

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Civil



MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO PRIVADO

ESPECIALIDAD EN DERECHO CIVIL

TRABAJO DE FIN DE MASTER

“EL ARBITRAJE ARRENDATICIO URBANO”

JOSÉ MARÍA TRINCADO AZNAR

TUTOR: PROFESORA DRA. MARIA TERESA ALVAREZ MORENO

PROFESORA TITULAR DOCTORA DE DERECHO CIVIL

CONVOCATORIA: SEPTIEMBRE DE 2012

CALIFICACIÓN: 8

RESUMEN

El arbitraje es un medio heterónomo de solución de controversias que se encuentra vinculado con los valores superiores que nuestro Ordenamiento Jurídico defiende como es la libertad, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes y dicho arbitraje, cuando se conecta con un contrato de arrendamiento, puede traer innegables beneficios no sólo de carácter práctico ayudando a descongestionar la ya de por sí colapsada Administración de justicia sino también de carácter capital porque el más sagrado de todos los tribunales debe ser el que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo.

PALABRAS CLAVES

Arbitraje; arrendamiento urbano; alquiler; antecedentes históricos del arbitraje; elementos subjetivos, objetivos, formales y procesales del arbitraje; Consejo Arbitral para el Alquiler de la Comunidad de Madrid.

INDICE

ABREVIATURAS	
INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA	1
CAPITULO 1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ARBITRAJE	6
1.1 Breve introducción.....	6
1.2 El arbitraje en el Derecho romano.....	7
1.2.1 El procedimiento de las legis actionis. De la Ley de las XII tablas (450 a C) a la Lex Aebutia (130 a C) y Julias (17 a C).....	7
1.2.2 El procedimiento formulario. De la Lex Aebutia (130 a C) y Julias (17 a C) a la Constitución de Constantino y Constante de 342 d.C.....	9
1.2.3 El Derecho Justiniano.....	10
1.3 El arbitraje en nuestro derecho histórico: especial referencia al arbitraje en nuestras Partidas.....	14
1.4 Antecedentes recientes del arbitraje: la LEC 1881 y las leyes de arbitraje de 1953 y 1988.....	24
1.4.1 El arbitraje en la LEC 1881.....	24
1.4.2 La Ley de 22 de diciembre de 1953 de Arbitrajes de Derecho Privado.....	25
1.4.3 La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.....	26
1.5 La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.....	27
CAPITULO 2. EL ARBITRAJE ARRENDATICIO URBANO: REGIMEN ACTUAL	29
2.1 Introducción	29
2.2 Elementos subjetivos del arbitraje arrendaticio urbano: las partes y los árbitros	30
2.2.1 Las partes del convenio o cláusula arbitral del contrato de arrendamiento....	30
2.2.2 Capacidad de las partes para celebrar convenio arbitral. Especial referencia al arbitraje arrendaticio urbano.....	30
2.2.3 Supuestos dudosos de capacidad para celebrar el convenio arbitral.....	33
2.2.3.1 El menor emancipado.....	33
2.2.3.2 El incapacitado.....	34
2.2.3.3 El pródigo.....	35
2.2.3.4 El menor no emancipado.....	36
2.2.3.5 El concursado.....	37
2.2.3.6 El mandatario.....	40

2.2.3.7 El ausente.....	42
2.2.3.8 La persona jurídica.....	42
2.2.3.9 Los entes sin personalidad.....	43
2.2.3.10 El acreedor por sustitución.....	46
2.2.3.11 El fiador.....	47
2.2.4 Modificaciones subjetivas de la relación arrendaticia. La cesión del contrato de arrendamiento con cláusula arbitral.....	49
2.2.5 Los árbitros.....	52
2.3 Elementos objetivos del arbitraje arrendaticio urbano: la materia arbitrable.....	59
2.3.1 La posibilidad de escindir la materia arbitral.....	61
2.3.2 La posibilidad de someter a arbitraje el desahucio arrendaticio.....	62
2.3.2.1 Derecho comparado. Breve referencia al derecho comparado: Alemania, Gran Bretaña y EEUU como modelos antagónicos de regulación.....	63
2.3.2.2 Derecho Español. Evolución histórica reciente.....	64
A La LAU de 1964	64
B La LAU de 1994.....	65
C La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.....	66
D Situación actual	66
I. Teorías contrarias a la posibilidad de someter a arbitraje el desahucio arrendaticio.....	68
II. Teorías favorables a la posibilidad de someter a arbitraje el desahucio arrendaticio.....	69
E. Especialidades en materia de consumo de la resolución del contrato de arrendamiento.....	73
I. Consideraciones preliminares: la relación jurídica de consumo.....	74
II. La materia arbitrable. Especialidades en materia de consumo.....	75
F. Especial referencia al Consejo Arbitral para el Alquiler de la Comunidad de Madrid.....	86
2.4 Elementos formales del convenio arbitral arrendaticio	90
2.4.1 Art 9.3 LA: “ <i>El convenio arbitral ...</i> ”.....	91
2.4.2 Art 9.3 LA: “ <i>El convenio arbitral deberá constar por escrito</i> ”.....	91
2.4.3 Art 9.3 LA: “ <i>El convenio arbitral deberá constar por escrito en un documento firmado por las partes...</i> ”.....	96
2.4.4 Art 9.3 LA: “ <i>... o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considera cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo</i> ”.....	97
2.5 Elementos adjetivos o procesales del arbitraje arrendaticio urbano.....	97
2.5.1 Eficacia de cosa juzgada	97

2.5.1.1 La irrecurribilidad del laudo.....	102
2.5.2 La acción de anulación contra el laudo.....	103
2.5.3 La revisión del laudo.....	105
2.5.4 Impugnación de laudos transcurridos los plazos del 41.4 LA.....	105
2.5.4.1 Laudos contrarios al orden público o que resuelven materias no sometidas al arbitraje o no susceptibles de arbitraje.....	106
2.5.4.2 Laudos en los que se descubre la parcialidad del arbitro transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad.....	107
2.5.5 Ejecución forzosa del laudo. Aspectos problemáticos.....	108
2.5.5.1 Legitimación para pedir la ejecución por las costas.....	109
2.5.5.2 La postulación procesal en la ejecución del laudo arbitral.....	111
CONCLUSIONES.....	115

BIBLIOGRAFÍA, DOCUMENTACIÓN Y OTRAS FUENTES

1. Libros y artículos de revistas.....	I
2. Jurisprudencia.....	IX
1. Sentencias del Tribunal Constitucional.....	IX
2. Sentencias del Tribunal Supremo.....	X
3. Sentencias de las Audiencias Provinciales.....	X

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ADC	Anuario de Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BGB	Burgeliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán).
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
Ccom	Código de Comercio
CE	Constitución Española, de 27 Diciembre 1978
Cendoj	Centro de Documentación Judicial del C.G.P.J.
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (o sus siglas en inglés UNCITRAL)
C.p.c.	Codice di Procedura Civile (Italia)
D	Digesto
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
EM	Exposición de Motivos
IVDP	Instituto Vasco de Derecho Procesal
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LA	Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LC	Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal)
LEC	Ley 1/2000, de 7 de Enero. Aprueba la Ley de Enjuiciamiento Civil
Ley Modelo	Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional
LH	Ley Hipotecaria
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial
LPH	Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960
LPI	Ley de Propiedad Intelectual (aprobada por RDL 1/96, de 12 de abril)
LSC	Ley de Sociedades de Capital (aprobado por RDL 1/2010, de 2 de julio)
P	Partidas
RDL	Real Decreto Legislativo
RVDPA	Revista Vasca Derecho Procesal y Arbitraje
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SA	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SP	Sepin (Jurisprudencia de la Base de Datos de Sepin)
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TOL	Tirant On Line (Jurisprudencia de la Base de Datos de Tirant on Line)
TR LGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
ZPO	Zivilprozessordnung Código Procesal civil Alemán

INTRODUCCION. JUSTIFICACION DEL TEMA.

Señalaba Couture¹ que: “en el procedimiento el tiempo es algo más que oro; es justicia. Quien dispone de él tiene en la mano las cartas de triunfo. Quien no puede esperar se sabe de antemano derrotado”. Estas palabras, pronunciadas hace más de medio siglo, tienen actualmente, si cabe, aún más vigencia porque es indudable que uno de los grandes problemas que tiene la Administración de Justicia es la excesiva duración de los procedimientos que afecta, altera y, en ocasiones, destruye el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el derecho, también fundamental, a un proceso público sin dilaciones indebidas que consagra el artículo 24 CE².

Para tratar de evitar dichos inconvenientes, y otros muchos que acucian a nuestro proceso judicial, se han alzado con fuerza una serie de instituciones jurídicas (señaladamente el arbitraje) que, si bien solventan con éxito dichos problemas, no surgieron para solucionar las dilaciones de la Administración de Justicia sino que su origen es previo a que existiera un proceso y unos jueces y tuvieron como finalidad primigenia atemperar el régimen de venganza³, la autodefensa o el imperio de la fuerza.

- 1 COUTURE, E.J.: *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Buenos. Aires, 1954, pág. 37 citado por MONTERO AROCA, J.: “La Duración del Proceso Declarativo Civil Español”, 1975, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* Número 24, página 817. Consultado en Internet <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art14.pdf>. Asimismo, VON IHERING, R.: «Theorie der juristischen Technik», en *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwincklung*, tomo 2.2 [1858], Scientia Verlag, Aalen, 1968, pp. 322-389, traducción de Sergio Sanjosé, señala: “No sólo se trata de realizar el derecho. También cuenta la manera en que ello se lleva a cabo. “¿De qué sirve realizar el derecho de forma eficaz e inapelable, si la lentitud y aparatosidad impiden que el que apela al derecho sólo llega a encontrarlo cuando esté en la tumba?”. Internet <http://www.uv.es/mariaj/textos/ihering.pdf>.
- 2 Si bien, en un principio, nuestro TC confundió el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas afirmando en la STC 24/1981, de 14 de julio (BOE de 20 de julio) Sala Primera. [Ponente: Manuel Diez de Velasco] que “[...]El ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales lo viene a consagrar el párrafo 2 del mismo artículo 24 CE al hablar de un proceso público sin dilaciones indebidas”, con posterioridad ha sostenido reiteradamente la autonomía del derecho a un proceso sin dilaciones con relación al derecho a la tutela judicial tratándose de derechos distintos (por todas STC 26/1983, de 13 de abril de 1983 -BOE de 17 de mayo- Sala Segunda [Ponente: Francisco Rubio Llorente]). Pero, en todo caso, no cabe desconocer que, como señala en la STC 75/1999, de 26 de abril (BOE 1 de junio) Sala Segunda (Guillermo Jiménez Sánchez) “el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, aunque se trate de un derecho perfectamente autónomo (STC 36/1984, 5/1985, 133/1988), mantiene una íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 109/1984, 133/1988, 381/1993, 35/1994, 324/1994), respecto del que posee un indudable carácter instrumental en tanto en cuanto una justicia tardía supone un serio menoscabo de aquella tutela (STC 81/1989; ATC 91/1994)”.
3 Así, MERINO MERCHAN, J.F y CHILLON MEDINA, J.M.: *Tratado de Derecho Arbitral*, Ed. Thomson Civitas, 3ª Edición, Navarra. 2006, pág. 111; FERNANDEZ BUJAN, A.: *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*. Ed. Iustel 1ª Edición, Madrid. 2006, pág. 199 señala que: “Parece razonable pensar que en los primeros tiempos de la comunidad política romana, con anterioridad a la organización de la administración de justicia y de la atribución de competencia a magistrados y jueces la decisión de las controversias entre los particulares se encargaría a uno o varios árbitros

El arbitraje sirve, por tanto, a los fines legítimos de descongestionar los Juzgados y Tribunales pero su fundamento excede de dichos fines utilitaristas. El arbitraje es Paz, es reflejo de Libertad y es, junto a la tutela judicial, una de las formas de hacer efectivo un Estado de Derecho. Aunque la vigente Constitución no configura la tutela arbitral, frente a la tutela judicial, como un derecho fundamental, sí califica como valor superior del ordenamiento jurídico la libertad (art 1 CE) y considera la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social (art 10 CE). Y ese es precisamente el engarce constitucional del arbitraje.⁴

El arbitraje es un medio heterónimo de solución de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art 1.1. CE) y con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad (art 10 CE). Como ha señalado Lorca Navarrete: *“la justificación constitucional del arbitraje se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.1 de la Constitución. No se justifica en el artículo 24 de la Constitución”*⁵.

elegidos de común acuerdo por los interesados en solucionar sus conflictos”.

- 4 Como señala la STC 176/1996, de 11 de noviembre (BOE de 17 de diciembre) Sala Segunda (Ponente: Julio Diego González Campos): *“Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónimo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción -pero no su «equivalente jurisdiccional» arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995- legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)”.*
- 5 LORCA NAVARRETE, A.M.: *“Litigio est quod notamus in arbitratum (A propósito de la justificación constitucional del arbitraje y de la sustanciación garantista de las actuaciones arbitrales con arreglo a la vigente regulación normativa)”*. IVDP. San Sebastián 2011, pág. 3. Por otro lado comparto, sin matices, su autorizada opinión de que *“cuando existe resolución heterocompositiva justificada en la autonomía de la voluntad no se infringe el “derecho al juez ordinario predeterminado en la ley” que reconoce el artículo 24.2 CE porque ese es un derecho “que ostentan las partes siempre que acudan a la jurisdicción estática o estatal no cuando voluntariamente [libremente] han aceptado que sus controversias sean resueltas acudiendo a otros medios heterocompositivos como es el arbitraje previsto en nuestro ordenamiento jurídico y en concreto en la LA”* ob. cit. pág 2 y 3.

Su ámbito, desde un punto de vista filosófico, debería ser tan amplio como permitiera el principio kantiano de: «*Obra de tal manera que el uso de tu libertad pueda coexistir con la libertad de los demás según una norma universal de libertad*». Sus límites así, al ser expresión de la Libertad, sólo debieran ser los de no perjudicar la libertad de un tercero.

Sin embargo, nuestra Constitución tan respetuosa, con toda razón, con el principio de tutela judicial efectiva no hace alusión, como no lo ha hecho casi ninguna Constitución, al derecho que también debiera gozar de rango constitucional y de consideración de derecho fundamental, pues se basa en el valor superior de la Libertad, a la tutela arbitral. Y digo "*casi ninguna Constitución*" porque no por ser poco conocida quiero omitir en estas palabras preliminares la referencia que contenía la Constitución de Cádiz de 1812 que, en redacción insuperada, decía literalmente en el artículo 280: "*No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medios de jueces árbitros elegidos por ambas partes*".

Por su ubicación sistemática (inclusión en el Capítulo sobre Administración de Justicia en lo Civil) parece obvio que en la Constitución de 1812 la materia susceptible de ser sometida a arbitraje se refería a los asuntos civiles (no a los criminales) pero a partir de ahí no establecía ninguna limitación objetiva en materia civil sobre materias arbitrables, porque partía del derecho constitucional de cualquier persona de "*terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes*"; y la dicción literal ("*no se podrá privar*") recogía la idea de que el derecho a la tutela arbitral no es un derecho creado por la Constitución sino que la preexiste y la Carta Magna se limita a reconocerlo (se "*priva*" de algo a quien ya posee, con anterioridad, algo); es decir es un derecho fundamental de la Persona. El Siglo XIX, y sobre todo el Siglo XX, vino en sus Constituciones a proclamar derechos solemnes que muchas veces carecían de efectividad real y olvidó derechos tan fundamentales como el de la tutela arbitral que dejó relegado a un simple contrato más, regulado por Ley ordinaria (en España por dos artículos del CC -1820 y 1821-, posteriormente por Ley de 1953, luego de 1988 y finalmente de 2003). Y todas esas leyes vinieron a limitar el ámbito del arbitraje excluyendo del mismo materias de derecho privado de tanta importancia como los arrendamientos (que sólo en los últimos años se ha conseguido que vuelvan a

considerarse susceptibles de arbitraje según nuestra Jurisprudencia menor; por todas AAP Madrid, Sec. 14.^a, 39/2011, de 9 de febrero Recurso 775/2010. [SP/AUTRJ/637307]), los conflictos societarios (si bien con parecida evolución jurisprudencial) o, con carácter expreso, los asuntos laborales (art 1.4 LA).

Toda esta evolución, de un reconocimiento casi ilimitado de la Constitución de 1812 a una tendencia a excluir del arbitraje numerosas cuestiones privadas, parte de una desconfianza del Estado a la libertad real de la persona, a su capacidad para regular y resolver, sin necesidad de acudir a un tercero impuesto, sus problemas y a una negación del carácter capital y fundamental del arbitraje.

Y es que el arbitraje es una institución esencial, insustituible y que se repite en la historia del hombre hasta el punto que parece pertenecer a la esencia humana. El arbitraje es, junto a la tutela judicial, una de las formas de hacer efectivo un Estado de Derecho. Es más, como veremos a lo largo de este Trabajo, ambas tutelas se complementan porque, en el caso de arbitraje, la tutela judicial sigue subsistiendo en la medida en que garantiza el acceso al proceso judicial mediante la acción de anulación del laudo⁶, la ejecución judicial del laudo, y la posibilidad de solicitar el auxilio judicial para la práctica de la prueba.

La función del árbitro es determinar y concretar el derecho incierto de quienes han decidido someter una controversia a su decisión. Y esa concreción y determinación del derecho puede realizarse a través del arbitraje con mayor flexibilidad, en muchos casos, que a través de la función judicial, no sólo en los supuestos de arbitraje de derecho sino en los arbitrajes de equidad en el que el árbitro, respetando las normas imperativas, puede resolver en conciencia, *ex aequo et bono*, lo cual hace patente la función artística del árbitro -sobre todo de equidad- en la creación del derecho, alejado pero no

6 Señala la SAP de Madrid (Sección 10^a) de 26 de octubre de 2007 (Ponente: Ángel Vicente Illescas Rus) [TOL1.233.882] que: “Una vez elegida dicha vía (la arbitral) ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción -pero no su «equivalente jurisdiccional» arbitral (SSTC. 15/1989, 62/1991 y 174/1995)- legalmente establecido será sólo la acción de nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral”. Idem senso, STC 176/1996, de 11 de noviembre (BOE de 17 de diciembre) Sala Segunda (Ponente: Julio Diego González Campos).

desvinculado de la literalidad la ley y alejado del excesivo conceptualismo de algunas escuelas jurídicas, de la dogmática abstracta y del “*cielo de los conceptos jurídicos*” sobre el que ironizaba Ihering⁷.

En definitiva, la tutela judicial efectiva es un derecho irrenunciable de cualquier Estado moderno pero, junto a ella, el derecho a la tutela arbitral *lege o constitutio ferenda*, debía tener rango constitucional de derecho fundamental⁸. Ese es el reto que tenemos quienes confiamos en las virtudes de dicha institución porque no debemos olvidar que, como decía Ihering, “*todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha*”⁹ siendo, esta última, un elemento esencial al Derecho.

En todo caso, como veremos a lo largo de este trabajo, en la práctica totalidad de los negocios constitutivos del arbitraje se detecta la conexión con otro contrato que es el que suele constituir la razón fundamental por la que las partes se vinculan y del que surge la controversia que las partes someten a arbitraje. En el presente trabajo estudiaremos la conexión entre el arbitraje y el contrato de arrendamiento urbano.

La trascendencia del objeto de este trabajo es, por tanto, innegable y se justifica en el hecho de que el arrendamiento de bienes inmuebles es uno de los instrumentos jurídicos mediante los cuales las personas pueden hacer efectivo el derecho constitucional (artículo 47 CE) “*a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*”. Y el arbitraje permite, al insertarse como cláusula del contrato de arrendamiento, agilizar la tutela de los legítimos intereses de arrendador y arrendatario en caso de conflicto, lo que debería aumentar el número de viviendas ofrecidas en alquiler. En todo caso, puesto que se ha negado en numerosos momentos de nuestra historia la posibilidad de someter el contrato de arrendamiento a arbitraje, creemos que es esencial el estudio del mismo, de sus posibilidades y de sus problemas. A ello dedicaré este Trabajo de Fin de Máster.

7 VON IHERING, R.: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs 215-264.

8 Considero que *lege data* no puede considerarse la tutela arbitral un derecho fundamental porque sólo tienen dicha consideración los consagrados en los artículos 14 a 29 CE pero, como ya hemos dicho y ahora reiteramos, el arbitraje sí tiene indudable anclaje en los valores supremos que inspiran nuestra Constitución. Matizadamente señala OTERO LASTRE, J.M.: “El derecho fundamental a la tutela arbitral efectiva” en *Abogados*- Febrero- 2007 pág 53 y 54 que: “*Creo que, aunque sea a través de la vía indirecta de rellenar la noción del “orden público” con el contenido del artículo 24.1, puede hablarse, al menos en un sentido indirecto, de un “derecho a la tutela “arbitral” efectiva*”.

9 VON IHERING, R.: *La Lucha por el Derecho*. Ed. CAJICA México-Lima -Buenos Aires 1921 Traducción de POSADA. A pág. 5.

CAPITULO 1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ARBITRAJE

1.1 Breve introducción

La historia del derecho nos demuestra que instituciones de tanta raigambre jurídica como la familia, la propiedad o el matrimonio son notablemente distintas de las instituciones que, con idénticas denominaciones jurídicas, fueron conocidas en otros momentos de dicha historia¹⁰. Y el arbitraje no es una excepción. Y así, como bien dejó dicho De Castro¹¹, puede resultar deseable desmitificar el arbitraje: “*observando que no se trata de algo dado a priori sino de una figura cambiante resultado del variado entorno social y del juego de intereses de ciertos grupos sociales*”.

Y, por eso, para entender dicha institución creo obligada una referencia, aunque sea sucinta, a los antecedentes históricos del arbitraje no sólo porque el conocimiento de los mismos puede servir de criterio hermenéutico de la norma presente al amparo del artículo 3 CC, sino también porque como señalaba De Castro: “*el recuerdo de las sucesivas manifestaciones del arbitraje y el tenerlas en cuenta puede ser útil en la doctrina jurídica. El conocer las raíces de una figura jurídica puede explicarnos algunas de sus actuales características*”¹². A ello dedicaré las próximas páginas.

