forma del convenio, eventual acción de la inmunidad de jurisdicción, etc. Mayor gravedad registra la ausencia de determinación del ámbito de la ley aplicable al procedimiento arbitral. Es bien sabido que el procedimiento arbitral forma un todo, que comienza por la designación de los árbitros y termina en el laudo, afectando a extremos tales como la organización del tribunal arbitral y su composición, la determinación de la competencia del tribunal, las formas, condiciones y plazos para la recepción de excepciones y demandas reconventionales, la comunicación de documentos, piezas de instrucción y pruebas, los modos de representación y asistencia de las partes, el carácter oral o escrito, público o a puerta cerrada de las sesiones, el procedimiento de elaboración de la sentencia, especialmente en lo concerniente al poder del tercer arbitro, la posibilidad de un procedimiento en caso de ausencia o de rebeldía, etc. Pues bien, la Ley 36/1988 guarda silencio absoluto sobre el tema, al igual que en todo lo relativo al laudo arbitral. Por último, el art. 62, relativo a la ley aplicable al arbitraje de Derecho, contiene una serie de conexiones subsidiarias de la autonomía de la voluntad de compleja formulación y poco adaptadas a la realidad del comercio internacional. En suma, como suele ocurrir en cualquier reglamentación del sistema español de DIPr, la fatalidad persigue los logros del legislador. La Ley 36/1988 será sin duda, en el ámbito del tráfico privado externo, una nueva diana de los dardos de la doctrina en la copiosa literatura que ha comenzado a aparecer en los últimos meses. Pero, lo que resulta grave en verdad es que contribuirá a aumentar las deficiencias de un sistema que no consigue consolidarse y adaptarse a

²³ J.R. Iturriagaitia, Bassas, “España ante la reforma de la Ley de Arbitraje”, *BIMJ*, nº 1485, 1988, pp. 1082-1100.

nuestro entorno jurídico más inmediato, con independencia del medio sociopolítico en que se produzca.