Se ha señalado que “*el arbitraje tiene orígenes y precedentes históricos que se confunden con la historia del derecho y de la humanidad*”¹³. Precisamente, por eso, es una institución tan arraigada en la historia del hombre¹⁴ y, por ello, tan conformadora de su ser y bien puede decirse que fue la primera forma de administrar justicia porque

10 La familia y *paterfamilias* del Derecho Romano poco tienen que ver con el concepto constitucional de familia; la concepción romana de la propiedad como *plena in re postestas* se encuentra muy distante del concepto actual de la misma en la que su función social influye decisivamente en el concepto de la institución. Más evidente es el caso del matrimonio que en Derecho Romano era la unión de un hombre y una mujer en consorcio para toda la vida en comunicación recíproca de intereses humanos y divinos mientras que actualmente en España, tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, se admite como matrimonio la unión de dos personas del mismo sexo y se admite que pueda disolverse sin necesidad de que concurra causa alguna.

11 DE CASTRO Y BRAVO, F.: “El arbitraje y la nueva Lex Mercatoria” *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXII, Fascículo IV Octubre-Diciembre 1979 página 624.

12 DE CASTRO Y BRAVO, F.: “El arbitraje...” ob. cit. pág. 624. Como dice Cervantes en el Quijote “[...] *la verdad, cuya madre es la historia, émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo porvenir*”.

13 ZAPPALA, F.: “Universalismo histórico del arbitraje” en *Vniversitas Bogotá (Colombia)* N° 121 pág 196, julio-diciembre de 2010. Consultado en <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n121/n121a08.pdf>.

14 Señala ZAPPALA, F.: “Universalismo...” ob. cit. pág 198 que: “*Actualmente, los Bereberes o Amazigh, habitantes autóctonos del Norte de África, aplican el arbitraje primitivo como forma de dirimir los conflictos, de acuerdo con una jurisdicción especial ejercida por el sacerdote de la plaza de mercado*”.

“históricamente la forma originaria de resolución de conflictos fue la justicia privada”¹⁵.

Sus orígenes se pierden en la noche de los tiempos y, sin perjuicio de interesantes referencias mitológicas¹⁶ y bíblicas¹⁷, lo cierto es que los mismos se encuentran en la antigua Grecia¹⁸ y su configuración con los perfiles actuales se debe en gran parte al desarrollo que dicha institución conoce en el Derecho Romano. Por ello, la doctrina más autorizada considera que es en el Derecho Romano donde la institución del arbitraje adquirió raíces propias¹⁹.

1.2. El arbitraje en el Derecho romano.

La institución arbitral atravesó en el Derecho Romano tres fases perfectamente diferenciables:

1.2.1. El procedimiento de las *legis actionis*: De la Ley de las XII tablas (450 a.C) a la Lex Aebutia (130 a.C) y Julias (17 a.C).

15 ZAPPALA, F.: “*Universalismo...*” ob. cit. pág. 196.

16 Señala MEDINA LIMA, I.: “El arbitraje privado en nuestro derecho” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México. D.F. TXXXVIII Números 157-158-159 Enero Junio de 1988 p 158 que el pasado del arbitraje es tan lejano que se remonta a la mitología griega cuando Paris fue nombrado por Zeus para decidir cual era la más bella entre las tres grandes deidades de la belleza femenina: Hera, Atenea y Afrodita, decidiéndose por esta última.

17 Al respecto, OGÁYAR AYLLON, T.: *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*. Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1977, p. 38 señala como antecedente bíblico del arbitraje «*el pasaje del Libro Génesis (capítulo XXXI, números 35 a 37) en el que, refiriéndose a una disputa entre Jacob y Labán por imputar éste a aquél el hurto de unos ídolos de su propiedad, propuso Jacob, para justificar su inocencia, que ‘pusiera su equipaje a la vista de mis hermanos y de los tuyos, y sean ellos jueces entre nosotros dos*».

18 En la filosofía griega señala Aristóteles en su *Retórica*, 1.13.13. que es mejor “*preferir un arbitraje más bien que un conflicto ante el tribunal, de hecho el árbitro cuida la equidad, el juez la ley; y el arbitraje ha sido inventado propiamente para esto, para dar fuerza a la equidad*”. Por su parte Platón en sus Diálogos llega a decir: “*El Estado debe proporcionar a los ciudadanos tribunales donde dirimir los conflictos. Pero cuando se trata de organizar esos tribunales, la prioridad absoluta la tienen las propias partes a través del arbitraje: el más sagrado de todos los tribunales debe ser el que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo*”. Señala ZAPPALA, F. ob. cit. pág 199 que: “*La fórmula del arbitraje surge en la cultura griega hacia el año 520 a.C., en los consejos de la confederación de pueblos y ciudades de la órbita de influencia política y militar de Atenas, denominado arbitraje de la Anficionía, cuyo objetivo principal era resolver los conflictos entre distintos grupos étnicos por parte de 12 ancianos representantes de las diferentes tribus. En la Grecia clásica existieron también árbitros de carácter público, elegidos de manera aleatoria entre 44 patriarcas quienes juzgaban las disputas criminales y públicas[...]*”.

19 Cfr. MURGA, J.L.: *Derecho Romano Clásico II. El proceso*. Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Tercera Edición, Zaragoza. 1989, pp. 21 y 22; D'ORS, A.: «*El arbitraje jurídico*». En *Parerga Histórica*, Eunsa, Pamplona. 1997. pp. 271 a 291 citados por: GASPARD LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Ed. Aranzadi. Navarra. 1998, pág. 27.

Aunque ya en el Tratado o *Foedus Cassianum* de 493 a.C que renueva la Liga Latina se contenían referencias al nombramiento de árbitros para conocer de los litigios entre ciudadanos romanos con ciudadanos no romanos²⁰ lo cierto es que la más antigua mención del termino *arbiter*²¹ se contiene en las XII tablas (450 a.C) que crea *ex novo*²² la *Legis Actio per iudiciis arbitrive postulationem*. Señalaba Iglesias Santos²³ que: “*el procedimiento de las legis acciones constituye la forma más antigua de enjuiciar*” y representa “*el imperio de la forma, una forma angosta y embarazosa, inbuida de rito y de solemnidad*²⁴”. Dichas acciones de ley eran cinco: *legis acciones per sacramentum, per conditionem, per manus iniectioem, per pignoris capionem y per iudiciis arbitrive postulationem*. Centrándonos en esta última la misma fue creada, como ya dijimos, por la ley decenviral para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato verbal de *sponsio* y para los procesos de división de herencia. Una Ley Licinia en torno a 210 a.C extendió esta acción cuando se pretendía la división de la cosa común. Asimismo, entiende la doctrina, que junto a las acciones divisorias señaladas (*actio familiae erciscundae* -o de división de herencia- y *conmuni dividundo* -o de división de la cosa común) es probable que la *legis actio per iudiciis arbitrive postulationem* también se aplicara a la *actio finium regundorum* para fijar los linderos o confines controvertidos de fincas pertenecientes a distintos propietarios.²⁵ Así, se observa como, con probabilidad, el arbitraje se encuentra unido desde el inicio de su génesis a la materia inmobiliaria pues dichos inmuebles a partir de la ley de las XII Tablas podían ser objeto de la *actio communi dividundo*, de la *actio familiae erciscundae*,²⁶ y de la *actio finium regundorum*. Probabilidad, porque en épocas tan

20 En este sentido FERNANDEZ DE BUJAN A.: “Contribución al estudio histórico jurídico del arbitraje”, *Religión y Cultura* LI (2005) pág 711, http://religionycultura.org/2005/234/RyC234_4.pdf.

21 Señala FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Jurisdicción y Arbitraje...*, ob. cit. pág 200 que: “*el término latino arbiter que derivaría de la lengua fenicia y haría referencia a garantía conforme a la raíz fenicia rbn, se habría introducido a través del comercio en la lengua latina*”.

22 FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Jurisdicción y Arbitraje...*, ob. cit. pág 81-82 y 87.

23 IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Ed. Ariel Barcelona 1987 pág 202.

24 La fórmula solemne y ritual -el más leve error acarrearía la pérdida del pleito- se contiene en Gayo I.4.17. y era la siguiente: El demandante decía: “*Afirmo que me debes dar X sextercios en virtud de una promesa solemne. Te insto a que digas si es o no cierto*” [*Ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio: id postulo aias an negues.*]. La parte contraria sostenía que no era cierto y el demandante replicaba: “*Puesto que lo niegas a tí Pretor te ruego que nombres a un juez o arbitro.*” [Quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des.].

25 Así cfr FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Jurisdicción y Arbitraje...*, ob. cit. pág 88.

26 Señala GUTIERREZ MASSON, L.: *Del consortium a la sociedad. I. el Consortium Ercto no cito*. Universidad Complutense de Madrid. Sección de Publicaciones. Madrid. 1987 pág 139 -141 que: “*la ley de las XII Tablas vino a recoger dos corrientes o tendencias que se estaban produciendo en la sociedad romana del S V a.C de carácter materialista y de carácter individualista respectivamente*”. Expresión de dicha tendencia individualista es, sigue diciendo, “*la Tabla V.5 al conceder la actio familiae erciscundae como medio judicial de división del patrimonio hereditario venía a colocar al*

remotas, ante la ausencia de fuentes hay que operar con conjeturas.

La *legis actio per iudiciis arbitrive postulationem* tenía como característica, además de que no se recurría al *sacramentum* o apuesta, que se procedía “*tan pronto como se plantea la causa a la designación de juez o de árbitro sin esperar los treinta días que se exigían como plazo a respetar hasta el nombramiento de juez en la legis actio sacramento a partir de la Lex Pinaria*”²⁷. En todo caso, como sigue señalando Fernández de Buján²⁸: “*distingue la Ley entre Juez, iudex, y árbitro, arbiter. En el texto de Gayo se afirma que el Juez se nombraría en las reclamaciones de deuda derivadas de sponsio y el árbitro en los supuestos de división de herencia o de cosas comunes. El juez daría un iudicium y estaría sujeto a lo establecido en la fórmula verbal ante el magistrado y en la litis contestatio. El árbitro formularía un arbitrium, en el que la estimación a realizar gozaría de un mayor margen de discrecionalidad*”.

1.2.2 El procedimiento formulario: De la Lex Aebutia (130 a.C) y Julias (17 a.C) a la Constitución de Constantino y Constante de 342 d.C.

El extremado rigor, formalismo, rito y solemnidad de las *legis actionis* las hizo odiosas, por cuyo motivo la Ley Aebutia (año 130 a.C) y las dos leyes Julias (año 17 a.C)²⁹ las abolieron, introduciendo en su lugar el procedimiento “*per formulas*”³⁰ que se diferenciaba del antiguo procedimiento de las *legis actionis* en que las partes contendientes, en vez de realizar determinados actos solemnes y simbólicos y pronunciar determinadas palabras sacramentales, presentaban al magistrado un breve

individuo, una vez más, en posición superior respecto de la familia a la que pertenecía pues quedaba legitimado para exigir, en cualquier momento, su porción hereditaria con la consiguiente disgregación de la unidad comunitaria”.

27 FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Jurisdicción y Arbitraje...*, ob. cit. pág 88.

28 FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Jurisdicción y Arbitraje...*, ob. cit. pág 89.

29 Señala FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Jurisdicción y Arbitraje...*, ob. cit. pág 108 que en la doctrina romanista existen dos teorías: la que sostiene que la Lex Aebutia introdujo la posibilidad de optar voluntariamente entre tramitar la controversia por las acciones de ley o por el procedimiento escrito formulario por lo que las leyes Julias simplemente derogaron formalmente el procedimiento verbal de las *legis actiones* y establecieron la obligatoriedad del procedimiento formulario, y otra teoría, que ha ganado adeptos en los últimos decenios, según la cual la *lex Aebutia* habría establecido el procedimiento *per formulas* para la *legis actio per conditionem* y que fue “*la Lex Iulia de Iudiciorum privatorum romanorum la que habría extendido el nuevo proceso escrito a la tramitación del resto de las acciones de ley al propio tiempo que procedía a la derogación formal de estas*”.

30 Gayo Instituciones 4,30: “*Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus*”.

escrito (fórmula). Así, ante el Magistrado, dotado de *imperium*, se ventila el pleito en la primera fase (procedimiento *In Iure*) y la función del magistrado “*se limita aquí a aceptar o rechazar la fórmula aportada por las partes autorizando o no -actionem dare, actionem denegare- la entrada en el iudicium*”³¹. Si el Magistrado autoriza la entrada en el *iudicium* entonces hace suyo el breve escrito presentado por las partes (la fórmula) y pasa dicho escrito, que fija la relación jurídica procesal, al juez para que le sirva de información sobre la materia objeto del litigio. Se entra, así, en la segunda fase (procedimiento *apud iudicem*) y el *iudicium* se sustanciará “*ante el iudex o los iudices, simples particulares, árbitros o jueces populares*” y terminará en la sentencia. La función juzgadora no se basa en el *imperium* del que estos no están asistidos (y que corresponde al Magistrado) sino -dice Iglesias Santos- “*en el officium que tiene su apoyo en el juramento hecho al ser nombrado y por el que prometen fallar de acuerdo con las normas del derecho positivo*”³².

El procedimiento formulario se mantuvo en vigor durante toda la época clásica y no fue formalmente derogado hasta una Constitución de Constantino y Constante de 342 d.C. pero con el tiempo, durante el Imperio, se fue imponiendo la práctica procesal de que los litigios se resolvieran en una sola vía -*extra ordinem*- ante el Magistrado lo que terminó con la división del proceso en las dos fases, *in iure* y *apud iudicem*, que vimos. “*El juez, dice Iglesias Santos*³³- *es ahora funcionario público, órgano de la administración del Estado y ante él se sustancia el pleito en un solo momento procesal*”.

1.2.3 El Derecho Justiniano

Además del “arbitraje legal” (contenido principalmente en la Ley de las XII Tablas³⁴) “*la institución del arbitraje tiene un campo de actuación más natural, como técnica de resolución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes y que recibiría la denominación de arbitraje compromisario*”, que se conformó como un arbitraje de equidad y que tenía un marcado carácter contractual y cuya regulación se

31 IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano...*, ob. cit. pág 206.

32 IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano...*, ob. cit. pág 215.

33 IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano...*, ob. cit. pág 231.

34 A dicha Ley habría los casos a los que se hace referencia en Ciceron *pro Roscio* 4.11 que señala que en caso de reclamación de una deuda indeterminada o de un *incertum* se procedería al nombramiento de un árbitro [«... *aliud est iudicium aliud est arbitrium. Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae...*»].

contiene básicamente en el Digesto 4.8. Como señala De Castro y Bravo³⁵ la construcción jurídica del arbitraje en Derecho Romano “*consta de dos convenios. Por el primero, aquellas partes que entre sí tienen una controversia o litigio [...] se harán mutuas promesas (“cum-promisso facto”) para confiar su decisión a una tercera persona (arbiter)”* pero, puesto que los particulares no podían conferir a otra persona funciones judiciales ni otorgar a su decisión la eficacia de una sentencia, “*esta dificultad se salva ingeniosamente mediante la estipulación de una pena pecuniaria que habría de pagar la parte que no cumpliera lo ordenado por el árbitro a la parte que estaba conforme con la Sentencia arbitral*”. El segundo convenio obliga al árbitro respecto de las partes una vez que haya aceptado el arbitraje (“*arbitrium recipere*”) a ejercer el oficio de árbitro pudiendo el Pretor, para el caso de que no cumpla su cometido, llegar a imponerle una multa (Paulo, D. 4. 8. 32).³⁶

El Derecho Justiniano contiene una regulación detallada y acabada de la institución arbitral comenzando el Digesto (Paulo, D. 4.8.1) por señalar que “*reducese el compromiso a una semejanza de juicio y tiene por objeto terminar los pleitos*” (Paulus, *Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet*).

El arbitraje era de libre aceptación pero, una vez aceptado, debía el árbitro desempeñar el encargo³⁷ siendo un cargo personalísimo³⁸. No podían ser árbitros los jueces sobre los asuntos que les correspondía juzgar³⁹, los que tuvieran enemistad con

35 DE CASTRO Y BRAVO, F.: “El arbitraje...” ob. cit. pág 626 y 627.

36 En igual sentido FERNANDEZ DE BUJAN. A.: *Jurisdicción y Arbitraje...*, ob. cit. pág 222 y ss: “*Formalizado el compromiso, la aceptación del árbitro dirigida a conocer y decidir la controversia se sanciona por el Pretor desde finales del siglo II a.C. mediante un edictum de receptis, de modo que si bien el pretor no puede obligarle a dictar sentencia, sí puede forzarle indirectamente a ello a través de la vía de la multa o el embargo*”.

37 Ulpiano, D.4.8.3.1: “*No obstante, que el pretor no obligue a nadie a aceptar la facultad arbitral porque esta es cosa libre e independiente y puesta fuera de la obligación de su jurisdicción, sin embargo luego que una vez hubiere alguien aceptado el arbitraje juzga el Pretor que la cosa corresponde a su cuidado y solicitud, no tanto porque procure que los pleitos se terminen sino porque no hayan de ser defraudados los que le eligieron como hombre bueno por juez árbitro entre ellos. [...]*” [Tametsi neminem praetor cogat arbitrium recipere, quoniam haec res libera et soluta est et extra necessitatem iurisdictionis posita, attamen ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat: non tantum quod studeat lites finire, verum quoniam non deberet decipi, qui eum quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt...]. Todas las traducciones del Digesto contenidas en este trabajo se han recogido de “*Cuerpo del Derecho Civil Romano, Instituta-Digesto.*” Traductor GARCÍA DEL CORRAL, I. Ed. Jaime Molinas, Barcelona, 1889. Consultado en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=600>.

38 Ulpiano, D.4.8.45: “*La facultad arbitral expresada a favor de una persona en los compromisos no sale de aquella persona*” [In compromissis arbitrium personae insertum personam non egreditur].

39 Ulpiano, D.4.8.9.2: “*Si alguno fuese Juez prohibesele por Ley Julia que admita la facultad arbitral sobre el negocio de que es juez o que mande que a su favor se contraiga el compromiso*” [Si quis iudex sit, arbitrium recipere eius rei, de qua iudex est, inve se compromitti iubere prohibetur lege iulia].

alguna de las partes⁴⁰, los menores de 20 años⁴¹, los esclavos (Ulpiano, D 4.8.7) los pupilos, los locos, los sordos ni los mudos (Ulpiano, D 4.8.9.1). También se prohibía que alguien fuera árbitro sobre asuntos propios⁴².

No podían ser objeto de arbitraje las cuestiones relativas a la libertad o sobre una acción popular⁴³, sobre asuntos futuros,⁴⁴ sobre algún delito infamante o sobre la cosa respecto a la que haya establecida acción pública⁴⁵ y se insistía en que los árbitros sólo podían resolver sobre las cuestiones que las partes les hubieran sometido⁴⁶.

-
- 40 Paulo, D.4.8.32.14: “Cuando uno de los árbitros hubiese aparecido siendo manifiestamente enemigo por otras causas y reconvenido también con las pruebas para que no pronunciase sentencia hubiese perseverado no obstante en pronunciarla sin apremiarle nadie el Emperador Antonino proveyó al libelo de uno que se querelló de esto que podía usar de la excepción de dolo malo. Y el mismo, siendo consultado por un juez ante quien se pedía la pena, respondió por rescripto que aun cuando no puede apelarse habrá de obstar en la petición de la pena la excepción de dolo malo. Así pues, por esta excepción hay cierta especie de apelación, como quiera que se licito revocar la sentencia del árbitro”. [Cum quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifeste apparuisset, testationibus etiam conventus, ne sententiam diceret, nihilo minus nullo cogente dicere perseverasset, libello cuiusdam id querentis imperator antoninus subscripsit posse eum uti doli mali exceptione. et idem, cum a iudice consuleretur, apud quem poena petebatur, rescripsit, etiamsi appellari non potest, doli mali exceptionem in poenae petitione obstaturam. per hanc ergo exceptionem quaedam appellandi species est, cum liceat retractare de sententia arbitri].
- 41 Calístrato, D.4.8.41: “Estando prevenido por la Ley Julia que el menor de veinte años no sea obligado a Juzgar, a nadie es licito elegir como juez compromisario al menor de veinte años[...]” [Cum lege iulia cautum sit, ne minor viginti annis iudicare cogatur, nemini licere minorem viginti annis compromissarium iudicem eligere...].
- 42 Marciano, D.4.8.51: “Si alguno fue nombrado árbitro en negocio propio no puede pronunciar sentencia porque él mismo se mandaría hacer o se prohibiría pedir; y nadie puede mandarse ni prohibirse a sí mismo”. [Si de re sua quis arbiter factus sit, sententiam dicere non potest, quia se facere iubeat aut petere prohibeat: neque autem imperare sibi neque se prohibere quisquam potest].
- 43 Paulo, D.4.8.32.7: “Formalizado compromiso sobre cuestión relativa a la libertad con razón no será compelido el árbitro a pronunciar sentencia porque es privilegio de los que han obtenido la libertad que haya de tener jueces superiores. Lo mismo ha de decirse si la cuestión fuera sobre la condición de ingenuo o la de libertino y si se dijera que se debe la libertad por razón de un fideicomiso. Lo mismo se ha de decir respecto de una acción popular”. [De liberali causa compromisso facto recte non compelletur arbiter sententiam dicere, quia favor libertatis est, ut maiores iudices habere debeat. eadem dicenda sunt, sive de ingenuitate sive de libertinitate quaestio sit et si ex fideicommissi causa libertas deberi dicatur. idem dicendum est in populari actione].
- 44 Paulo, D.4.8.46: “El árbitro puede juzgar de aquellas cosas, cuentas y controversias que desde un principio hubiesen existido entre los que otorgaron el compromiso, no de aquellas que después sobrevinieron”. [De his rebus et rationibus et controversiis iudicare arbiter potest, quae ab initio fuissent inter eos qui compromiserunt, non quae postea supervenerunt].
- 45 Paulo, D.4.8.32.6: “Escribe Juliano sin hacer distinción alguna que si por error se recurrió a un árbitro sobre algún delito famoso o sobre cosa respecto a la que haya establecida acción pública por ejemplo sobre adulterios, sicarios y otras semejantes el Pretor debe vedar que se pronuncie sentencia así como que se de cumplimiento a la dictada”. [Julianus indistincte scribit: si per errorem de famoso delicto ad arbitrum itum est, vel de ea re, de qua publicum iudicium sit constitutum, veluti de adulteriis sicariis et similibus, vetare debet praetor sententiam dicere nec dare dictae executionem].
- 46 Paulo, D.4.8.32.15: “Ha de saberse por los que ejercen el cargo de árbitro que todos sus actos han de emanar del mismo compromiso; porque a ninguno le será licita otra cosa más que la que allí se expresó que pueda hacer. Así pues, no podrá el árbitro resolver cualquier cosa sino respecto de aquella sobre la que versa el compromiso y hasta cuanto alcanza el compromiso”. [De officio arbitri tractantibus sciendum est omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum: nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi ut efficere possit cautum est: non ergo quod libet statuere arbiter poterit nec in qua re libet nisi de qua re compromissum est et quatenus compromissum est] y Paulo, D.4.8.32.21: “El

Una vez aceptado el cargo, el árbitro podía excusarse de su desempeño cuando hubiera sido difamado por los litigantes o hubiera sobrevenido una enemistad capital con uno o todas las partes, por edad, enfermedad que sobrevino después, ocupación de negocios propios o por alcanzar algún cargo público⁴⁷, por hacerse sacerdote⁴⁸, por tener un juicio si no pudiera prorrogarse el día del compromiso⁴⁹ y, en general, si le sobreviniese cualquier otro impedimento después de aceptado el arbitraje y salvo que pudiera prorrogarse⁵⁰.

El árbitro es libre para dictar sentencia⁵¹, pero una vez que la dicta no puede corregirla⁵². En todo caso, como señala el Dig 4.8.21.7: “*los litigantes no deben obedecer si el árbitro hubiese mandado alguna cosa que no fuera honesta*”. Si alguna de las partes no cumple lo acordado en la sentencia arbitral incurre en la pena prevista

árbitro no puede hacer nada que esté fuera del compromiso [...] [Arbiter nihil extra compromissum facere potest...].

47 Ulpiano, D.4.8.15: “*Mas aunque terminantemente diga el Pretor que obligará al árbitro a dictar sentencia sin embargo a veces debe tener en cuenta la razón de aquel y admitir su excusa con conocimiento de causa, por ejemplo si hubiera sido infamado por los litigantes o si hubieren sobrevenido capitales enemistades entre él y los litigantes, o uno de los litigantes o si la edad o una enfermedad que sobrevino después o la ocupación de negocios propios o una urgente marcha o algún cargo de la República le dispensaran de su cometido; y así lo dice Labeón*”. [Licet autem praetor detricte edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum, attamen interdum rationem eius habere debet et excusationem recipere causa cognita: ut puta si fuerit infamatus a litigatoribus, aut si inimicitiae capitales inter eum et litigatores aut alterum ex litigatoribus intercesserint, aut si aetas aut valetudo quae postea contigit id ei munus remittat, aut occupatio negotiorum propriorum vel profectio urgens aut munus aliquod rei publicae: et ita labeo].

48 Paulo, D.4.8.32.4: “*Veremos si haciéndose sacerdote será el árbitro obligado a pronunciar sentencia; porque esto se dispensa no tanto en gracia al honor de las personas sino también a la majestad de Dios a cuyas cosas sagradas conviene que los sacerdotes se dediquen. Pero si después aceptó el arbitraje también este debe, de todos modos, pronunciar sentencia*”. [Sacerdotio obveniente videbimus an cogatur arbiter sententiam dicere: id enim non tantum honori personarum, sed et maiestati dei indulgetur, cuius sacris vacare sacerdotes oportet. ceterum si postea susceperit, iste quoque omnimodo sententiam ferre debet].

49 Paulo, D.4.8.16.1: “*El árbitro debe ser excusado del compromiso por razón del juicio propio que público o privado tiene pero solamente si no puede prorrogarse el día del compromiso [...]*” [Arbiter iudicii sui nomine, quod publicum aut privatum habet, excusatus esse debet a compromisso, utique si dies compromissi proferri non potest.].

50 Paulo, D.4.8.16 pr.: “*Y si le sobreviniese cualquier otro impedimento después de aceptado el arbitraje. Pero en el caso de enfermedad o de otros semejantes es obligado a prorrogarlo con conocimiento de causa*.” [Et si qua alia incommoditas ei post arbitrium susceptum incidat. sed in causa valetudinis similibusve causa cognita differre cogitur].

51 Paulo, D.4.8.19 pr.: “*Mas dice Labeon que no es de la incumbencia del Pretor cual sea la sentencia que pronuncie el árbitro con tal que pronuncie la que le parezca. Y por esto si el compromiso se hizo a favor del árbitro es esta forma para que pronuncie determinada sentencia escribe Juliano en el Libro cuarto del Digesto que es nulo el arbitraje y que no ha de ser obligado a pronunciar sentencia*”. [Qualem autem sententiam dicat arbiter, ad praetorem non pertinere labeo ait, dummodo dicat quod ipsi videtur. et ideo si sic fuit in arbitrium compromissum, ut certam sententiam dicat, nullum esse arbitrium, nec cogendum sententiam dicere iulianus scribit libro quarto digestorum].

52 Gayo, D.4.8.20.: “*Porque el árbitro, aunque hubiere errado al pronunciar, sentencia no puede corregirla*.” [Quia arbiter, etsi erraverit in sententia dicenda, corrigere eam non potest].

en la estipulación⁵³. Igualmente, incurre en dicha pena el litigante que habiendo sometido el litigio a arbitraje lo plantease ante el Juez continuándose el pleito por sus trámites ante el Juez⁵⁴.

Como señala Fernández de Buján⁵⁵ el laudo arbitral no producía efecto de cosa juzgada, ni tenía por sí carácter ejecutivo, salvo en un período de tiempo de nueve años, comprendido entre el 529, Constitución de Justiniano, C.J. 2.55.3, y la fecha de promulgación de la Novela 82.11, y para aquellos supuestos en los que las partes hubieran elegido el árbitro bajo juramento y éste se hubiese comprometido también bajo juramento a dictar una sentencia justa.

1.3 El arbitraje en nuestro derecho histórico: especial referencia al arbitraje en nuestras Partidas

El arbitraje en Derecho Romano justiniano tuvo, como dijimos, un carácter predominantemente contractual. Dicho carácter se mantiene en nuestro Derecho histórico en el Breviario de Alarico que negaba al laudo fuerza ejecutoria y efectos de cosa juzgada⁵⁶ y sólo podría interponerse una *actio ex stipulati* para exigir la pena que las partes hubieran señalado para el incumplimiento de la sentencia arbitral.

En el *Liber Iudiciorum* y en su traducción romance, el Fuero Juzgo, el arbitraje tuvo un carácter predominantemente judicialista y en dicho texto “*se puede advertir el reflejo de la tendencia a considerar al árbitro como una especie de Juez*”⁵⁷ y la

53 Ulpiano, D.4.8.2: “*Se halla establecido que del compromiso no nace excepción sino petición de la pena*”. [*Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem*].

54 Paulo, D.4.8.30.: “*Si alguno dedujese en juicio el asunto sobre el cual se hubiese otorgado el compromiso dicen algunos que no interviene el Pretor para obligar al árbitro a pronunciar sentencia porque ya no puede haber pena, cual si se ha disuelto el compromiso. Pero si esto fuese así resultará que estaría en la facultad del que se arrepintiera de haberse comprometido eludir el compromiso. Por consiguiente, se le habrá de imponer la pena debiéndose continuar el pleito por sus trámites ante el juez*”. [*Si quis rem, de qua compromissum sit, in iudicium deducat, quidam dicunt praetorem non intervenire ad cogendum arbitrum sententiam dicere, quia iam poena non potest esse, atque si solum est compromissum. sed si hoc optinuerit, futurum est, ut in potestate eius, quem paenitet compromisisse, sit compromissum eludere. ergo adversus eum poena committenda est lite apud iudicem suo ordine peragenda.*].

55 FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Jurisdicción y Arbitraje...*, ob. cit. pág 225.

56 Pauli Sententiarum (BA) 5.5.1 “*inter partes...ex compromisso iudex sumtus rem iudicatam non facit...*”citado por MERCHAN ALVAREZ, A.: *El Arbitraje: estudio Histórico- Jurídico*. Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1981 pág 38.

57 DE CASTRO Y BRAVO, F.: “El arbitraje...”. ob. cit. pág. 630.

sentencia arbitral tenía fuerza ejecutiva⁵⁸.

En el Alto Medioevo español, anterior a la Recepción del Derecho Común, las fuentes del Derecho local contienen regulaciones muy heterogéneas. Así señala Merchán Álvarez⁵⁹ que: “*un cierto nivel de técnica jurídica poseen las (regulaciones) de los Fueros de Sepúlveda y Soria. En un grado menor, aunque no dejan de ser regulaciones ubicadas en un párrafo especialmente dedicado a la institución, se encuentran en los fueros de Salamanca, Ledesma y los de la familia Coria-Usagre. Regulaciones muy accidentales y fragmentarias son las de los Fueros de Zamora, Palencia, Brihuega y Fuente de la Alcarria. La regulación del arbitraje del Fuero de Molina de Aragón resulta inextricable y, por último, algunos (como los de la familia Cuenca-Teruel) no mencionan el arbitraje lo que tiene que ver con que la institución del arbitraje no era interesante para el Derecho local*”.

En el Derecho alto-medieval el arbitraje tiene carácter judicial, la sentencia arbitral fuerza ejecutiva y se regula a los árbitros en los Fueros como parte de la organización judicial denominándoles *alcaldes abenidores, iuyz entre mi e ti, alcaldes de conveniencia* etc.

Esta tradición judicialista será heredada en el bajo medioevo español por el Fuero Real, por el Espéculo e incluso por las Partidas, texto este último que representa el apogeo de la Recepción del Derecho común y prescinde de la denominación contenida en el Espéculo de “alcaldes”⁶⁰ por la más romanista de “árbitros” y aunque, como veremos, no concede fuerza ejecutiva a la sentencia arbitral fija el régimen jurídico del arbitraje en la Partida III título IV que lleva por título “*De los juezes e de las cosas que deven fazer e guardar*”. Dada la trascendencia e importancia de este último texto legal, sin duda el más importante de nuestra historia hasta la llegada de nuestro Código Civil⁶¹,

58 Fuero Juzgo Libro II Título I (“De los Iueces e de los que iudgan”) XXV: “*El Rey Don Flavio Rescindo. Que tod omne d quien es dado el poder de iudgar, has nombre iuez. Porque los remedios de los pleytos pueden seer de muchas maneras, establescemos que el duc y el conde, y el vicario é todos los otros iuezes que iudgan por mandado del rey, ó de voluntad de las partes, de qualquier orden que sea el iuez, pues que le es dado de iudgar, é recibió ende el poder, deve aver nombre iuez assí cuerno a poder de iudgar, assí sea dicho iuez, é aya el pro y danno que deve aver iuez, segund cuerno manda la ley*”.

59 Así MERCHAN ALVAREZ, A.: *El arbitraje...*, ob. cit. pág. 21 y 22.

60 En el Espéculo se regula el arbitraje en el Libro IV Título II (De los Alcalles Qui los puede poner E de la cosas que an de fazer e de guardar) en el título y leyes que habla de los Jueces (Adelantados mayores, menores etc) denominándoles “alcaldes de avenencia”.

61 Decía DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*. Ed. Civitas. Madrid, 1984, pág 143 que

me detendré en la regulación que hizo de la institución del arbitraje.

Las Partidas⁶² diferencian entre árbitro, para referirse al árbitro de derecho, y arbitrador para referirse a aquel que no ha de sujetarse a la forma de proceder y de decidir según derecho⁶³ matización obra de los juristas medievales que relajaron el rigor del *arbiter* del Derecho Romano justiniano creando el arbitrador o *amicalis compositor*⁶⁴. En cuanto a la materia susceptible de arbitraje, la P III. 4. 24 establecía que “*en mano de avenidores puede seer metido todo pleyto sobre qual cosa quier que sea*” si bien se establecían excepciones y, así, no podían ser objeto de arbitraje ciertas causas penales⁶⁵, las causas relativas al estado de libertad o servidumbre; las causas que tienen por objeto bienes comunales, las causas matrimoniales⁶⁶ ni nadie podía, en

“*en nuestra historia no hay ninguna obra jurídica hasta el Código Civil que pueda comparársele en significado jurídico y nacional*”. En el mismo sentido, señalaba PÉREZ PRENDES, J.M.: *Curso de Historia del Derecho Español*. Sección de Publicaciones UCM 1984 pág 688 que con las Siete Partidas se designa “*la obra más famosa probablemente de la Historia del Derecho español*”.

62 Las Siete Partidas se redactaron en Castilla, reinando Alfonso X (1252-1284), con el objetivo de alcanzar una cierta uniformidad jurídica del Reino. Su nombre original era Libro de las Leyes, y hacia el siglo XIV recibió su actual denominación por las secciones en está dividido. En cuanto a su vigencia, ante la resistencia especialmente de la nobleza castellana, las Siete Partidas se aplicaron, tras las Cortes de Zamora de 1274, sólo a los pleitos del rey, es decir, a los casos reservados al exclusivo conocimiento de la Corte Real, mientras que los demás se resolvían conforme al derecho foral (los pleitos foreros). Por ello, en la práctica habría quedado como una obra doctrinal hasta su “*promulgación tardía*” de 1348, llevada a cabo por Alfonso XI en el Ordenamiento de Alcalá al reconocer a las Partidas como derecho supletorio. Esta obra está dividida (de acuerdo con las interpretaciones bíblico-cabalísticas de la época que atribuían al número 7 una virtud especial) en siete partes o libros llamados *partidas*, las cuales comienzan con una letra del nombre del rey sabio, componiendo un acróstico (A-L-F-O-N-S-O). Cada partida se divide en *títulos*, y éstos en *leyes*. En cuanto al arbitraje su regulación principal se encuentra en la Tercera partida. Las Siete Partidas pueden consultarse en Internet p.e. en <http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T2.pdf>.

63 P III, 4, 23. “*Arbitros en latín tanto quiere decir en romance como jueces avenidores que son escogidos et puestos de las partes para librar la contienda que es entre ellos; et estos son en dos maneras: la una es quando los homes ponen sus pleytos et sus contiendas en mano dellos que los oyan et los libren segund derecho; entonce decimos que tales avenidores como estos desde rescibieren et otorgaren de librarlos asi, que deben andar adelante por el pleyto tambien como si fuesen jueces ordinarios faciéndolos comenzar ante si por demanda et por respuesta, et oyendo et rescibiendo las pruebas, et las defensiones et las razones que ponen cada una de las partes; et sobre todo deben dar su juicio afinado segund entendieren que lo deben facer de derecho. La otra manera de jueces de avenencia es a que llaman en latín **arbitradores**, que quiere tanto decir como alvedriadores et comunales amigos que son escogidos por placer de amas las partes para avenir et librar las contiendas que hobieren entre si en qualquier manera que ellos tovieren por bien [...]*”.

64 Así MERCHAN ALVAREZ, A.: *El arbitraje...*, ob. cit. pág. 70 y 71. con cita de Ziegler y Bader .

65 Señalaba el Fuero Real (FR I.7.4) que: “*Todos los pleitos que acaescieren tambien de justicia como de otras cosas, judguenlos los alcalles que fueren puestos por el rey, o los que pusieren los alcalles en su logar, asi como manda la ley, mas los alcalles que fueren puestos por avenencia de las partes non judguen ningun pleito de justicia*”. Los “*pleitos de justicia*” serían los juicios sobre delitos que lleva aparejadas penas que para imponerlas es necesario tener el *merum imperium* porque son penas que satisfacen la vindicta publica (MERCHAN ALVAREZ, A.: *El arbitraje...*, ob. cit. pág. 133).

66 P III, 4, 24. *En mano de avenidores puede seer metido todo pleyto para librarlo sobre qual cosa quier que sea, fueras ende pleyto en que cayese justicia de muerte de home, ó de perdimiento de miembro, ó de otro escarmiento ó de echamiento de tierra, ó que fuese en razon de servidumbre de home ó de libertat dél, ó que fuese sobre cosas que pertenesciesen á pro comunal de algunt logar ó de todo el regno [...]* *Otrosi decimos que contienda ó pleyto que nasciese sobre casamiento de algunos non se*

principio⁶⁷, y recogiendo la regulación del D.4.8.51 ya citado, ser árbitro de un pleito en el que tuviera un interés porque nadie puede ser “*judgador de su pleyto mismo*”.

Señala Merchán Álvarez que en las Partidas a los árbitros se les aplicó el régimen de incapacidades de los jueces ordinarios y así no podían serlo los locos, furiosos, mentecatos, sordos, mudos, ciegos ni el siervo (P III,4,4) ni los menores de 14 años (P III,4,5⁶⁸). Tampoco podrían las mujeres ser árbitros de derecho pero sí arbitradoras⁶⁹.

Por contra, los clérigos podían en nuestras Partidas ser árbitros lo que encuentra su justificación histórica en la “*episcopalis audientia*” ejercida por el Obispo que, con fundamento bíblico⁷⁰, se remonta al Derecho romano postclásico, se recogió en el Breviario de Alarico y continuó a lo largo de la época visigoda.

En las Partidas (P III, 4, 24 *in fine*), el juez ordinario no puede ser árbitro de derecho del pleito del que está conociendo como juez pero (frente a lo dispuesto en el D 4.8.9.2.2) sí podía ser arbitrador; si bien en el Derecho posterior se volvió a la regla general, no exenta de alguna excepción, de prohibición del juez de ser árbitro de derecho y arbitrador⁷¹.

En cuanto a la capacidad necesaria para someter un litigio a arbitraje⁷², nuestra Ley de Partidas establece como regla general (P III,4, 25) que sería válido si podían por sí comparecer en juicio⁷³ previéndose que si el menor sujeto a curatela sometía, sin permiso del curador, un litigio a arbitraje no estaba obligado a cumplir la sentencia

podrie meter en mano de avenidores(...).

67 Aunque se admite la excepción del injuriado que es nombrado avenidor por el injuriante para que sentencie sobre la injuria en cuyo caso vale la sentencia arbitral siempre que fuera mesurada y con razón (P III,4,24). Según MERCHAN ALVAREZ, A.: *El arbitraje...*, ob. cit. pág. 98 este avenidor era un árbitro de equidad y, por otro lado, se consideró por la mayoría de autores, vgr Gregorio López, a la excepción un simple ejemplo por lo que uno podría ser avenidor sobre cualquier asunto propio.

68 En el Espéculo la edad, siguiendo el Digesto, se fijó en 20 años y se prohibió arbitrar a los siervos, locos o sordo que no oye nada. Espéculo IV, 2, 2.

69 Así MERCHAN ALVAREZ, A.: *El arbitraje...*, ob. cit. pág 80 y 81.

70 Carta de San Pablo a los Corintios I.6:1: “¿Cómo es posible que cuando uno de ustedes tiene algún conflicto con otro, se atreve a reclamar justicia a los injustos, en lugar de someterse al juicio de los santos?” y Corintios I.6:5: “Lo digo para avergonzarlos: ¡por lo visto, no hay entre ustedes ni siquiera un hombre sensato, que sea capaz de servir de árbitro entre sus hermanos!”.

71 Así MERCHAN ALVAREZ, A. *El arbitraje...*, ob. cit. pág. 93 y 94.

72 Según las Leyes de Toro de 1505 la mujer casada no podía comprometerse sin licencia del marido o juez (Ley 55, 56 y 57 de Toro).

73 P III, 4, 25: “*Metiendo las partes sus pleytos en mano de avenidores pueden ir adelante por ellos, si fueren de aquellas personas que por si pueden estar en juicio delante el judgador ordinario[...]*”.

arbitral pero, si no estaba sujeto a curatela, sí contraía dicha obligación salvo que hubiese dolo en el pleito o que el menor sufriese perjuicio por defecto suyo, o de abogado, o, por último, cuando la sentencia arbitral le causó grave daño⁷⁴.

En las Partidas, el arbitraje era, como en Derecho Romano justiniano, un cargo de aceptación voluntaria⁷⁵ y se preveía como causa de recusación del árbitro ya nombrado la enemistad y la sospecha de soborno⁷⁶. No obstante, una vez aceptado el arbitraje por el árbitro, este venía obligado a realizar el arbitraje (P III, 4, 29 “*otrosí después que lo hobieren rescebido son tenudos de librarlos maguer non quieran*”) trabajando para avenir a las partes y juzgándolos y librándolos de manera que finalicen en paz⁷⁷ si bien, como contraprestación, tenía derecho a una retribución⁷⁸.

Las Partidas exigían la forma escrita, pública o privada, para constituir el arbitraje (“carta de compromiso”)⁷⁹ si bien según Gregorio López la escritura no sería una forma *ad solemnitatem* sino *ad probationem*⁸⁰. En todo caso, el principio espiritualista de libertad de forma contenido en el Ordenamiento de Alcalá de 1348 que fijó el principio básico de nuestro Derecho, de que “*de cualquier manera que un hombre quiera*

74 P III, 4, 25: “[...] *mas si fuesen de las otras á quien es defendido, non lo pueden facer. Et por ende decimos que si alguno que fuese menor de veinte et cinco años metiese su pleyto en mano de avenidores sin mandado et sin otorgamiento de su guardador, maguer dé fiadores que estará por quanto los avenidores mandaren, si despues que la sentencia diesen contra él non la quisiere haber por firme, puédelo facer et non caerá por ende en pena ninguna: empero los fiadores que dió son tenudos de pechar la pena á que se obligaron, si el huérfano non quisiere estar por el juicio seyendo mayor de catorce años. Mas si el huérfano seyendo mayor de catorce años metiese su pleyto en mano de avenidores, et non hobiese entonce guardador, decimos que conviene que esté por lo que los avenidores mandaren et que lo haya por firme, et si non caerá por ende en la pena á que se obligó, fueras ende si pudiere probar quel ficiere algun engaño en el pleyto, ó que se le empeorara por mengua dél ó de su abogado, ó que á grant su daño judgaran contra él [...]*”.

75 P III, 4, 29: “*De su grado et sin ninguna premia resciben en su mano los jueces de avenencia los pleytos et las contiendas de los homes para librarlas: et bien asi como es en poder dellos quando los escogen de non tomar este oiicio si non quisieren, otrosí despues que lo hobieren- rescebido son tenudos de librarlos maguer non quieran*”.

76 P III, 4, 31: “*Enemistat es cosa de que todos se deben rezelar; et por ende quando alguno de los avenidores se descubriese por enemigo de alguna de las partes después quel pleyto fuese metido en su mano, puedel et debel afrontar ante homes buenos que non se trabaje de ir adelante por aquel pleyto. [...]. Eso mismo decimos que debe facer la parte que hobiere sospecha de los avenidores por prescio ó por don que dice que la otra parte les ha dado o prometido [...]*”.

77 P III, 4, 26: “*et por ende decimos que quando algunos meten sus pleytos en mano de avenidores, que aquellos que los resaben mucho se deben trabajar de los avenir judgándolos et librándolos de manera que finquen en paz [...]*”.

78 Así MERCHAN ALVAREZ, A.: *El arbitraje...*, ob. cit. pág. 120

79 P III, 4, 23 in fine: “*Et de todas estas cosas que las partes posieren entre si quando el pleyto meten en mano de avenidores, debe ende seer fecha carta por mano de escribano público, ó otra que sea seellada de sus seellos porque non pueda hi nascer despues ninguna dubda*”.

80 Gregorio López, glosa número 21 a P III, 4, 23. Puede consultarse en Internet dicha glosa en http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01383875377026421314802/032354_0054.pdf y en http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01383875377026421314802/032354_0055.pdf.

obligarse queda obligado” y la *“promulgación tardía”* de las Partidas que se atribuye a dicho Ordenamiento, y al que hicimos referencia, hace que la forma escrita contenida en las Partidas para constituir el arbitraje sin duda se relajara.

Constituido el arbitraje, el procedimiento de los árbitros de derecho se sujetaba a las normas procesales de los jueces ordinarios debiendo comenzar el pleito por demanda, continuando por una contestación a la misma a la que seguía una fase probatoria; por contra los arbitradores (árbitros de equidad) simplemente debían *“oyr las razones de ambas las partes e de averirlas en qual manera quisieren”* siempre que actúen de *“buena fe, e sin engaño”* (así P III, 4, 23)⁸¹. En todo caso, con carácter previo, el árbitro debía comprobar que era competente para arbitrar (PIII, 4, 26 *“deben primeramente catar quel pleyto que quieren meter en su mano sea de tal natura que se pueda librar por jueces de avenencia”*) y podía dejarse asesorar *“con homes buenos quando alguna dubda les acaesciere en los pleytos que han de librar”* (P III, 4, 26).

En cuanto a lo que hoy denominamos laudo arbitral, las Partidas, siguiendo la tradición justiniana, lo denominan sentencia regulando un procedimiento para que el Juez ordinario, a instancia de parte, pudiera apremiar al árbitro para que dictase sentencia si no lo quisieren hacer una vez aceptado el arbitraje (así P III, 4, 29). En este sentido, como regla general, y sin perjuicio de regular supuestos de prórroga, el árbitro debía dictar sentencia en el plazo señalado en la Carta de compromiso y, si nada fijase dicha Carta, a la mayor brevedad posible y, en todo caso, en un plazo que no supere los 3 años (P III, 4, 27).

Asimismo, se fijaron en las Partidas razones, similares a las contenidas en el Digesto, que excusaba al árbitro de su obligación de sentenciar (P III, 4, 30) entre las que destacan cuando las partes ponen el pleito en manos del juez ordinario o en manos de otro árbitro o cuando una de las partes somete el litigio, aun contra la voluntad de la otra parte, al juez ordinario si bien, en ese caso, dicha parte debería abonar la pena fijada en la carta de compromiso; cuando las partes o alguna de ellas *“denostare o maltratare a los avenidores”*; cuando por enfermedad o asunto propios no pueda atender su cargo etc. Asimismo, se regula la figura del *“tercero en discordia”* señalando que si los

81 Señala MERCHAN ALVAREZ, A.: *El arbitraje...*, ob. cit. pág 176 que existía una tercera forma de proceder mixta cuando la carta de compromiso ordenaba el proceso y los jueces avenidores tenían la doble calidad de árbitros y arbitradores.

avenidores fuesen pares y no llegaren a un acuerdo sobre el contenido de la sentencia “*deben los jueces ordinarios apremiar también á las partes como á los avenidores que tomen un home bono que sea comunal en querer el derecho para amas las partes,*” (PIII, 4, 29) y ello frente a la regulación del Fuero Real (FR II, 13, 4) y Espéculo (Esp V, 13, 17) que señalaban que dicha situación de conflicto entre los avenidores determinaba la invalidez del arbitraje.

La sentencia no podría, so pena de nulidad, ser contraria a la ley, la naturaleza, buenas costumbres, ni ser de imposible cumplimiento ni dada por engaño, pruebas falsas o por soborno⁸² si bien los árbitros de derecho debían resolver con arreglo a derecho mientras que los arbitradores podían fallar sin sujeción estricta a la ley siempre que actuasen de buena fe y sin engaño. En todo caso, señalaba Gregorio López⁸³, que la sentencias de los árbitros de derecho debían constar por escrito (“carta de sentencia”), requisito de escritura que no se exigía para las sentencias de los arbitradores que podrían probarse, en su caso, por testigos.

En cuanto a la eficacia de la sentencia arbitral, las Partidas, siguiendo el Derecho Romano justiniano, negaron a la misma fuerza ejecutiva y así, si la Carta de compromiso fijó una pena, la parte que no quisiera pasar por dicha sentencia debía abonarla y, si no se hubiese fijado pena, las partes no estaban obligados a cumplir la sentencia salvo que aceptasen la misma expresa o tácitamente (no contradiciéndola durante diez días desde que se dictó)⁸⁴ o que las partes hubiesen hecho constar en la Carta de compromiso que el pago de la pena comprometida no liberaba del cumplimiento de la sentencia⁸⁵.

82 P III,4,34: “*si el mandamiento ó el juicio de los avenidores fuese contra nuestra ley, ó contra natura, ó contra buenas costumbres, ó fuese tan desaguisado que non se pudiese complir, ó si fuese dado por engaño d por falsas pruebas, d por dineros, ó sobre cosa que las partes non hobiesen metido en mano de los avenidores, por quaiquier destas razones que fuese averiguada non valdrie lo que asi mandasen, nin la parte que así non lo quisiese obedescer caerie por ende en pena.*”

83 Gregorio López glosa núm. 21 a P III,4, 23. Véase *supra* nota número 80.

84 PIII, 4, 23: “*...Et sobre todo deben prometer de guardar et de obedescer el mandamiento ó los juicios que los avenidores ficieren sobre aquel pleyto so cierta pena que peche la parte que non quisiere estar por ello á la otra que obedesciere el mandamiento de los avenidores: ca si pena hi non fuese puesta non serien tenudas las partes de obedescer el mandamiento nin el juicio que diesen entre ellas, fueras ende si callasen et non lo contradixiesen desde el dia que fuese dada la sentencia fasta diez dias; ca entonce maguer non fuese hi puesta pena, tenudas serien las partes de guardar el juicio que asi fuese dado, segunt que adelante mostraremos.*”

85 Así resulta, dice MERCHAN ALVAREZ, A. ob. cit. pág 219 del Doctrinal de Jacobo de las Leyes.

Señala De Castro⁸⁶ que: “en el derecho castellano la primera manifestación conocida de que los laudos arbitrales habrían de tener fuerza ejecutiva por sí mismos se encuentra en una Ley de Enrique IV, en Madrid 1458” pero, dado que la misma ofrece dudas sobre si se refiere a todas las sentencias arbitrales o sólo a determinados laudos, la primera manifestación indubitada de que las sentencias arbitrales tuvieran por sí y en todo caso (ya fueran dictadas por árbitros o arbitradores) fuerza ejecutiva⁸⁷ se debe a las Ordenanzas de Madrid de 1502 y ciertas disposiciones de las Cortes de Toledo de 1529⁸⁸. Dichas leyes, al ser recogidas en la Nueva y Novísima Recopilación, alcanzaron amplia autoridad por lo que se aplicaron no sólo en Castilla sino también- señala De Castro⁸⁹- en los otros Reinos españoles y se mantuvo durante casi tres siglos hasta que el artículo 281 Constitución de Cádiz mitigó la fuerza ejecutiva que la Ley de Madrid concedió a la sentencia arbitral al señalar que: “la sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubiesen reservado el derecho a a apelar”⁹⁰.

En las Partidas, una vez dictada sentencia, los jueces de avenencia podían señalar un plazo para cumplirla y, si no lo fijaban, debía cumplirse en el plazo de tres meses (P III,4,33). Una vez que la sentencia dictada por los jueces de avenencia era firme “si alguna de las partes pidiese después al juez ordinario del logar que la ficiese cumplir, débelo facer también como si fuese dada por otro juez de aquellos que han poder de oír et de librar todos los pleytos” (P III, 4, 35).

86 DE CASTRO Y BRAVO, F.: “El arbitraje...”. ob. cit. pág. 636.

87 Ley de Madrid: «Porque acaesce que las partes... acuerdan de poner y comprometer los tales pleytos y contiendas en manos de jueces árbitros iuris... o de jueces amigos, árbitros arbitradores, y prometen de estar por la sentencia que dieren, y de no reclamar della so cierta pena; y los jueces árbitros, y jueces arbitradores, usando la facultad que les fue dada, dentro del término que les fue dado, y sobre aquellas cosas sobre que fue comprometido, dan sentencia, ...mandamos, que luego que la tal sentencia arbitraria fuese dada de que la parte pidiere ejecución, se ejecute libremente...».

88 Contenidas en la Nueva Recopilación IV, 21, 4 y Novísima Recopilación XI, 17,4.

89 DE CASTRO Y BRAVO, F.: “El arbitraje...”, ob. cit. pág 637.

90 Especialmente relevante es, en este sentido, la Sentencia arbitral de Guadalupe dictada por Fernando el Católico el 21 de abril de 1486 que dio solución al problema existente en el Reino de Aragón -señaladamente en Cataluña- entre los señores feudales y los campesinos (pageses de remensa) poniendo fin, aunque matizadamente, a los malos usos señoriales. En todo caso, señala DE MONTAGUT ESTRAGUES, T.: “La Sentència Arbitral de Catalunya de 1486” en *L’Avenç* (núm. 93). Barcelona, 1986, pág 54 a 60 que el Rey trató de buscar el consentimiento de las partes en su nombramiento como árbitro y en la delimitación de las cuestiones controvertidas que debería resolver pero, a pesar del título de arbitral que tiene la sentencia de Guadalupe, se aparta de los moldes ordinarios por su carácter híbrido, ya que, a diferencia de otras sentencias arbitrales (como por ejemplo la del 5-XI-1481), no fue promulgada exclusivamente en virtud del poder atribuido por las partes (campesinos y señores) sino que el Rey hace constar, además que procede a dictarla «.. como Rey, y Señor, por la suprema potestad que nos tenemos, y de la que debemos, podemos, y son tenidos, y queremos usar ..».

Por último, las Partidas señalan como principio general la inapelabilidad de la sentencia arbitral⁹¹ pero contienen dos excepciones:

1. **La reducción a albedrío de buen varón** Si una de las partes se consideraba agraviada por la sentencia podía apelarla en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de la misma. De dicho recurso debían conocer hombres buenos elegidos por el juez ordinario del lugar (P III, 4, 23) aunque en la práctica conocían directamente los jueces.
2. **Impugnación de arbitraje por causa de nulidad** Cuando el arbitraje adolecía, como acto jurídico, de algún defecto esencial que impedía que existiera un verdadero juicio arbitral (p.e. sentencia dictada por arbitro incapaz o sobre materia no susceptible de arbitraje etc) podía interponerse un recurso ante el Juez del lugar donde se dictó la sentencia arbitral.

El principio general de la inapelabilidad de la sentencia arbitral que contenía las Partidas fue derogado por la Ley de Madrid a principios del Siglo XVI, que estableció como regla general la apelabilidad de la sentencia de los árbitros de derecho y arbitradores. Teóricamente, el fundamento de dicha inversión era tratar de dar una regulación precisa a la práctica *contra legem* que se estaba produciendo de apelar las sentencias arbitrales y así, al tiempo que establece el principio general de apelabilidad de las mismas, como vimos, dispone la fuerza ejecutiva de la sentencia arbitral siempre que una parte lo pida y otorgue fianza suficiente para el caso de revocación de la sentencia arbitral. A partir de dicha Ley de Madrid dice Merchán Álvarez⁹²: *“la institución del arbitraje entra en una situación crítica, que heredan casi todos los cuerpos normativos que posteriormente la regulan, pues el arbitraje como*

91 Señalan P III, 23, 17: *“Otro sí dezimos, que quando los Juezes de auenencia dan su juyzio contra alguna de las partes que metieron el pleyto en su mano, que non se puede alzar dellos la parte que se touiere por agraviada “ y en PIII, 4, 35:” ... Despáganse á las veces algunas de las partes del juicio que dan los judgadores de auenencia contra ellas, et alzáanse cuidando que lo pueden facer: et por ende decimos que ninguno non puede tomaralzada del juicio destos, mas quien non se pagare del peche la pena que fue puesta et despues non será tenuto de obedescerlo. Et si por aventura pena non fue hi puesta á la sazón que fueron escogidos los auenidores, entonce decimos que quien non se pagare del juicio dellos, que lo debe luego decir et non será tenuto después de obedescerlo. Mas si lo toviesen las partes por bueno diciendo quando habien judgado que se pagaban del juicio, ó escribiendo por sus manos la carta de la sentencia que la confirmaban, ó si se callasen fasta diez días despues que fuese dada que la non contradixiesen, tal sentencia como esta debe valer: et si alguna de las partes pidiese después al juez ordinario del logar que la ficiese complir; débelo facer tambien como si fuese dada por otro juez de aquellos que han poder de oir et de librar todos los pleytos”.*

92 Así MERCHAN ALVAREZ, A.: *El arbitraje...*, ob. cit. pág. 268.

manifestación de justicia administrada por los particulares pierde su autentica naturaleza como institución, aparte de las consecuencias tan importantes que, en el principio de economía procesal, habría de tener la posibilidad de apelar las sentencias arbitrales”.

El artículo 281 de la Constitución de Cádiz de 1812 mitigó la fuerza ejecutiva que la Ley de Madrid concedió a la sentencia arbitral al señalar que *“la sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubiesen reservado el derecho a apelar”* por lo que, frente a lo dispuesto por la Ley de Madrid, la interposición del recurso de apelación suspendía la ejecución de la sentencia arbitral pero al mismo tiempo, según la doctrina mayoritaria, dicho recurso de apelación ya sólo procedía cuando las partes se hubieren reservado en el compromiso el derecho de apelar frente al principio de apelabilidad general que había fijado la Ley de Madrid.

En el Siglo XIX, nuestra primera Constitución reconoce el arbitraje con rango constitucional (art. 280 y 281 Constitución de Cádiz) porque entendía, en palabras del Discurso preliminar leído en las Cortes, al presentar el Proyecto de Constitución, que: *“el derecho que tiene todo individuo de una sociedad de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros está fundada en el incontrastable principio de la libertad natural”*. Posteriormente, ya en sede legal y en el marco del movimiento codificador, el Código de Comercio de 1829 se refiere a una figura especial de jueces avenidores (artículos 1206-1208) en el libro final *“de la Administración de Justicia en los negocios de comercio”* regulándose igualmente el arbitraje en la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 24 de julio de 1830 (artículos 252 y ss). Sin embargo, el Código de 1829 y su Ley procesal producirán una grave perturbación en el arbitraje al aludir, siguiendo a las Ordenanzas de Bilbao de 1737, al arbitraje forzoso interrumpiendo así *“la larguísima tradición de considerar al arbitraje un instituto basado en la autonomía de la voluntad”*⁹³.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se regula el arbitraje en su primera parte “Jurisdicción contenciosa” que contiene la regulación en el título XV “Del Juicio arbitral” (art 770-818) y el título XVI “Del juicio de amigables componedores” (art 819-836). Con ocasión de esta Ley se llegó a decir que:

93 MERINO MERCHAN, J.F. y CHILLON MEDINA, J.M.: *Tratado...*, ob. cit. pág 114.

“En esa libertad tan grande, tan ilimitada, consiste una de las principales garantías del individuo: elegir el juez que nos ha de juzgar es lo mismo que constituirnos a nosotros mismos como verdaderamente soberanos, pudiendo decir si somos condenados: esa condena es por boca nuestra, nadie sino nosotros la hemos dictado, toda vez que el que la pronuncia ha recibido de nosotros mismos la investidura”⁹⁴.

1.4 Antecedentes recientes del arbitraje: la LEC 1881 y las leyes de arbitraje de 1953 y 1988.

1.4.1 El arbitraje en la LEC 1881.

Señala Vázquez Sotelo⁹⁵, que: *“la recepción del arbitraje en las dos leyes de enjuiciamiento civil del SXIX se hizo bajo el planteamiento de concebir el procedimiento arbitral como un juicio, uno más en el bosque de procedimientos judiciales[...]”* resolviendo los árbitros bien con arreglo a derecho -árbitros de derecho- o bien con arreglo a *“la verdad sabida y buena fe guardada y sin sujetarse a las fórmulas ni a las leyes en su tramitación”* -arbitradores.

La LEC 1881 incluyó, así, el arbitraje dentro de su Libro II destinado a la jurisdicción contenciosa como un verdadero juicio (artículo 790 a 836) *“sólo que emitido no por un juez del Estado sino por un arbitro como juez elegido por las partes para resolver la contienda pendiente”*, consolidando la concepción judicial del arbitraje manifestada en el hecho de que la decisión del árbitro de derecho se denominaba sentencia arbitral y no laudo (art 816 LEC) y que el procedimiento arbitral reproducía el esquema del procedimiento declarativo (art 809 a 816).

La concepción judicial del arbitraje de la LEC 1881 parecía reflejar un arbitraje vigoroso y extensamente difundido pero, como señala Vázquez Sotelo, en la práctica *“el arbitraje puede decirse que fue una “bella durmiente” en el frondosísimo bosque de*

94 NOGUÉS, Tratado de Práctica Forense Novísima según la LEC de 5 de octubre de 1855, Madrid, 1856, II pág 239 cit. por De Castro y Bravo, F.: “El arbitraje...”, ob. cit., pág 644.

95 VAZQUEZ SOTELO, J.L.: “Arbitraje y Proceso Judicial. Interferencias entre el arbitraje y el proceso judicial”. en *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, Primera Edición, México pág 250. Consultado en Internet en agosto de 2012: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/745/17.pdf>.

procedimientos judiciales civiles”⁹⁶ de la LEC. Por otro lado, el CC en su redacción originaria contenía una muy escueta regulación de los compromisos (art. 1820 y 1821⁹⁷).

1.4.2 La Ley de 22 de diciembre de 1953 de Arbitrajes de Derecho Privado

La Ley de 22 de diciembre de 1953 de Arbitrajes de Derecho Privado sustituyó la visión jurisdiccional del arbitraje por una visión contractualista del mismo inspirada por el profesor Guasp⁹⁸. Ahora los árbitros no eran considerados jueces; el laudo no era una sentencia y el procedimiento arbitral no era un proceso jurisdiccional.

Comenzaba la EM de dicha Ley diciendo: *“Acaso ninguna Institución de las que encierra el ordenamiento jurídico de un país revele, con más hondo significado, el sentido que el derecho ocupa en su vida social como la institución del arbitraje. Y tenía razón, pero en un sentido diametralmente distinto del pretendido, porque dicha Ley reflejaba perfectamente el momento socio-político de autarquía que se estaba viviendo.*

Así se ha dicho que *“la Ley de 1953 estuvo marcada por un sentido autárquico en la concepción del arbitraje internacional y excesivamente ceñido al aspecto contractualista que, junto a toda una serie de deficiencias técnicas oportunamente señaladas por la doctrina, habían hecho de esta Ley de arbitraje, una Ley contra el arbitraje”*⁹⁹. Aparte de excluir los arbitrajes internacionales y negar sistemáticamente, en su aplicación práctica por nuestros Tribunales, el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros alegando, para ello, razones de orden público¹⁰⁰, la Ley de 1953

96 VAZQUEZ SOTELO, J.L.: “Arbitraje...”, ob. cit. pág. 253.

97 Disponían dichos artículos, derogados por la Ley 36/88, de 5-12, que: *“Las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas”* (art 1820) y que *“Lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones es aplicable a los compromisos”* (art.1821).

98 Así señalaba el artículo 5 de la Ley 1953 que: *“El arbitraje se establecerá siempre por contrato y en forma de escritura pública, salvo que se instituya por disposición testamentaria...”*.

99 CHILLON MEDINA, J.M.: *Métodos alternativos de solución de conflictos: Perspectiva multidisciplinar* Ed. Dykinson. Servicio de publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, 2006, Dir GONZALO QUIROGA, M. pág 250.

100 FERNANDEZ ROZAS, J.C.: “La situación actual de arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986. Consultado en Internet: <http://eprints.ucm.es/7740> pág. 6. Así, señala dicho autor que: *“desde 1930, año en que entra en vigor en España el régimen ginebrino, hasta 1975, de 17 Autos del TS sólo cuatro de ellos ejecutaron el*

prohibió el arbitraje institucional¹⁰¹, lo que supuso un freno a la expansión de la institución arbitral¹⁰². Por otro lado, la necesidad de formalización judicial del compromiso en caso de que, existiendo un contrato preliminar de arbitraje, hubiese una negativa a verificar los actos necesarios para que el arbitraje pudiera tener efecto (art 9 y 10) o en el caso de que el compromiso se hubiera otorgado en documento privado y una de las partes se negare a elevarlo a público (art 16); la prohibición de que el compromiso recayera sobre asuntos futuros (art 15.2); la necesidad de escritura pública para el arbitraje (art 5) y la exigencia de protocolización notarial del laudo (art 27.6 para los arbitrajes de derecho y 29.3 para el de equidad) lastraron la implantación y desarrollo de este sistema alternativo de resolución de conflictos en nuestra Patria, por lo que fue necesario esperar más de 30 años para que la institución arbitral sufriera un impulso de la mano de la Ley de 1988.

1.4.3 La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

Sentida como unánime la necesidad de reformar la Ley de Arbitraje, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, derogó la Ley de 1953 (Disposición Derogatoria 1ª de la L 36/88) y permaneció en vigor hasta el 26 de marzo de 2004, fecha en la que fue sustituida por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. La Ley de 1988 tuvo innumerables aciertos y avances respecto de la legislación precedente: así, superó la concepción contractualista de la Legislación anterior “y se hizo eco de las doctrinas eclécticas mayoritarias que conciben el arbitraje como un contrato en su origen pero como un proceso en su desarrollo”¹⁰³; eliminó la distinción entre contrato preliminar de

laudo extranjero y, en casi todos ellos, estaban en juego la cláusula compromisoria.”

101 Artículo 22 Ley de 1953: “Los árbitros habrán de ser designados, en todo caso, de común acuerdo. No será válido el pacto de deferir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de ellos”.

102 Así, señala FERNANDEZ ROZAS, J.C.: “La situación actual...” ob. cit. pág 5 que: “Con independencia de que la Ley de 1953 supusiera un cierto avance en relación con la situación anterior (la de los derogados arts. 790 a 839 LEC), al regular el arbitraje con un carácter sistemático y al evitar la asincronía entre los preceptos del Cc con los de la LEC, es evidente que nació con un doble condicionamiento negativo para la institución arbitral. De un lado, reforzó, como consecuencia de la situación autoritaria imperante en la época, el monopolio de la jurisdicción ordinaria; la manifestación más importante fue la de limitar en ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes impidiendo categóricamente el arbitraje de carácter institucional (art. 22). De otro lado, evitó referirse expresamente al arbitraje comercial internacional, lo cual, si lógico en un período de autarquía económica, donde la ausencia de relaciones con el exterior era la nota dominante, contrastaba con los compromisos internacionales contraídos por nuestro país”.

103 MUNNE CATARINA, F.: *El arbitraje en la Ley 60/2003. Una visión práctica para la gestión eficaz de los conflictos*. Ed. Ediciones Experiencias SL. Barcelona. 2004. pág 19.

arbitraje y compromiso, que realizaba la Ley de 1953; permitió que el arbitraje tuviera por objeto cuestiones futuras; estableció el principio de libertad formal en el convenio arbitral y, sobre todo, permitió el arbitraje institucional, prohibido por la Ley de 1953, permitiendo que las partes encomendaran a un tercero el nombramiento de los árbitros (art 9.2 L 36/88) e incluso, la organización del sistema arbitral.

Pero tuvo también sus sombras. Así, en defecto de pacto, el arbitraje era de equidad (art 4.2 Ley 36/88¹⁰⁴) y tres el número de árbitros; mantuvo -en línea con la Ley de 1953- que no podían ser objeto de arbitraje las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición (art 1b Ley 36/88); reguló de una manera incompleta e inadecuada el arbitraje internacional¹⁰⁵ o, sin pretensiones de realizar una crítica exhaustiva, atribuyó a las Audiencias Provinciales la competencia para resolver la acción de anulación frente al laudo (acción a la que, de manera incorrecta, seguía llamando recurso, art. 46 Ley 36/88) lo que ha generado una enorme dispersión jurisprudencial con sentencias contradictorias dentro de una misma Audiencia y que, sólo recientemente, se ha solucionado al atribuir la Ley de 2011 de reforma de la LA dicha competencia a la Sala de lo Civil del TSJ de la CCAA.

1.5 La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, situó nuestro ordenamiento en sintonía con la Ley Modelo UNCITRAL. El legislador español -como señala la EM- sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares.

Dentro de lo que se ha dado en llamar la alternativa entre dualismo (que el arbitraje

104Art. 4.2 LA 36/88: "*En el caso de que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resolverán en equidad, salvo que hayan encomendado la administración del arbitraje a una corporación o asociación en cuyo caso se estará a lo que resulte de su reglamento*".

105Así, CHILLON MEDINA, J.M.: "*Métodos alternativos de solución de conflictos..*" ob. cit. pág 252.

internacional sea regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno) y monismo (que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional), la Ley sigue el sistema monista. Por otro lado, a diferencia de la Ley 1988 ahora, en defecto de pacto, el arbitraje será de derecho y se nombrará solamente un árbitro (frente a los tres que fijaba la L 36/1988 lo cual era anti-económico); integra las nuevas tecnologías en la conformación del convenio arbitral (art. 9) o del laudo y de los actos de comunicación en el proceso; prevé una intervención judicial mínima (art. 7) y confiere más poderes a los árbitros en la organización, impulso y dirección del procedimiento arbitral. También, dice Munne Catarina, inspira la nueva Ley *“la conservación del pacto arbitral y el principio “utile per inutile non vitiatur” suprimiendo las referencias de la Ley de 1988 a los supuestos en los que quedaba expedita la vía judicial por falta de aceptación del árbitro o de la institución arbitral cuando uno u otra fuera de designación directa por las partes y, en su lugar, contempla medios más flexibles que el anterior de designación de árbitros e incluso de remoción de los mismos por las partes”*¹⁰⁶.

Dicha Ley ha sido reformada parcialmente con posterioridad pero conserva, en esencia, las razones que determinaron su promulgación. Así, los artículos 33.2, 42.1, 45.2 y 3 fueron modificados por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial y los artículos 8 (apdos. 1, 4, 5 y 6), 11.1, 14.1.a, 15 (apdos. 1 y 7), 28.1, 37 (apdos. 2, 3 y 4), 39 (rúbrica y apdos. 1, 2 y 4), 42.1 y 43 recibieron una nueva redacción por Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, ley, esta última, que añadió a la LA, los artículos 11 bis, 11 ter, 14.3, 17.4 y 21.1.2.

106MUNNE CATARINA, F.: *El arbitraje en la Ley 60/2003...* ob. cit. pág 19.

CAPITULO 2. EL ARBITRAJE ARRENDATICIO URBANO: REGIMEN ACTUAL

2.1 Introducción

Como veremos, en la práctica totalidad de los negocios constitutivos del arbitraje se detecta la conexión con otro contrato que es el que suele constituir la razón fundamental por la que las partes se vinculan. En el presente trabajo estudiaremos la conexión entre el arbitraje y el contrato de arrendamiento, contrato, este último, por el cual una de las partes se obliga a proporcionarle a otra el uso y goce de una cosa, durante cierto tiempo, y esta a pagar, como contraprestación, un precio determinado. En concreto, el estudio se centrará en la conexión del arbitraje con el contrato de arrendamiento de fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos del de vivienda.

La trascendencia del objeto de este trabajo es innegable y se justifica en el hecho de que el arrendamiento de bienes inmuebles es uno de los instrumentos jurídicos mediante los cuales las personas pueden hacer efectivo el derecho constitucional (artículo 47 CE) “*a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*”. Pero junto a dicho derecho de rango constitucional también confluye el derecho del arrendador y arrendatario a obtener una tutela rápida y eficaz de sus intereses que incentive a los propietarios a ceder en arrendamiento el mayor número posible de viviendas (para lo cual es imprescindible que cuenten con un medio eficaz de tutela de sus derechos y señaladamente con la posibilidad de desahuciar al inquilino que no abone la renta) y permita a los arrendatarios obtener una respuesta rápida ante los eventuales incumplimientos en que pueda incurrir el arrendador. Y ambos fines se alcanzan sometiendo dicho contrato de alquiler a arbitraje. En todo caso, puesto que se ha negado, como veremos, en numerosos momentos de nuestra historia la posibilidad de someter el contrato de arrendamiento a arbitraje creemos que es esencial el estudio del mismo, de sus posibilidades y de sus problemas.

En este trabajo se ha seguido el esquema ya clásico en nuestra doctrina de analizar los elementos subjetivos, objetivos y formales del arbitraje arrendaticio urbano y, para finalizar, haremos referencia a ciertas peculiaridades que presenta la ejecución de los laudos y los principales problemas que se ha planteado la jurisprudencia.

2.2 Elementos subjetivos del arbitraje arrendaticio urbano las partes y los árbitros.

Señala Matheus López que: “*la delimitación subjetiva del arbitraje se origina en el convenio arbitral*” y “*serán partes del arbitraje quienes suscriben el convenio arbitral*”¹⁰⁷. Junto a ello, sigue diciendo dicho autor, el elemento subjetivo axial del arbitraje es el árbitro que resuelve la controversia disponible. Para mayor claridad de la exposición, pues, distinguiré los problemas que, en orden a dicho elemento subjetivo del arbitraje, se plantea en los contratos de arrendamiento urbano.

2.2.1 Las partes del convenio o cláusula arbitral del contrato de arrendamiento urbano.

Señala la doctrina¹⁰⁸ que “*en la casi totalidad de los negocios constitutivos del arbitraje se detecta la conexión con otro contrato que es el que suele constituir la razón fundamental por la que las partes se vinculan. Sí se constatan variaciones en cómo se articula esa conexión ya sea mediante acuerdo independiente ya sea mediante cláusula arbitral. La coincidencia entre las partes del llamado contrato principal y el convenio o la cláusula arbitral es absoluta aunque [...] los requisitos pueden ser distintos en uno y otro caso*”. En el arbitraje arrendaticio urbano que es objeto de este trabajo existen dichos dos contratos: un contrato de arrendamiento urbano y otro contrato íntimamente conectado con el anterior de arbitraje, articulado como contrato independiente o como cláusula del contrato locativo. Y cada uno de esos dos contratos tiene especialidades relativos a la capacidad de las partes que pueden celebrarlo.

2.2.2 Capacidad de las partes para celebrar convenio arbitral. Especial referencia al arbitraje arrendaticio urbano.

Antecedentes recientes. Disponía el artículo 13.1 de la Ley de Arbitraje de 1953 que: “*la capacidad para comprometer será la que se exige para enajenar teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes a que afecte el compromiso*”. Así, puesto que según el artículo 1457 CC “*Podrán celebrar el contrato de compra y venta todas las personas*

107MATHEUS LOPEZ C.A. *La independencia e imparcialidad del Arbitro*. IVDP. San Sebastián. 2009 pág 275.

108VERDERA SERVER R y ESPLUGUES MOTA C. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Ed. Thomson Reuters CIVITAS Coord. BARONA VILAR S. Navarra. 2011. pág 375.

a quienes este Código autoriza para obligarse, salvo las modificaciones contenidas en los artículos siguientes” estaba claro que podían celebrar el contrato de compromiso todos los que podían obligarse con las excepciones que preveían los artículos 1458 y 1459 CC y tomando en consideración, como decía el artículo “*la naturaleza de los bienes a los que afecte el compromiso*”¹⁰⁹. La exigencia se veía reiterada en la antigua dicción del derogado artículo 1820 CC que exigía para comprometer la misma capacidad que para transigir y por lo establecido en el también derogado artículo 1824 CC que señalaba que “*lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacción es aplicable a los compromisos*”. Por lo tanto, se aplicaba a los compromisos la regla contenida en el artículo 1810 CC: “*Para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo la patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos*”.

Como señalaba Ogayar Ayllón¹¹⁰: “*El CC equiparaba la capacidad para comprometer a la exigida para transigir, y la doctrina científica venía admitiendo -conforme al viejo aforismo transigere est alienare- que sólo pueden transigir aquellas personas que puedan disponer de los objetos o derechos comprendidos en la transacción. La sentencia de 24 abril 1941 (Aranz. 509) declara que [...] requieren la transacción y el compromiso plena facultad dispositiva cuando las relaciones jurídicas*

¹⁰⁹Así, con relación a la legislación ya derogada, señalaba OGAYAR AYLLON, T.: *Comentarios al Código Civil Tomo XXII - Vol. 2º, Artículos 1809 a 1821 del CC y Ley de Arbitrajes de Derecho Privado*. Ed. EDERSA. 1983. Dir. ALBALADEJO GARCIA, M. (consultado en Id. vLex: VLEX-256592 <http://vlex.com/vid/ley-articulo-256592> pág 2-3) que: “*Los menores sujetos a la patria potestad pueden celebrar el contrato de compromiso representados por sus padres o el que de ellos ostente la patria potestad, ya que les corresponde representar legalmente a sus hijos y administrar sus bienes, a tenor de los artículos 154. 2, 156 y 162 CC. Si hubiera oposición de intereses entre padres e hijos, este podrá comprometer representado por un defensor judicial, a tenor del art. 163, pero si el conflicto de intereses existe sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad. Si el compromiso supone renuncia de los derechos del hijo, enajenación o gravamen de sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos o valores mobiliarios, los padres, a pesar de tener la representación legal de los hijos y de administrar sus bienes, no pueden por sí solos concertar un contrato de esa naturaleza, precisando para ello autorización judicial, que ha de concederse cuando existan causas justificadas de utilidad o necesidad y con audiencia del Ministerio Fiscal, autorización que no es necesaria si el hijo mayor de dieciséis años lo consintiere en documento público (art. 166. 1 y 3).[...] Los menores sujetos a tutela están representados por su tutor; el que puede, representando a aquellos, contraer el compromiso (art. 262), pero para ello necesita autorización del Consejo de familia (art. 269.12). Los menores emancipados y los habilitados de edad necesitan el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el de su tutor cuando el compromiso pudiera afectar a la enajenación o gravamen de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor (art. 323); pero el emancipado por matrimonio, si el otro cónyuge es mayor de edad, puede comprometerse sobre los citados bienes con el consentimiento de los dos; y si también es menor, se necesita, además, el de los padres o tutores de uno y otro (art. 324)”. Por último, en cuanto a los incapacitados señala que “*como están sujetos a tutela, les son aplicables las normas que rigen para los menores sometidos a ella*”.*

¹¹⁰OGAYAR AYLLON, T.: “*Comentarios...*” ob. cit. en nota anterior, pág 2.

sobre las que recae o puede recaer la controversia envuelvan un negocio que rebase el límite de los actos de administración. Y la resolución de la DGRN de 6 diciembre 1947 (RJ 1947/1097) afirma que la transacción y el compromiso requieren plena disposición del objeto a que afecta”¹¹¹.

La Ley 36/1988 y la vigente Ley 60/2003 han guardado escrupuloso silencio sobre la cuestión de la capacidad exigible a las partes para celebrar válidamente el convenio arbitral, lo que ha permitido deducir a la doctrina¹¹², con base en el art 322 CC que la simple capacidad de obrar es suficiente para celebrar el convenio arbitral. Junto a dicha capacidad será exigible, como requisito, no de capacidad sino de legitimación¹¹³, que las partes tengan la libre disposición de los derechos, que estén legitimados para disponer de los derechos que someten a la decisión arbitral. Ahora bien, dado que en la práctica el convenio arbitral suele exteriorizarse en materia arrendaticia como una cláusula más del contrato de arrendamiento será preciso, en dichos casos, para celebrar el convenio o, por mejor decir, para suscribir la cláusula arbitral la misma capacidad que se exige para celebrar el contrato de arrendamiento y sólo, en los limitados casos en los que no se inserte en el clausulado del contrato de arrendamiento sino que se celebre de forma autónoma, podrán plantearse problemas de coordinación entre los requisitos de capacidad del contrato principal (el de arrendamiento) y el convenio arbitral. En todo caso, comparto la opinión de la doctrina¹¹⁴ en el sentido de que dado que *“el convenio arbitral nunca opera en el vacío sino que siempre se predica de una determinada*

111 Con relación a la LA de 1953 en posición crítica señalaba DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje” en Anuario de Derecho Civil, 1954, T. 7 Fascículo 4, Oct- Dic 1954 pág 1162. que se exigía para comprometerse la capacidad para enajenar (art 13 LA 1953) al aplicarse al compromiso las reglas de capacidad para transigir que exigía capacidad para disponer (*transigere est alienare*) porque “*toda transacción supone una enajenación con el fin de evitar o poner término a un litigio. Si esa razón, con más o menos reservas, puede admitirse en cuanto a la transacción no ocurre lo mismo con el compromiso. En el compromiso ya no se trata de disponer sobre parte de los bienes propios para evitar o poner fin a un litigio sino de llevar ese litigio ante un juez que ha de resolverlo; de dar cauce a un proceso, de la especie que se quiera, pero proceso al fin. Por ello la capacidad para comprometerse debería ser la capacidad procesal; no la de disponer sobre los bienes*”.

112 En este sentido MERINO MERCHANT, JF. y CHILLON MEDINA, J.M.: *Tratado...*, ob. cit. pág 259 y 260; GASPAS LERA, S.: “Eficacia Subjetiva del Arbitraje” en *Actualidad Civil* Tomo 1999-4 LXVIII Ed. La Ley, Madrid pág. 1390 añade que junto a la capacidad de obrar se requiere que esté legitimado para disponer de los derechos que someten a arbitraje; O’CALLAGHAN MUÑOZ X. “El contrato de compromiso según la Ley de arbitraje, de 5 de diciembre de 1988” en *Actualidad Civil* 1989.I pág 5.

113 Así GASPAS LERA S. “Eficacia...” ob. cit. pág. 1390 donde señala que la capacidad de obrar es “*la idoneidad inferida de las cualidades de una persona para realizar un acto jurídico ; la legitimación es la idoneidad inferida de la posición de la persona respecto al acto que realiza. De ahí que considere a la capacidad como un presupuesto estrictamente subjetivo de la eficacia del acto y a la legitimación como un requisito subjetivo-objetivo de dicha eficacia*”.

114 VERDERA SERVER, R. y ESPLUGUES MOTA, C.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Ed. Thomson Reuters CIVITAS, 2ª edición, Navarra, 2011. Coord: BARONA VILAR, S. pág 381.

relación o controversia, no tiene sentido que para el convenio arbitral se endurezcan los requisitos exigidos para el llamado contrato principal”.

2.2.3 Supuestos dudosos de capacidad para celebrar el convenio arbitral.

2.2.3.1 El menor emancipado.

El menor emancipado necesita consentimiento de sus padres y, a falta de ambos de su curador para *“gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor”* (art 323.1 CC). Aplicada dicha regla al arbitraje arrendaticio inmobiliario los arrendamientos de bienes inmuebles por plazo superior a 6 años (1548 CC) se consideran actos de disposición¹¹⁵ por lo que el menor emancipado necesita para celebrar el contrato principal como arrendador el consentimiento de los padres y, a falta de ambos, del curador. En cuanto al contrato de arbitraje como señala Díez Picazo no se trata, frente a la transacción, *“de disponer sobre parte de los bienes propios para evitar o poner fin a un litigio sino de llevar ese litigio ante un juez que ha de resolverlo; de dar cauce a un proceso, de la especie que se quiera, pero proceso al fin. Por ello la capacidad para comprometerse debería ser la*

¹¹⁵Como regla general, arrendar un bien es un acto de administración pero, por excepción, ha sido considerado un acto de disposición o administración extraordinaria los arrendamientos concedidos por 6 o más años [así STS de 7-3-96. Sección Única. (Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes) [TOL 1.659.388] y las sentencias allí citadas; SAP de las Palmas (sección 5ª) de 15-7-2011 (Ponente: María del Pino Domínguez Cabrera) [TOL2.232.520]; SAP de Barcelona de 15-2-2011 Sección Cuarta (Ponente: María Mercedes Hernández Ruiz-Olalde) [TOL 2.133.028], sentencia que recuerda que *“en Cataluña, de conformidad con los art 137-2, 151 f) y 212 e) del Código de Familia, aprobado por Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 julio, son actos de administración extraordinaria, el otorgamiento de arrendamiento sobre bienes inmuebles por un plazo superior a 15 años”*, y los arrendamientos inscribibles, pero, en cuanto a estos últimos, dado que el actual art 2.5 LH permite la inscripción de todos los arrendamientos de bienes inmuebles, entiendo que no debe considerarse acto de disposición el arrendamiento inscribible salvo que tenga duración superior a seis años porque en los de duración inferior no se ve afectado gravemente el valor de realización o la facultad de aprovechamiento directo de la cosa y porque, en otro caso, y dado que todo arrendamiento de inmueble es inscribible se llegaría a la conclusión de que todos son actos de disposición. En contra, parece inclinarse la SAP de Ciudad Real de 8 de julio de 2010. Sec. 2ª (Ponente: Fulgencio Velázquez de Castro Puerta) [TOL 1.928.766] al referirse a que existe acto de disposición cuando por la *“naturaleza de la cosa”* pueda constituirse un derecho real a favor del arrendatario. En todo caso, un problema que plantea el artículo 1548 Cc es la naturaleza de los arrendamientos celebrados por tiempo inicial inferior a seis años pero en los que se establezca la prórroga a su vencimiento a voluntad del arrendatario por tiempo superior a dichos seis años. La STS 14 de noviembre de 2000 (Ponente: Jesús Corbal Fernández) [TOL 12.810] lo considera un acto de disposición si la posibilidad de prorrogarlo por plazo superior a dichos seis años depende de la voluntad unilateral del arrendatario (en el mismo sentido STS de 18 diciembre 1973, 8 de octubre 1985, 30 marzo y 12 noviembre 1987, 1 junio 1991, 10 abril 1995, 7 marzo 1996). Parece por tanto, *a contrario sensu*, que si la prórroga precisara la voluntad de arrendador y arrendatario sería un acto de administración y no de disposición.

*capacidad procesal; no la de disponer sobre los bienes*¹¹⁶. Por ello, dado que el menor emancipado tiene capacidad procesal (art. 323.2 CC) y capacidad de obrar¹¹⁷ entiendo que tiene capacidad para someter a arbitraje el contrato de arrendamiento. No obstante, con relación a los arrendamientos de bienes inmuebles por más de seis años, los emancipados, si bien tienen capacidad para someterlos a arbitraje, carecen, dada su naturaleza dispositiva, de poder de disposición y de legitimación para disponer de ellos¹¹⁸ por lo que, sólo en dichos casos, precisarán el consentimiento de las personas mencionadas en el art. 323 CC.

2.2.3.2 El incapacitado.

En cuanto al incapacitado habrá que estar, en principio, a lo que señale la sentencia de incapacitación porque, como indica el art 760.1 LEC: *“La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado...”*. Para el caso de que la sentencia se limite a señalar que el incapacitado ha de quedar sujeto a tutela dispone el artículo 271 CC con relación al contrato principal de arrendamiento que: *“El tutor necesita autorización judicial: 2 Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción”* añadiendo el artículo 271.7 CC que: *“El tutor necesita autorización judicial para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años”*.

Asimismo, el artículo 271 CC con relación al contrato o cláusula arbitral vinculado al contrato principal de arrendamiento señala que: *“El tutor necesita autorización judicial para someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado”*¹¹⁹. Por

116DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L.: “El pacto...” ob. cit. pág 1162.

117En efecto, dispone el artículo 323 CC *“La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor”* salvo las excepciones del 323,1 in fine CC en que precisará el complemento de sus padres o curador (*exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*). Dichas excepciones deben interpretarse restrictivamente.

118Señalaba CORDON MORENO, F.: *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1995. página 64 y 65, en relación a la LA 1988 que: *“Cuestión distinta que no afecta a la capacidad sino a la legitimación es que las partes deban tener la libre disposición sobre las materias en que surja (o pueda surgir) la controversia que se somete a arbitraje (cfr art 1º LA). Capacidad y legitimación operan en un ámbito diferente y su falta determina en la Ley un motivo de anulación también diferente (cfr art 45 núms 4 y 1 respectivamente)”*.

119Como señalan VERDERA SERVER, R. y ESPLUGUES MOTA, C.: *“Comentarios...”* ob. cit. pág.

tanto, en el caso del incapacitado sujeto a tutela no será necesaria autorización judicial para que el tutor pueda suscribir el contrato de arrendamiento inferior a seis años pero sí, en todo caso, para el contrato o cláusula que someta dicho contrato a arbitraje. En todo caso, no faltan autores¹²⁰ que entienden que el Juez sólo debería conceder la autorización del 271.3 CC cuando se trate de un arbitraje de derecho pero no cuando se trate de un arbitraje de equidad lo que no podemos compartir porque, como veremos mas adelante, lo trascendente no es si el arbitraje es de equidad o de derecho sino si en el supuesto concreto sometido a arbitraje se ha vulnerado alguna norma imperativa o de orden público en cuyo caso será posible anular el laudo, ya sea de equidad o de derecho, entre otras razones por la vía del artículo 41. f LA y porque, como dice la doctrina¹²¹, *“la interpretación según la cual el arbitraje de equidad permite al árbitro no aplicar (derogar) normas imperativas es aberrante. Es contraria a nuestro sistema de fuentes del derecho y no puede encontrar fundamento en el artículo 3.2 CC. Si entendiéramos que en méritos de lo pactado en el convenio arbitral se autoriza al árbitro de equidad a prescindir del Derecho imperativo estaríamos infringiendo las prohibiciones contenidas en los artículos 6.2 y 6.3 del CC (renuncia inadmisibile a la ley imperativa).”* Volveremos sobre este tema más adelante.

2.2.3.3 El pródigo.

Señala el artículo 760.3 LEC que: *“La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle”*. Por tanto, el pródigo necesitará la asistencia del curador para arrendar o para someter a arbitraje un contrato de arrendamiento únicamente si la

385: *“Nos encontramos aquí, una vez más con una norma que observa con disfavor el convenio arbitral: no importa la transcendencia jurídica o económica del contrato principal o de la relación jurídica de la que dimana la controversia puesto que en todo caso se exige autorización judicial”*. Así señala GASPAS LERA S.: “Eficacia...” ob. cit. que: *“el convenio arbitral otorgado por el tutor sin autorización judicial es nulo de pleno derecho. Por consiguiente, el menor o incapacitado no quedarían obligados en virtud de dicho convenio a someterse al correspondiente procedimiento extrajudicial, ni a cumplir el laudo que en su caso llegara a dictarse”*.

120 Señala OGAYAR AYLLON, T. y LETE DEL RIO J.M.: *Comentarios al Código Civil*. Tomo IV, Artículos 181 a 332 del Código Civil. 2ª Editorial EDERSA. 1985 Dir ALBALADEJO GARCIA, M. pág 4 (consultado en Id. vLex: VLEX-230721 <http://vlex.com/vid/articulo-271-230721>) que: *“Por interpretación a contrario sensu parece que el Código permite el compromiso en árbitros o en amigables componedores, y si bien encuentro correcta la admisión del compromiso en árbitros, debido a que la cualidad de Letrados que han de reunir necesariamente ofrece una garantía de competencia, no ocurre lo mismo con los amigables componedores”*.

121 FERNANDEZ DEL POZO, L.: “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005 de 17 de enero de 2005”. *Revista de Derecho de Sociedades* 26. Ed. Thomson Aranzadi. 2006, pág. 298.

sentencia que declare la prodigalidad así lo exige.

2.2.3.4 El menor no emancipado.

En relación a la regulación de la patria potestad no encontramos un artículo parecido al 271.3 CC relativo a la tutela, pero ya se entienda que los padres, con relación a los bienes que enuncia el 166 CC (bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios) carecen de la legitimación para disponer de dichos derechos, ya se entienda que para enajenarlos precisan autorización judicial o ya se entienda, en argumentación de Gaspar Lera, que no comparto pero en cuya conclusión coincido, que debe aplicarse analógicamente al arbitraje el artículo 1810 CC relativo a la transacción y la remisión que contiene al 166 CC¹²² lo cierto es que los padres podrán someter a arbitraje cuestiones de sus hijos menores no emancipados salvo cuando afecte a cualquiera de los bienes para los que el artículo 166 CC exige autorización judicial en cuyo caso será preceptivo obtenerla¹²³. Así lo reconoce nuestra Jurisprudencia¹²⁴ [SAP de Madrid de 26/10/2007] y la doctrina¹²⁵.

Por tanto, en nuestra opinión, los padres no podrán dar en arrendamiento ni suscribir cláusula arbitral con relación a los bienes inmuebles de sus hijos menores que tengan arrendados por plazo superior a seis años porque entonces se consideran actos de

122Digo que no la comparto porque como señala DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L.: “El pacto...” ob. cit pg 1162 en la transacción se exigen las mismas reglas que para enajenar ya que “*toda transacción supone una enajenación con el fin de evitar o poner término a un litigio. Si esa razón, con más o menos reservas, puede admitirse en cuanto a la transacción no ocurre lo mismo con el compromiso. En el compromiso ya no se trata de disponer sobre parte de los bienes propios para evitar o poner fin a un litigio sino de llevar ese litigio ante un juez que ha de resolverlo; de dar cauce a un proceso, de la especie que se quiera, pero proceso al fin*”.

123GASPAR LERA, S.: “Eficacia...” ob. cit. pág. 1412.

124Señala *obiter dicta* la SAP de Madrid de 26/10/2007 (Ponente: Ángel Vicente Illescas Rus) [TOL 1.233.882]: “*Sobre la capacidad, que ha de determinarse conforme a la ley personal (art. 9.1 CC), nada dispone especialmente la LA, por lo que habrá que estar a las reglas generales sobre capacidad para contratar (art. 1263 CC), o sobre la especialmente requerida -y que algunos denominan legitimación- en cuanto a determinados bienes o relaciones: el menor emancipado precisa del consentimiento de sus padres, y en su defecto del curador; para cuanto afecte a la disposición o gravamen de inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales y objetos de extraordinario valor (art. 323 CC); el tutor precisa autorización judicial (art. 271, 3.º C.C.), y lo mismo se entiende, aunque no lo diga expresamente el art. 166 CC, respecto de los padres*”.

125Señala MARTIN BERNAL, J.M. “El poder de disposición en el arbitraje según la LEC” en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Volumen II Coord. GONZALEZ PORRAS J.M y MENDEZ GONZALEZ, F.P, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª Edición 2004, pág 3095 y 3096 que: “*el menor y el incapacitado no pueden suscribir un convenio arbitral por sí mismos, y sólo si se hallan sujetos a patria potestad podrán suscribirlos los titulares de ésta y con autorización judicial si se trata de disposición que la requiera (art. 166 CC)*”.

disposición e incurrir en la necesidad de previa autorización judicial del 166 CC. Con relación al arrendamiento de los demás bienes, y siendo un acto de administración, los padres no precisarán autorización judicial ni para cederlos en arrendamiento ni para sujetarlos a arbitraje.

2.2.3.5 El concursado. Es preciso distinguir los siguientes supuestos:

- **Celebración por el concursado de un contrato de arrendamiento y de un convenio arbitral.** La respuesta a la pregunta sobre si el concursado puede celebrar el contrato principal de arrendamiento dependerá del régimen de intervención o sustitución que, de acuerdo con el artículo 21.1.2 LC, debe señalar el auto de declaración de concurso¹²⁶. En el primer caso -régimen de intervención- el concursado podrá celebrar actos de administración y disposición sobre su patrimonio, si bien sujetos a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad (art 40 LC); en el segundo de los casos -régimen de sustitución del concursado- el concursado será sustituido por los administradores concursales.

En cuanto a la posibilidad de someter a arbitraje, una vez declarado el concurso, las cuestiones litigiosas que surjan del contrato de arrendamiento cabe distinguir: en primer lugar, como señala Iñiguez Ortega *“en el supuesto de suspensión el concursado será sustituido por los administradores concursales en el ejercicio de las indicadas facultades patrimoniales (art 40 .2 LA) y, en consecuencia, el referido no podrá celebrar un convenio arbitral. Sí podrán efectuarlo, en sustitución suya [...] los administradores concursales”*¹²⁷. En

¹²⁶ Señala el artículo 40 LC que: *“en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. 2. En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales. 3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener. 4. A solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar; en cualquier momento, el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio...”*

¹²⁷ IÑIGUEZ ORTEGA, P.: *“Efectos del concurso del empresario en el sistema arbitral. A propósito de la Ley 22/2011 de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado”* IVDP. San Sebastián. 2011, pág 11.

segundo lugar, en el supuesto de intervención, sigue señalando la referida autora que: *“corresponde al concursado la iniciativa en torno al ejercicio de un concreto acto de administración -o disposición- siempre bajo supervisión de los administradores concursales para celebrar cualquier relación contractual incluidos los convenios arbitrales”*¹²⁸.

- **Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios arbitrales ya suscritos con anterioridad al auto de declaración del concurso.** Esta cuestión ha sufrido una evolución legislativa en los últimos años que es interesante reflejar. Hasta la modificación de la LC por Ley 11/2011, de 20 de mayo, disponía la LC en su artículo 52 que: *“los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso”*. Como señalaba Pulgar Ezquerro¹²⁹: *“sobre la base de la exclusividad de la jurisdicción del concurso (vis atractiva) se determina la ineficacia -pero no la nulidad ni anulabilidad- de los convenios arbitrales en los que sea parte el deudor durante la tramitación del concurso recobrando, por tanto, su valor y eficacia concluido dicho concurso”*.

Dicho artículo 52 mereció una fuerte crítica de la doctrina más autorizada que a pesar del tenor del derogado artículo 52 LC consideraba posible que los administradores concursales celebraran convenios arbitrales¹³⁰. En todo caso, el artículo 52 LC fue modificado mediante la Ley 11/2011, de 20 de mayo que le dio la siguiente redacción: *“La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a*

128 IÑIGUEZ ORTEGA, P.: *“Efectos del concurso...”* ob. cit pág 15 y 16.

129 PULGAR EZQUERRA, J.: *La Declaración Del Concurso de Acreedores*. Ed. La Ley. Madrid 1ª Edición 2005 pág 571.

130 PERALES VISCASILLAS, P.: “Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la ley concursal 22/2003 (y II)” en *La Ley* Año XXV, Número 6036, 9-6-2004 donde señalaba con relación a la anterior redacción de la LC que: *“El ámbito de aplicación del art. 52.1 LC no alcanza, en nuestra opinión, a la posibilidad de que la administración concursal celebre convenios arbitrales durante la tramitación del concurso. Nuevamente se ha de recordar que el art. 52.1 LC sólo habla de la ineficacia de los convenios arbitrales en que sea parte el deudor; por lo que dicha norma no presentaría obstáculos a la posible celebración de los convenios por la administración concursal o, en su caso, por los administradores de la sociedad. El verdadero problema que se presenta en la hipótesis que comentamos es el de la interpretación de la norma del art. 8 LC. Si la competencia del juez del concurso se entiende como exclusiva y excluyente de otros órdenes jurisdiccionales y del arbitraje, es claro que ni el deudor ni la administración concursal podrían celebrar convenios arbitrales durante la tramitación del concurso. Distinta sería la respuesta, y en nuestra opinión es la correcta, si la norma del art. 8 LC no imposibilita el recurso al arbitraje. En este sentido, la posibilidad de que la administración concursal pudiese celebrar convenios arbitrales quedaría sujeta a las reglas que se establecen en la LC en relación con las facultades patrimoniales del deudor (art. 40 y ss. LC), y, en el caso de que se iniciase el procedimiento de arbitraje a la norma del art. 54 LC”*.

los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos...”

La modificación indicada de la LC exigirá *de lege ferenda* la modificación del art 58.2 del RD-L 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la LGDCU y otras leyes complementarias que, en consonancia con lo que señalaba la anterior versión ya derogada del artículo 52 LC, sigue señalando con relación al sistema arbitral de consumo que: “2. *Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del Sistema Arbitral de Consumo*”¹³¹.

- **Efectos de la declaración de concurso en los procedimientos arbitrales en tramitación.** Viene regulado en el art 52.2 LC cuando señala que: “*Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior*”.
- **Efectos de la declaración de concurso sobre los laudos arbitrales firmes.** Viene regulado en el art 53 1.LC cuando señala que: *Las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda. 2. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la acción que asiste a la administración concursal para impugnar los convenios y*

¹³¹Con relación a este art 58 LGDCU señalaba MARIN LOPEZ, M.J.: “Los efectos del concurso del empresario en el sistema arbitral de consumo” en *Anuario de Derecho Concursal*, 19, Enero-abril 2010, pág 113 que dicho artículo tiene como gran novedad la ineficacia y extinción definitiva, y no la simple suspensión temporal, de las ofertas públicas de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo del empresario declarado en concurso pero, en relación con los convenios arbitrales de consumo, no contiene ninguna variación respecto del régimen contenido en el artículo 52.1 LC en la redacción que este tenía antes de la Ley 11/2011. Tras la reforma de 2011, añadimos, ahora sí contiene un régimen diverso que entendemos debería coordinarse.

procedimientos arbitrales en caso de fraude”.

En todo caso, la dicción literal de la ley no es muy correcta porque, como veremos al final de este trabajo, el laudo es firme desde que se dicta porque frente al laudo no cabe recurso alguno¹³². A lo que se está refiriendo el comentado art 53 1.LC no es al laudo firme sino al laudo frente al que ya no cabe ningún medio de impugnación (recurso no cabe frente a ninguno) y señaladamente aquél frente al que ya no cabe la acción de anulación del laudo por haber transcurrido los plazos del 41.4 LA.

2.2.3.6 El mandatario.

Señala el artículo 1713 CC que: *“El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso. La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores”.*

Por tanto, y sin perjuicio de la crítica que merece este artículo¹³³, lo cierto es que para que el mandatario pueda celebrar un convenio arbitral el mandato debe ser expreso si bien ello no significa que forzosamente deba constar por escrito¹³⁴ porque el concepto

¹³²La única excepción a la regla general de que el laudo es firme es el artículo 48.3 RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo que dispone que: *“El órgano arbitral también dará por terminadas sus actuaciones y dictará laudo poniendo fin al procedimiento arbitral, sin entrar en el fondo del asunto: a) Cuando el reclamante no concrete la pretensión o no aporte los elementos indispensables para el conocimiento del conflicto. b) Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones, o c) Cuando el órgano arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resulta imposible. En este laudo se hará constar si queda expedita la vía judicial”.*

¹³³Con razón se ha dicho por VERDERA SERVER R y ESPLUGUES MOTA, C.: en *“Comentarios..”* ob. cit. pág. 388 que: *“las previsiones del artículo 1713 Cc eran coherentes con un sistema tan restrictivo hacia el arbitraje como el que diseñaban los arts 1820 y 1821 CC en su redacción original y con la Ley de arbitraje de 1953. Pero carecen de sentido en la actualidad una vez que las Leyes de Arbitraje han reducido las singularidades del convenio arbitral en tanto que contrato”.*

¹³⁴Señala la SAP de Barcelona de 15 de febrero de 2011. Sección Cuarta (Ponente: María Mercedes Hernández Ruiz-Olalde) [TOL 2.133.028] que: *“el mandato puede ser concedido en los términos generales, que no comprende más que los actos de administración, y sin embargo para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio se necesita mandato expreso (STS de 14 diciembre 1987 y 15 marzo 1996), siendo que -por otro lado- el mandato expreso puede darse verbalmente (STS de 28 octubre 1963); pero con independencia de la forma de exteriorización se requiere para los actos de riguroso dominio que el mandato esté claramente precisado en su objeto y extensión (STS del 27 noviembre 1966); ciertamente cuando el mandato se refiere a actos de disposición y en virtud de lo establecido en el artículo 1710 en relación con el párrafo segundo del artículo 1713, es necesario que sea expreso, pero en modo alguno se requiere que conste por escrito (STS de 26 noviembre 1970 y de 7 septiembre 1987); el mandato expreso no requiere forma especial,*

de “*expreso*” equivale a mandato especial y específico para ese acto; no a la exigencia de una forma determinada de exteriorización de dicha voluntad.

En todo caso, en el arbitraje arrendaticio se plantea el problema de qué sucede si el poder se refiere únicamente a la celebración del contrato de arrendamiento pero sin hacer mención a la inclusión, en dicho contrato, de una cláusula arbitral. En tal caso, según la SAP de Barcelona de 18 de julio de 1995:

“... la tesis de que, inserto el convenio arbitral como cláusula incorporada al contrato, el apoderado no necesitará para perfeccionar válidamente aquél, de otras facultades que las precisas para concertar el contrato de que se trata, no sólo encuentra obstáculo insalvable en el art. 1713 CC sino que, al pretender apoyarse en el principio de que quien puede lo más puede lo menos, olvida que el convenio arbitral no es respecto del contrato en el que se inserta un minus sino un alius”¹³⁵.

El convenio arbitral celebrado por mandatario sin poder de representación suficiente para ese acto será nulo¹³⁶ (según otros se tratará de negocio jurídico incompleto¹³⁷) si bien, de acuerdo con los artículos 1259.2 y 1727.2 CC, podrá ratificarse por la persona a cuyo nombre se otorgue antes ser revocado por la otra parte contratante¹³⁸.

pudiendo darse incluso de palabra (STS de 19 junio 1979 y de 3 noviembre 1997, entre otras)”
135RVDPA 1997 número 1 pág. 172 y ss cit. por GASPAS LERA S. “Eficacia...” ob. cit. pág. 1408.
136La SAP de Asturias de 14 de junio de 2011 Sección Séptima (Ponente: Rafael Martín del Peso García [TOL 2.190.014] con cita de las SAP de Madrid de 3 de febrero de 2009 y de la SAP de Madrid (sección 10ª) de 26 de octubre de 2007 permite distinguir entre los supuestos de inexistencia e invalidez del convenio arbitral señalando en cuanto a la invalidez que esta “*cubre otros supuestos de nulidad radical: convenio contrario a norma legal prohibitiva o imperativa, salvo que la Ley establezca efecto distinto para el caso de contravención (artículo 6.3 CC), o que versa sobre materia no disponible (artículo 2.1 LA) o traspasa los límites de la autonomía privada (artículo 1255 CC), o está viciado de causa ilícita (artículo 1275 del CC) o ha sido otorgado por representante sin poder o fuera de los límites de éste (artículo 1713 y 1259 del CC). Y cubre asimismo, la invalidez los casos de anulabilidad: defectos de capacidad y vicios del consentimiento (artículos 1.300 y 1.301 CC)*”.

137Así, por ejemplo, SAP de Madrid de 23 de febrero de 2012, Sección undécima (Ponente: Cesáreo Francisco Duro Ventura) [TOL 2.509.931]; SAP de Zaragoza de 24 de noviembre de 2011, Sección Quinta (Ponente: Antonio Luis Pastor Oliver) [TOL 2.299.970]; STS 17 de noviembre de 2010, Sección Primera (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos) [TOL 2.003.153] que expresamente señala que: “*El contrato celebrado por quien no ostenta la representación con la que actúa es un negocio jurídico incompleto cuya efectividad depende de la ratificación por el dueño del negocio jurídico, que puede o no aceptarlo para quedar obligado*”.

138En contra de la posibilidad de ratificar el convenio arbitral otorgado por mandatario sin mandato expreso parece inclinarse, en posición minoritaria, LEON ALONSO, J.R. Comentarios al Código Civil Tomo XXI Vol 2º Artículos 1709 a 1739 del Código Civil. (consultado en Id. vLex: VLEX-230220 <http://vlex.com/vid/articulo-230220> pág 17) que: “*soluciones como la posterior ratificación por el mandante de lo actuado por los compromisarios o componedores [...] no deben resultar autorizadas por el espíritu de la norma que, desde el instante en que exige mandato expreso para transigir y entiende, además, no extensible tal facultad a la de comprometer, parece inclinarse por la*

2.2.3.7 El ausente.

Señala el artículo 186 CC que los representantes legítimos del ausente (que son los comprendidos en el artículo 184. 1 a 4 CC es decir cónyuge, hijo, ascendiente y hermanos) tienen la posesión temporal de los bienes del ausente y no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Juez. Por tanto, y por tratarse de un acto de disposición, los representantes legítimos del ausente no podrán arrendar bienes por más de seis años ni, en dichos casos, estarán legitimados para celebrar convenio arbitral al carecer de la libre disposición de los bienes salvo que haya autorización judicial.

Por su parte, los representantes dativos del ausente (persona solvente de buenos antecedentes nombrado en defecto de representantes legítimos) están sujetos a las reglas que rigen la tutela (art 185 *in fine* CC) por lo que me remito a lo que ya he manifestado con relación a la misma.

2.2.3.8 La persona jurídica.

Señala el art 38 CC que: *“Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución”*.

Al margen de las cláusulas arbitrales estatutarias que no son objeto de este trabajo¹³⁹ y que han sido ya reguladas¹⁴⁰, en la materia arrendaticia a cuyo estudio se contrae este

radical invalidez de cualquier actuación excedente de tales términos. El carácter más imperativo que facultativo que para el mandatario deriva del compromiso asumido, resulta de la especial confianza que en sus cualidades personales deposita el mandante y, sobre todo, de la gravedad que para este último entraña “la renuncia a las garantías que ofrecen los Tribunales de Justicia y los procedimientos oficiales”, como... ha puesto de manifiesto la sentencia de 24 abril 1941”.

139 Señala RODRIGUEZ ROBLERO, M.I.: *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2009, pág 270. [Consultada en Internet <http://eprints.ucm.es/11611/1/T32148.pdf>] que: *“en el caso de una sociedad como persona jurídica hay que distinguir la posibilidad que tienen los socios, fundadores o posteriores a través de los procedimientos establecidos para insertar una cláusula arbitral en sus estatutos con el fin de resolver las controversias internas que puedan presentarse de cuando dicha sociedad es parte de un arbitraje no necesariamente societario como sujeto vinculado por una cláusula arbitral estatutaria inserta en otro tipo de contrato mercantil”*.

140 Señala el art 11 bis LA (en redacción dada por Ley 11/2011) que: *“1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.*

trabajo, una sociedad puede ceder en arrendamiento un inmueble a un particular con destino a vivienda (por cuestiones obvias no puede ser arrendataria de una vivienda porque una sociedad no tiene necesidades permanentes de vivienda que poder satisfacer) y puede ser arrendador o arrendatario de un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda. En todos esos casos, el contrato de arrendamiento deberá celebrarse por quien ostente el poder de representación de la persona jurídica quienes pueden someter el contrato de arrendamiento a arbitraje. Como es lógico el órgano que ostenta la representación y que puede celebrar los contratos aludidos varía según se trate de una sociedad de capital¹⁴¹, una cooperativa¹⁴², una fundación¹⁴³ o una asociación¹⁴⁴.

2.2.3.9 Los entes sin personalidad.

La derogada LA 36/1988, de 5 de diciembre, señalaba en su artículo 1 que *“mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho”*. A pesar de la dicción literal de dicho artículo, que expresamente hablaba de *“personas naturales o jurídicas”*, la doctrina entendió que *“ello no significa que otros entes sin personalidad -como las comunidades de propietarios o las sociedades irregulares- no puedan someter a dicha institución los conflictos que les afectan”*¹⁴⁵.

3. *Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.”*

141 En las sociedades de capital la representación la ostentan los administradores (art. 233 y 234 LSC) o, en su caso, liquidadores (art 379 LSC) de la sociedad. En caso de liquidación prevé expresamente el artículo 379.3 LSC que *“Los liquidadores podrán comparecer en juicio en representación de la sociedad y concertar transacciones y arbitrajes cuando así convenga al interés social.”*

142 En las Cooperativas la representación de la sociedad cooperativa corresponde al Consejo Rector (art. 32 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas).

143 En las fundaciones la representación corresponde al Patronato (art 14 Ley 50/2002, de 26-12, de Fundaciones) si bien el artículo 21 de dicha Ley exige autorización del Protectorado para enajenar o gravar bienes que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales y simple comunicación por el Patronato al Protectorado en los treinta días hábiles siguientes para disponer de aquellos bienes y derechos fundacionales distintos de los señalados, incluida la transacción o compromiso. Por tanto, en principio para arrendar bienes será suficiente con el poder de representación del Patronato por ser acto de administración pero cuando se trate de arrendamientos por mas de seis años será preciso cumplir además los requisitos del artículo 21.

144 En las Asociaciones el poder de representación corresponde al órgano de representación del cual sólo podrán formar parte los asociados y que deberá gestionar y representar los intereses de la asociación, de acuerdo con las disposiciones y directivas de la Asamblea General (art 11.4 Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación).

145 GASPAR LERA. S.: “Eficacia...” ob. cit. pág. 1396.

La nueva LA ya no habla de “*personas naturales o jurídicas*” sino de “*partes*”¹⁴⁶ lo que, como señala Pérez Miralles¹⁴⁷, “*va a obviar en el marco de la propiedad horizontal el posible debate de si una Comunidad de Propietarios y por su falta de personalidad, está, o no, incluida como eventual parte en un convenio arbitral*”.

En la materia específica a la que se circunscribe este trabajo y en lo relativo al contrato principal de arrendamiento, la Comunidad de Propietarios puede ceder en arrendamiento un “*elemento común que no tenga asignado un uso específico en el inmueble*” en cuyo caso se “*requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, así como el consentimiento del propietario directamente afectado, si lo hubiere*” (art 17.1 aptdo 2º *in fine* LPH)”. No obstante, y para el caso de que dicho arrendamiento exceda de seis años, al tener la consideración de acto de disposición, entendemos que será exigible para suscribirlo que el acuerdo se adopte por unanimidad porque si afecta a un elemento que forma parte del Título constitutivo (normalmente alquiler de la vivienda portería o alquiler de locales comerciales del edificio que sean propiedad de la comunidad) el art 17.1 LPH exige unanimidad para disponer del mismo por cuanto supone modificación del Título Constitutivo y si afecta a un elemento que no forma parte de dicho Título (pensemos en el caso de que la Comunidad sea propietaria de un inmueble fuera del edificio) por aplicación de la doctrina que considera dichos arrendamientos actos de disposición¹⁴⁸ si bien no falta jurisprudencia que considera dudosa dicha afirmación¹⁴⁹.

Obviamente, también puede figurar la Comunidad de Propietarios como arrendatario

146 Artículo 9.1 Ley de Arbitraje 60/2003 “*El convenio arbitral ... deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*”.

147 PEREZ MIRALLES, J.A.: *Arbitraje y Mediación Inmobiliaria . Especial Referencia a la Propiedad Horizontal*. Ed Tirant Lo Blanch 2012 pág 314.

148 La STS de 28 marzo 1990. Sala de lo Civil. Sección 1ª. (Ponente: Manuel González Alegre Bernardo) [TOL 1.729.216] exige para dar en arriendo por mas de seis años “*la anuencia de todos los partícipes*” y señala que si falta dicha unanimidad “*el contrato es radicalmente nulo, sin que la buena fe del arrendatario subsane la ausencia de tan esencial requisito*”. En el mismo sentido, SAP de Soria 20-4-2009. Sección 1ª. (Ponente: María Belén Pérez-Flecha Díaz) [TOL 1.523.728] y las allí citadas.

149 No obstante la STS de 12 de febrero de 1999 (Ponente: Alfonso Villagómez Rodil) [TOL 1.691] y referido a una comunidad de bienes señala que: “*Se presenta dudosa y hasta contradictoria la aplicación de este precepto (se refiere al art 1548 CC) a las situaciones de comunidad de bienes , ya que se autoriza mantener la situación de indivisión por diez años, que caben ser prorrogados (artículo 400 CC), y sin desconocer la doctrina al respecto (Sentencia de 14-12-1973, que cita las de 1-6-1909, 9-6-1913 y 28-3-1940)*”.

de un inmueble para uso distinto del de vivienda en cuyo caso entiendo que será suficiente, a falta de específica previsión normativa, “*el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación*” y “*en segunda convocatoria serán validos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes*” (art 17. 4 LPH)¹⁵⁰.

En cuanto a la posibilidad de sujetar el contrato de arrendamiento a arbitraje¹⁵¹ entendemos que no ofrece ninguna duda y que la Comunidad de Propietarios tendrá capacidad para celebrar el convenio arbitral y tendrá asimismo legitimación siempre que tenga la libre disposición de los bienes, es decir siempre que cumpla los requisitos de mayorías o unanimidad que prevé el art 17 LPH para poder arrendar un bien y que hemos analizado. En todo caso, como señala Pérez Miralles, en los conflictos con terceros no comuneros el acuerdo de la Junta no tiene la condición de convenio arbitral sino que contiene “*la autorización al Presidente, como representante legal de la comunidad para la firma con el tercero del convenio o del contrato que lo contiene como cláusula*”¹⁵². En caso de que el Presidente suscriba el convenio arbitral sin autorización suficiente de la Junta, parte de la doctrina considera que el convenio arbitral no será valido al exigir al Presidente el mandato expreso del 1713 Cc¹⁵³ pero entiendo de mejor derecho los argumentos que señalan la validez del convenio arbitral porque el Presidente de la comunidad no es un mandatario sino que ostenta la representación orgánica de la misma “*siendo un órgano del ente comunitario que sustituye la voluntad social con la suya individual*”¹⁵⁴.

150 Diversos autores han exigido, en todo caso, unanimidad de la Junta de Propietarios y así señala MUNNE CATARINA, F.: *El arbitraje...*, ob. cit. pág. 31 que: “*el presidente de una Comunidad de Propietarios, a pesar de que representa a la Comunidad en juicio y fuera de él (en materia contractual) conforme a lo dispuesto en el artículo 13 LPH ello tan sólo abarca a las cuestiones propias del cargo, es decir a sus facultades de administración pero en ningún caso alcanza a facultades de disposición, y del mismo modo que carece de la representación orgánica para vender por sí mismo elementos comunes no puede acordar por sí la sumisión a arbitraje de las relaciones jurídicas de la comunidad con terceros, sino que es preciso un poder especial de la Junta de Propietarios, o un acuerdo de sumisión a la misma, en ambos casos por unanimidad, dado que la LA exige la concurrencia de la voluntad de todas las partes para someter a arbitraje*”.

151 En esta sede también es posible la existencia de convenios arbitrales que tienen por fin resolver controversias intracomunitarias que enfrentan a los órganos comunitarios con los comuneros o a estos o aquellos entre si y que exceden del ámbito de este estudio que se contrae al arbitraje arrendaticio cfr PEREZ MIRALLES, J.A.: *Arbitraje y Mediación Inmobiliaria...*, ob. cit. pág. 316 a 371.

152 PEREZ MIRALLES, J.A.: *Arbitraje y Mediación Inmobiliaria ...*, ob. cit. pág. 372.

153 GASPAR LERA, S.: “Eficacia...” ob. cit. pág. 1397-1398 donde señala: “*Sólo sobre la base de dicho acuerdo podrá suscribir el Presidente de la comunidad, en nombre de la misma el correspondiente convenio de arbitraje con el tercero en discordia*”.

154 PEREZ MIRALLES, J.A.: “*Arbitraje y Mediación Inmobiliaria ...*” ob. cit. pág. 377

2.2.3.10 El acreedor por sustitución.

La cuestión que se discute es si el acreedor del arrendador o del arrendatario que ejerce por sustitución, al amparo del artículo 1111 CC, los derechos de estos (por ejemplo, el acreedor del arrendador que reclama del arrendatario las rentas impagadas) puede hacer valer -o pueden hacer valer frente a él- el convenio arbitral suscrito por su deudor con el deudor del deudor (*debitor debitoris*). Según Gaspar Lera¹⁵⁵ la sumisión a arbitraje “*lleva consigo un efecto tan trascendente como es el de la exclusión de la tutela judicial respecto de quienes se someten a ella*” por lo que “*la eficacia del arbitraje sólo puede alcanzar a los titulares de los derechos controvertidos que se someten a él de forma inequívoca*”. Frente a dichos argumentos entiendo que el convenio arbitral tiene eficacia frente y a favor del acreedor por sustitución no sólo porque el arbitraje no excluye la tutela judicial -como sostiene Gaspar Lera- pues dicha tutela judicial se ve satisfecha mediante la acción de anulación del laudo¹⁵⁶ sino también porque, como dice Campo Villegas¹⁵⁷ “*no podemos olvidar que el deudor sustituido estipuló personalmente con su deudor la exclusión de la vía judicial y la sumisión a arbitraje. Por tanto, sus sucesores en la relación jurídica suceden en el pacto arbitral; y lo mismo ocurrirá con la sustitución en la que el sustituto se verá obligado a defender y ejercer su derecho por la vía procedimental que decidió el deudor con su propio deudor. Además hay una especial razón consistente en que en este problema no podemos olvidar que existe la otra parte del convenio arbitral, es decir, el deudor del deudor (debitor debitoris) que no puede ser llevado a la vía judicial por el sustituto de su acreedor sin su consentimiento y renuncia del pacto arbitral. Con el juego del artículo 1111 no se le puede variar nada al referido deudor del deudor*”¹⁵⁸.

155GASPAR LERA S. “Eficacia...” ob. cit. pág. 1416.

156Así STC 176/1996, de 11 de noviembre (BOE de 17de diciembre) Sala Segunda (Ponente: Julio Diego González Campos) transcrita, en lo procedente, en nota 4.

157CAMPOS VILLEGAS, E.: “*Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva ley*”. Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña Barcelona 2004 pág. 28 y 29 <http://www.ajilc.cat/pdf/discursos/Discurs%20Campo%20Villegas.pdf> [fecha de consulta 5-5-2012].

158En efecto, si el acreedor del arrendador interpone, en virtud de la acción subrogatoria del 1111 CC, una demanda judicial por supuesto impago de rentas contra el arrendatario, negar, a dicho inquilino, la posibilidad de oponer la excepción de un arbitraje que suscribió con el arrendador implicaría ocasionarle un perjuicio injusto a quien quiso y pactó que las cuestiones derivadas del arrendamiento se resolvieran mediante arbitraje y que se vería arrastrado -por un hecho ajeno a su voluntad como es que el arrendador mantenga una deuda con un tercero- a un procedimiento judicial (más largo y más costoso) que siempre intentó evitar. Esta posición que defendiendo tiene apoyo jurisprudencial y así nuestro TS ha mantenido, con relación a la acción subrogatoria del 780 Ccom y con una doctrina que entiendo analógicamente aplicable a la acción subrogatoria del 1111 CC, que el asegurador que, una vez pagada la indemnización, se subroga “en el lugar del asegurado para todos los derechos y

2.2.3.11 El fiador.

La cuestión que se discute es si el fiador del arrendador o arrendatario puede oponer, al acreedor que le reclama judicialmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento, la excepción de arbitraje (siendo el supuesto más usual el arrendador que reclama al fiador del arrendatario el pago de las rentas impagadas por no haberlas abonado el arrendatario).

La cuestión se regula en el artículo 1853 CC, artículo que, aunque incorrectamente emplazado pues debió integrarse entre los artículos que regulan la relación entre el fiador y acreedor¹⁵⁹, señala que: “*El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor*”. Por tanto, la pregunta es: ¿la excepción de arbitraje -se entiende que de un arbitraje concertado entre acreedor y deudor principal- es puramente personal del deudor o la puede ejercitar el fiador por sustitución al amparo del 1853 CC¹⁶⁰?

Señala Delgado Echeverría¹⁶¹ que la obligación del fiador es “*verdadera obligación... y distinta de la principal; puede estar sujeta a propias determinaciones y*

obligaciones que correspondan” (art 780 Ccom) está vinculado por la cláusula de sumisión expresa (en el caso enjuiciado al Alto Tribunal de Justicia inglés) existente entre la asegurada y el causante del daño. Así indica la STS de 13 de octubre de 1993, Sala Primera (Ponente: Antonio Gullón Ballesteros) [TOL 11.796] que: “*no puede afirmarse, como hace la sentencia recurrida elevándolo a "ratio decidendi de su fallo, que al asegurador no se le puede oponer la cláusula de sumisión expresa litigiosa porque no la ha suscrito. Se olvida que Fundix, S.A., la asegurada, si la consintió lo mismo que todo el conocimiento de embarque afectante a la mercancía que debía transportar Canadá Maritime Limited. Luego, la aseguradora, que actúa basándose en ese conocimiento, ha de aceptarla también. De lo contrario se daría la consecuencia injusta que las otras partes contractuales se vean perjudicadas en sus derechos cuando la contraparte subrogase a un tercero en su lugar, en uso del art. 1209, párrafo segundo, del Código civil, si este último pudiera alegar que en lo que le perjudica, lo convenido es "res inter alios acta"*. Según VERDADERA SERVER, R. Y ESPLUGUES MOTA, C.: *Comentarios...*, ob. cit pág 394 este planteamiento jurisprudencial se refuerza con la LA 2003 cuyo art. 9.1 suprime la referencia que contenía el art. 5 LA 1988 a que la voluntad deba ser “inequívoca”.

159 Así O'CALLAGHAM MUÑOZ, X.: *Código Civil comentado y con Jurisprudencia*. Ed. La Ley Tercera edición. Madrid. 2003.

160 Señalaba DÉ CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*. Ed. Civitas Madrid. 1985 pág 506 que: “*Lo especialmente establecido sobre la fianza, a su vez, se ha recibido de la distinción romanista entre las excepciones "in personam" (ej., la menor edad) y las "rei autem cohaerentes". Estas serán las resultantes de la naturaleza viciada de la misma deuda (dolo, violencia, error) y ellas podían oponerse "etiam invito reo"*”.

161 DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Vol 3 Contratos y cuasicontratos* 2ª edición. Ed. Bosch. Barcelona. 1986 Coord LACRUZ BERDEJO J.L. pág 501.

limitaciones, asegurada con garantía específica”. Por eso, no es de extrañar que “*el fiador podría acordar con el acreedor la suscripción de un convenio arbitral en orden a resolver por esta vía las controversias que pudieran surgir en torno a la relación fideiusoria*”¹⁶² pero lo que plantea más dudas es si el fiador, demandado judicialmente por el acreedor, podría oponer frente al acreedor la excepción de un arbitraje que hubiera concertado el acreedor y el deudor fiado¹⁶³. Si bien Gaspar Lera¹⁶⁴ se muestra terminantemente en contra de admitir que el fiador pueda oponer eficazmente dicho convenio arbitral que firmaron acreedor y deudor porque considera que es una excepción puramente personal del deudor principal, entiendo, siguiendo a Verdera Server y Esplugues Mota¹⁶⁵, que la solución no puede ser única porque son variados los supuestos que se pueden plantear. Así, si el fiador interviene en el contrato de arrendamiento, dicho garante se encuentra directamente afectado por la cláusula arbitral. Idéntica solución debe adoptarse si la garantía se suscribe en documento independiente del contrato de alquiler pero identificando perfectamente la obligación garantizada y el contrato principal de arrendamiento (donde sí consta la cláusula arbitral¹⁶⁶) acudiendo a la figura de convenio arbitral por referencia o remisión que autoriza el art 9 de la LA¹⁶⁷. Por contra, si la garantía se presta sin que el fiador conozca la cláusula de arbitraje inserta en el contrato de arrendamiento o sin que conozca la existencia misma del

162GASPAR LERA, S.: “Eficacia Subjetiva del Arbitraje” ob. cit. pág. 1418 nota 93.

163Evidentemente, la cuestión planteada sólo tiene sentido si se trata de fianza solidaria o a primer requerimiento, o sin beneficio de excusión (art. 1831 CC), porque, en los demás casos, ya se habrá acudido al arbitraje y existirá un laudo que no puede ejecutarse por carecer de bienes el deudor fiado. Con respecto a ello, la fianza puede exigirse judicialmente.

164GASPAR LERA, S.: “Eficacia...” ob. cit. pág.1418.

165VERDERA SERVER, R. y ESPLUGUES MOTA, C.: *Comentarios...*, ob. cit. pág. 395 y 396.

166A dicha conclusión llega también con CAMPOS VILLEGAS, E.: “Aspectos...” ob. cit. pág. 28. al indicar que el pacto de sumisión arbitral no es una “*excepción puramente personal del deudor*” del 1853 CC porque no se refiere a ninguna circunstancia personal del deudor “*sino que objetivamente afecta a la deuda, al cauce procedimental de hacerla efectiva o ventilar sus problemas...*”.

167La STS de 26 de mayo de 2005 Sala Primera (Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) [TOL 656.551] parece aceptar esta solución cuando señala: “*la presente cuestión se centra en el área a la que moderna doctrina científica denomina "transmisión del convenio arbitral", y que estudia el tema de si un contrato concede derechos a un tercero, éste está vinculado por la cláusula arbitral contenida en el contrato. Permitiendo esta figura introducir en el campo de aplicación del mismo litigio a partes que no firmaron el contrato. Y en todo momento hay que afirmar que en el presente caso la cláusula o convenio arbitral plasmado en el contrato de 31 de julio de 1992 supone la necesaria extensión de su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato. Tal afirmación, además, puede tener su base en lo que se dice en la EM de la actual Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje que aunque no sea aplicable guarda una magnífica relación con este tema y que habla de la "cláusula arbitral de referencia", la que se puede definir como aquella que no consta en el documento contractual principal, sino en documento separado, pero que se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Y en el presente caso la actuación del Banco Bilbao Vizcaya, como interviniente posterior como avalista, debe ser introducida en el arbitraje acordado. Por ello su situación procesal no debe impedir la sujeción de la presente cuestión de arbitraje, y es lógica la proclamación de la excepción dilatoria que impide que este proceso sea resuelto por la jurisdicción ordinaria*”.

contrato independiente de arbitraje, no cabe sostener la vinculación del fiador al mismo porque falta “*la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir*” (art 9.1 LA) del contrato de arrendamiento.

2.2.4 Modificaciones subjetivas de la relación arrendaticia. La cesión del contrato de arrendamiento con cláusula arbitral.

Consagra el artículo 1257 CC el principio de relatividad del contrato al señalar que: “*Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos [...]*”. No obstante, como indica Campo Villegas¹⁶⁸ la “*formulación simplista del párrafo primero del artículo 1257 CC debe ser matizada y desarrollada*” y en el concepto de “parte” del 1257 CC -sigue diciendo dicho notario- “*consideramos además de quienes fueron sus protagonistas a sus causahabientes bien sean sucesores a título mortis causa o bien por acto inter vivos, ora sucedan a título universal ora a título particular siempre que la sucesión lo sea en la total relación jurídica de tal manera que subentre en todo el contrato*”. Así, señala Diez Picazo¹⁶⁹ que: “*al mencionar a las partes contratantes y a sus herederos para dibujar el círculo de eficacia del contrato el CC omite a sus causahabientes a título particular. En la medida en que pueda producirse una cesión del contrato, bien libremente, o bien con el consentimiento del contratante cedido, el contrato produce efectos para el cesionario...*”.

Señalaba Lacruz Berdejo¹⁷⁰ que la cesión de contrato supone “*el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la íntegra posición que en el contrato ocupa. El cedente trata de quedar libre de todas las obligaciones producidas para él por el pacto y se despoja de los derechos que este le confería; el cesionario adquiere tales derechos, y queda gravado con aquellas obligaciones como si él mismo hubiera sido el contratante*”.

Dicha cesión de contrato se halla regulada en sede de arrendamientos urbanos en el artículo 8 de la LAU 1994 con relación a los arrendamientos de vivienda que señala

168 CAMPOS VILLEGAS, E.: *Aspectos...*, ob. cit. pág 21.

169 DIEZ PICAZO, L.: *Comentarios al Código Civil*. Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2ª Edición Dir: PAZ AREZ RODRIGUEZ, C y otros página 435.

170 LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Vol 2 Teoría General del Contrato 2ª Edición. Ed. Bosch Barcelona 1987 p 335-336.

que: “*el contrato no se podrá ceder por el arrendatario sin el consentimiento escrito del arrendador. En caso de cesión, el cesionario se subrogará en la posición del cedente frente al arrendador*”. En el caso de arrendamiento para uso distinto del de vivienda dispone el artículo 32 LAU 1994 que si en la finca arrendada se ejerce una actividad empresarial o profesional, el arrendatario podrá ceder el contrato de arrendamiento, sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador.

Ya sea necesario para ceder el contrato de arrendamiento el consentimiento del arrendador -caso de arrendamiento de vivienda- o ya sea innecesario dicho consentimiento -caso de arrendamiento del art 32 LAU- se plantea el problema de si el cesionario en la posición de arrendador o arrendatario queda vinculado, en virtud de dicha cesión, al contrato o cláusula arbitral incluida en el mismo o se precisa una nueva declaración de voluntad del cesionario en el sentido de aceptar expresamente la sumisión del contrato de arrendamiento a arbitraje.

En contra de admitir que la cesión del contrato incluya la cesión del convenio arbitral se ha mostrado doctrina autorizada con base en una interpretación estricta de la voluntad inequívoca de las partes del convenio arbitral (fundada en la redacción de la derogada LA de 1988) y con base en la trascendencia que el convenio arbitral tiene para quien lo suscribe por cuanto supone -dicen- una renuncia a la tutela judicial de sus derechos¹⁷¹.

Pero, frente a ello, entendemos que no cabe una única respuesta porque el pacto de sumisión a arbitraje admite dos modalidades, cada una de las cuales requiere una solución distinta. Y así dicha sumisión a arbitraje puede ser una cláusula del contrato de arrendamiento o articulase como un acuerdo independiente (art 9 LA).

En el primer caso, es decir cuando la sumisión del arrendamiento a arbitraje se articula mediante una cláusula del contrato de arrendamiento, entendemos que no ofrece dudas que, dado que la cesión implica la sucesión en la íntegra relación jurídica, el cesionario subentra en toda esta sin que se pueda excepcionar el pacto de sumisión arbitral que conoce al estar incorporado al contrato de arrendamiento. Así se pronuncia

¹⁷¹En este sentido MARIN LOPEZ. J.J.: “Enajenación de la vivienda arrendada (Comentarios al artículo 14 de la LAU)” en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* dirigidos por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Ed. Aranzadi. 2ª Edición, 1997, Pamplona, pág 331 nota 13. También, en este sentido contrario a la subrogación en el convenio arbitral, GASPAR LERA, S.: “Eficacia...” ob. cit. pág. 1402 y la SAP de Madrid de 16 de septiembre de 1996 que cita.

Campos Villegas¹⁷² que señala, en posición que entiendo acertada, que la misma solución hay que dar a los variados supuestos de sucesión que se pueden presentar en sede de arrendamientos urbanos¹⁷³.

Más problemas existen cuando la sumisión del arrendamiento a arbitraje se articula mediante la suscripción de un contrato arbitral independiente del contrato de alquiler porque, en dicho caso, es preciso que el cesionario del contrato de arrendamiento conozca la existencia del contrato de sumisión a arbitraje. En este caso, si el cesionario conoce la existencia del contrato arbitral independiente entendemos que no es necesaria nueva declaración del cesionario¹⁷⁴ porque el convenio arbitral queda incorporado al acuerdo de cesión del contrato de arrendamiento¹⁷⁵; si no conoce dicha existencia no debe quedar vinculado por él por cuanto no existe la voluntad de las partes de sumisión al arbitraje que exige el artículo 9 LA.

En todo caso, todas las consideraciones realizadas sobre los supuestos de cesión y subrogación no son aplicables al subarriendo *“pues aquí ya no estamos ante una sucesión en el contrato sino ante la constitución de un derecho nuevo sobre la base de otro anterior”*¹⁷⁶.

172CAMPOS VILLEGAS, E.: *Aspectos...* ob. cit. pág 25 indica que “[...] cuando se produce una cesión de contrato, una sucesión en la íntegra relación jurídica, el causahabiente subentra en toda ésta sin que se pueda excepcionar el pacto de sumisión arbitral” y de ello deduce que “lo mismo hay que predicar en los variados supuestos de sucesión que se pueden presentar en sede de arrendamientos urbanos: en la sucesión mortis causa del arrendador a favor de su heredero o legatario, lo mismo que en la subrogación por muerte del inquilino de vivienda en beneficio de ciertas personas allegadas, o del heredero del arrendatario en los supuestos de locales de negocios o de uso distinto de viviendas. Cuando se trate de actos intervivos, el adquirente de la propiedad de la finca deberá soportar sin alteración alguna el contrato locativo; y lo mismo el cesionario de vivienda o de local de negocios o destinado a otros usos”.

173Como señala MUNNE CATARINA, F.: *El arbitraje...*, ob. cit. pág. 31 “sin duda la subrogación o novación subjetiva de una o más partes intervinientes en un negocio jurídico sometido a arbitraje conlleva la sucesión también en el pacto arbitral puesto que la separabilidad del convenio arbitral respecto del negocio jurídico sometido a arbitraje, al que se refiere el art. 22.1 de la Ley 60/2003, tan sólo se predica respecto de la validez de ambos negocios jurídicos”.

174Señala, con razón, MUNNE CATARINA, F.: ob. cit. pág. 32 que: “La voluntad de someterse a arbitraje a que se refiere el art. 9.1 de la Ley 60/2003 en el caso del subrogado se desprende del propio negocio jurídico en virtud del cual opera la subrogación o novación subjetiva del contrato. El subrogado queda ligado frente a terceros porque acepta ocupar la posición contractual que ocupaba aquel en quien se subroga, mediante una sucesión singular en esa concreta relación contractual, pero de forma íntegra, pasando a ocupar su posición jurídica, tanto respecto de lo beneficioso como de lo perjudicial, tanto en cuanto a los derechos como a las obligaciones y tanto respecto de las acciones ejercitables como de las excepciones oponibles inter partes, incluida la sumisión arbitral”.

175Señala el artículo 9.4 de la LA que se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

176CAMPOS VILLEGAS, E.: *Aspectos...*, ob. cit. pág 26.

2.2.5 Los árbitros

Se ha defendido a lo largo de este trabajo las bondades del arbitraje como medio heterónomo de solución de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento; se ha mantenido que dichos fines utilitaristas no agotan la institución que se encuentra íntimamente ligada a la historia de la civilización; se ha propugnado que la tutela arbitral representa junto a la judicial uno de los modos de realización del Estado de Derecho y que ambas se complementan porque, en el caso de arbitraje, la tutela judicial sigue subsistiendo en la medida en que garantiza el acceso al proceso mediante la acción de anulación del laudo. Pero también es de justicia resaltar los riesgos actuales por los que atraviesa la institución arbitral y el mayor de ellos es, sin duda, el de la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Ya hace más de 30 años Federico de Castro nos anticipaba el problema al decir que la sacralización del arbitraje tiene su causa, entre otras, en *“los intereses de quienes vienen utilizando la cláusula compromisoria y las condiciones generales de los contratos para asegurar su prepotencia en el mundo de los negocios con las asesorías jurídicas a sus servicios”*¹⁷⁷ siendo utilizada y aprovechada la tesis contractualista y de exaltación del principio de la autonomía de la voluntad *“por los empresarios más poderosos y por las multinacionales para introducir en las condiciones generales de los contratos, impuestas de ordinario la sumisión a arbitraje y a favor de un árbitro que se encuentra en dependencia de aquellas o al de una institución arbitral que le pueda ser favorable”*¹⁷⁸ llegando a decir que: *“ninguna cláusula de las condiciones generales es más peligrosa que la cláusula compromisoria”*¹⁷⁹. Como recientemente ha tenido ocasión de señalar Picó i Junoy: *“desgraciadamente, en la actualidad se están manifestando distintos supuestos patológicos de sumisión a tribunales arbitrales que no se derivan originariamente de la citada uberrima fides sino de la posición prevalente de una de las partes en la contratación, por lo que, al faltar entre los contratantes una auténtica igualdad, la más fuerte toma una posición de ventaja frente a la adversa, imponiendo una cláusula arbitral a favor de una institución con la que guarda una*

177DE CASTRO Y BRAVO, F.:“El arbitraje...”, ob. cit. pág 623.

178DE CASTRO Y BRAVO, F.:“El arbitraje...”, ob. cit. pág 621.

179 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *“Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”*. Discurso leído el día 27 de abril de 1961 en su recepción pública en la Real Academia de Jurisprudencia y legislación p 46 nota 142 cit. por el mismo autor en “El arbitraje...” ob cit pág 621.

estrecha y directa relación”¹⁸⁰. En el ámbito del derecho de consumo dicha cláusula de sumisión a arbitraje sería abusiva pero, como veremos, en el arbitraje arrendaticio urbano la mayoría de las relaciones jurídicas no reúnen los requisitos exigidos para aplicar la legislación de consumo.

En todo caso, es preciso luchar contra el riesgo cierto de que la institución arbitral sea usada por ciertos grupos para imponer la sumisión a arbitraje a favor de un árbitro que no cumpla los requisitos de imparcialidad exigibles. Se ha dicho, con gran exactitud, que: *“la imparcialidad judicial es una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona su existencia misma. Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional”*¹⁸¹ y que: *“la imparcialidad del Tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2 CE), constituyendo incluso ‘la primera de ellas’”*¹⁸². Ambas expresiones me parecen acertadas y no puedo estar más de acuerdo con ellas. Y dichas afirmaciones pueden extenderse al arbitraje pudiendo afirmarse que sin árbitro imparcial, desde un punto de vista subjetivo y objetivo, no hay propiamente procedimiento arbitral¹⁸³. Para que el arbitraje pueda constituir un equivalente jurisdiccional; para que la sumisión a arbitraje no menoscabe ni haga padecer el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos es imprescindible que el árbitro sea imparcial igual que lo sería el Juez. Porque si la tutela judicial efectiva no se resiente con la institución arbitral es precisamente porque se permite que la solución de una controversia se haga mediante árbitros designados por las partes y que el acceso a la jurisdicción legalmente establecido sea sólo la acción de nulidad del laudo y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral¹⁸⁴.

180PICO I JUNOY, J.: “El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales” *Diario La Ley*, N° 6198 25 Feb. 2005, Año XXV. Consultado en *Revista Jurídica la Ley*, 2, 2005 pág 1433.

181STC 11/2000 de 17 de enero de 2000 (BOE de 18 de febrero). Sala Primera. Ponente: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

182ATC 59/2011 de 6-6-2011. Sala 2ª. <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/22534>.

183 Con razón ha dicho PICO I JUNOY J. “El abuso...”, ob. cit. que: *“se ha llegado a afirmar que dicha imparcialidad «además de ser una garantía del proceso como contenido de un derecho fundamental, es un rasgo de la configuración del Poder Judicial, constituido por el prestigio que se ha de tener ante la ciudadanía para que no se quiebre la confianza de ésta en la justicia» [...]. Si ello es así en el ámbito de los tribunales de justicia, con mayor razón lo es en el arbitraje donde, como he indicado, la autonomía de la libertad y la plena confianza en el árbitro constituyen los pilares básicos que lo sostienen y justifican”*.

184 Señala la SAP de Madrid (Sección 10ª) de 26/10/2007 (Ponente: Ángel Vicente Illescas Rus) [TOL1.233.882] que: *“como precisa la jurisprudencia constitucional, el arbitraje constituye un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter*

La imparcialidad del árbitro es la quintaesencia del proceso arbitral¹⁸⁵. Sin árbitro imparcial no hay, repetimos, proceso arbitral. Pero en sede de arrendamientos urbano, reitero, existe el riesgo cierto de que una de las partes -prácticamente siempre el arrendador- imponga a la otra no sólo los términos exactos del contrato de alquiler sino, lo que es más grave, los términos exactos de la cláusula arbitral. No desconocemos que en otros ámbitos también tiene lugar dicha imposición pero en el ámbito arrendaticio urbano dicha imposición es especialmente odiosa no sólo porque la vivienda es un bien básico constitucionalmente protegido sino también porque, si se generaliza la desconfianza de los arrendatarios o arrendadores al sistema arbitral porque perciban que exista una previa relación entre la Entidad administradora del arbitraje y una de las partes que consideren que puede afectar a la imparcialidad del laudo, destruimos de raíz los fundamentos de la institución arbitral, que se fundan en la confianza, en la imparcialidad e independencia arbitral y hacemos un flaco favor al arbitraje¹⁸⁶.

Señala con acierto Picó i Junoy¹⁸⁷ que nos podemos encontrar en el arbitraje una situación patológica cuando *“la cláusula arbitral somete a las partes, sin su conocimiento, al arbitraje de una institución compuesta por entidades o personas íntimamente relacionadas con una de las partes, que se ve directamente beneficiada por dicha cláusula”*. Siguiendo a dicho autor dicho desconocimiento puede deberse:

1. A la existencia de una desigualdad en las partes contratantes, que impide a la parte más débil, de facto, poder negociar dicha cláusula en situación de igualdad.

En dicho caso, si se trata de una relación de consumo, por ser el arrendador un

voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva de la Constitución reconoce a todos -SS.T.C. 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993, 174/1995, 176/1996 -. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción --pero no su «equivalente jurisdiccional» arbitral (SS.T.C. 15/1989, 62/1991 y 174/1995)-- legalmente establecido será sólo la acción de nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Como ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)”.

185LA CHINA, S.: *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza* 4ª Edición. Editorial Giuffrè Editore, 2007, pág 105: *“Precisamente porque la imparcialidad del árbitro es la sal, el alma, del procedimiento arbitral [“Proprio perché la imparzialità dell'arbitro è il sale, l'anima, della procedura arbitrale”]*.

186Sin duda arbitrajes institucionales sectoriales creados recientemente por disposiciones normativas, como el Consejo Arbitral para el Alquiler de la Comunidad de Madrid, pueden ayudar a mejorar dicha percepción porque no cabe duda de la imparcialidad del arbitraje que gestiona.

187PICO I JUNOY, J.: *“El abuso...”* pág 1433.

profesional y el arrendatario un consumidor, la cláusula es nula por no respetar la igualdad entre las partes al atribuir a una de ellas una posición de ventaja respecto de la otra (art. 15.2 LA)¹⁸⁸, por atentar a “*la regla básica de la debida imparcialidad objetiva del árbitro, implícitamente reconocida en el art. 24 CE dentro del derecho a un proceso con todas las garantías*”¹⁸⁹ y por infracción del artículo 90 del RD-L 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la LGDCU y otras leyes complementarias que dispone: “*Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: 1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico*”. Volveremos sobre este tema más adelante.

2. A la existencia de un vicio del consentimiento del 1265 CC por lo que aunque exista una situación de igualdad en las partes contratantes también podrá denunciarse su nulidad en el procedimiento arbitral y, en su caso, a través de la acción de anulación del laudo.

En todo caso, es de tal importancia la imparcialidad e independencia arbitral que puede afirmarse, sin duda, que la misma pertenece al orden público constitucional¹⁹⁰ y

188 Así recoge dicho autor “El abuso...” ob. y loc. cit la SAP de Las Palmas de 15 de marzo de 2001 (LA LEY 57985/2001) (Ponente: Juan José Cobo Planas) que en su FJ 2.º afirma: «*Como acertadamente se dice en la sentencia, dicha sumisión a arbitraje para la resolución de las cuestiones derivadas del contrato supone una cláusula abusiva que coloca en una situación no equitativa a la parte compradora al hacer depender la resolución de los conflictos que se susciten en el contrato a una entidad formada por la propia parte vendedora y lógicamente encauzada a la defensa de los intereses del colectivo de empresas que ofrece el producto a la venta, es decir, con una más que dudosa imparcialidad. Dicha estipulación resulta por tanto nulo, de acuerdo con el art. 10.1.º c) 3.º de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al tratarse de una estipulación aplicada con carácter general a la venta por la entidad vendedora y resultar abusiva por perjudicar de manera no equitativa al consumidor*». Actualmente señala el artículo 90 del TR de la LGDCU que: “*Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: 1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico*”.

189 PICO I JUNOY, J.: “El abuso...”, ob. cit. pág 1433 y 1434 señala, tras analizar la doctrina del TC, que debe distinguirse entre la existencia, conocida por ambas partes, de asesoramiento previo del árbitro a la parte contraria del arbitraje en fecha anterior al convenio arbitral que no determina la nulidad (así SAP de Castellón de 25 de noviembre de 1993) y la existencia de un conflicto entre la parte recurrente y el árbitro con posterioridad al convenio arbitral, en cuyo caso la existencia del conflicto priva de la necesaria y obligada imparcialidad al árbitro y determina la declaración de nulidad.

190 Señala la SAP de Madrid (Sección 25) de 19/02/2010 (Ponente: Fernando Delgado Rodríguez) [TOL1.821.814] que: “*La doctrina mayoritaria se ha decantado por indicar [...] que el concepto de orden público se refiere al orden público constitucional y no al amplio del ordenamiento jurídico español. De hecho, cualquier infracción de una norma o de la jurisprudencia no justifica el recurso de anulación, sino solamente aquella que tenga entidad suficiente para constituir infracción del orden público, es decir, los principios y valores constitucionales inderogables ante la autonomía de la*

que los vicios que la pueden afectar son motivo de anulación del laudo por el motivo previsto en el artículo 41.1.f LA, motivo que es apreciable “*por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida*” (art 41.2 LA).

El “*arbitraje como proceso que es*” (apartado VI de la EM de la L.A. 60/2003) está sujeto al principio de autonomía de la voluntad y establece, como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros, el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad. Pero como presupuesto de la condición de árbitro, de dicho derecho de defensa y del principio de igualdad se encuentra la necesidad y el imperativo de orden público constitucional de que el árbitro sea imparcial.

Por la importancia de la doctrina que contiene y por los argumentos irreprochables que utiliza es de resaltar SAP de Madrid de 28 de Julio de 2005¹⁹¹ que, en un caso referido a otro ámbito contractual -concretamente a contratos de telefonía móvil- pero con doctrina extensible a mi parecer aún con mas razón, dada la trascendencia constitucional de los bienes a que afecta, a los arrendamientos urbanos señala:

“En nuestro auto dictado al Rollo 540/04 refiriéndonos a la garantía de imparcialidad judicial decíamos que: "El artículo 24.2 CE, en relación con el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce el derecho al juez natural predeterminado por la Ley y, obviamente, al juez imparcial: "sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional".[...] La obligación del juzgador de no ser "Juez y parte" se traduce, según la STC 162/1999 en dos reglas. La primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte. La segunda, que el Juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones de hecho o de derecho que pongan o

voluntad, la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles a través, fundamentalmente, del art. 24... Más concretamente se ha señalado por la doctrina que el orden público tendrá dos vertientes una material y otra procesal. En la primera se incluirían los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad de un pueblo y en una época determinada (STS de 31 de diciembre de 1979); en la segunda, las formalidades y principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal...” y que “para que un laudo arbitral sea atentatorio al orden público, será preciso que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de nuestra Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad por el art. 24 de la misma”.

191 SAP de Madrid de 28 de julio de 2005 (Sección 14ª) (Ponente: Juan Uceda Ojeda) [TOL 732.887].

puedan poner de manifiesto una toma de posición a favor o en contra de alguna de ellas. Con arreglo a ese criterio, la Jurisprudencia Constitucional ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, que guarda la independencia ante las relaciones con las partes, y la imparcialidad objetiva, referida al objeto del proceso, y por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido contactos previos con el objeto del litigio.

Creemos que estas notas de imparcialidad son igualmente aplicables al proceso arbitral en general, y a las instituciones administradoras del arbitraje, y a los árbitros en particular; lo abonan evidentes razones de lógica y sentido común, y otras legales previstas en el Art.17 de la derogada LA, aplicable a estos autos por razón de fechas, que declara aplicables a los árbitros las mismas causas de abstención y recusación que a los jueces.

Somos conscientes que las exigencias del derecho al Juez imparcial predeterminado por la Ley no pueden imponerse exacta y milimétricamente a los árbitros y las instituciones arbitrales; en el derecho al Juez imparcial predeterminado por la ley existen unas serie de connotaciones derivadas de los límites del poder político y del mantenimiento de las garantías esenciales del ciudadano, que no concurren en los sucedáneos de la Justicia pública. No obstante, si algo caracteriza a la institución arbitral, como órgano privado de heterocomposición, es la exigencia de imparcialidad, y esa imparcialidad debe exigirse a todos los que intervienen en las funciones arbitrales; tanto a los árbitros como a las instituciones administradoras del arbitraje, de forma que su misión de administración, control y prestación del arbitraje no se solape con otras de asesoramiento previo a una de las partes en el conflicto [...].

Pues bien, creemos que en este caso se han violentado las garantías mínimas del principio de imparcialidad objetiva. En efecto conocemos que los contratos están redactados, siguiendo un mismo modelo, por AEADE, que incluso llegó a incluir su anagrama en los mismos y tras visitar la página Web de la citada asociación, hemos comprobado que en el apartado reservado a la actividad de telefonía móvil se dice: "AEADE a petición de las empresas del sector, ha diseñado unos bloques de contratos entre distribuidor y cliente, que vinculan a ambas partes..."

La consecuencia de esa afirmación es clara; no existe la imparcialidad objetiva necesaria para la buena llevanza del proceso arbitral. La asociación prepara los contratos para las empresas del sector a instancias de esas mismas empresas, lo hace bajo la fórmula de contratos de adhesión con efecto obligatorio para todos los contratantes, sin posibilidad alguna de discusión; ni siquiera de proposición de otro modelo distinto de contrato y de cláusula arbitral, se erige como única institución competente para arbitrar el conflicto, sin dar lugar a que pueda existir otra, elige y nombra a los árbitros, y ejecuta el laudo. Dicho de otro modo; la asociación administradora del arbitraje juzga a través de sus árbitros contratos que ella misma ha confeccionado a instancia de sus clientes más poderosos[...].

Es fácilmente adivinable la crítica que merecería el Poder Judicial si asesorase previamente a un litigante en materia que luego se sometiera al conocimiento de los jueces, preparase los modelos de contratos y demás actos jurídicos que se hubieran de someter a litigio, y pudiese nombrar libremente para cada caso los Jueces que hubieran de decidir sobre aquellas materias y sobre esos actos; habríamos retrocedido muchos siglos en la defensa de las garantías ciudadanas.

Es más, llegados a este punto la duda aumenta geoméricamente: nos preguntamos quién ha sido el autor de los modelos de contrato, y si esa persona se encuentra en el círculo de los posibles árbitros designables por la institución arbitral. En definitiva, creemos que la asociación a la que se sometieron las partes no goza de la imparcialidad objetiva suficiente como para administrarlo. Esta afirmación se hace perfectamente palpable en este caso cuando apreciamos que antes de iniciarse el procedimiento arbitral la propia Asociación, defendiendo sin duda los intereses de la empresa de telefonía, ofrece a la parte contraria, que es la que ha promovido el recurso, la posibilidad de que se ponga en contacto con la misma para conseguir una solución menos gravosa para sus intereses.

SEXTO. En la primera de las resoluciones en las que esta Sala ha abordado el problema que hemos expuesto, rollo n° 1/04, entendimos que esta falta evidente de imparcialidad de la asociación administradora del arbitraje más que arrastrar la nulidad del laudo lo que hacía era provocar la nulidad de la cláusula arbitral. Ahora bien una nueva reflexión nos debe llevar a dar un paso adelante, pues si

tenemos en cuenta que la designación del árbitro ha sido decidida libremente por AEADE, sin intervención de las partes, que, en la anterior resolución, también aludíamos a las dudas que teníamos de que los redactores de los modelos de contrato se encontrasen en el círculo de los árbitros, y que es indudable que existe una estrecha conexión entre estos y la asociación, pues, tras examinar, en el ejercicio de nuestra jurisdicción, un amplio número de laudos cuyo procedimiento arbitral ha sido administrado por AEADE, vemos que se repiten los árbitros designados, ello, también, nos permitirá entender que la falta de imparcialidad que venimos denunciando se extiende a los propios árbitros y que, por tanto, el laudo también es nulo por ser contrario al orden público”.

En resumen, la defensa indisimulada que hacemos en este trabajo de la institución arbitral no lo es de cualquier institución arbitral. Sólo aquel arbitraje que se ajuste a la Ley y en cuyo desarrollo se hayan cumplido los requisitos de orden público constitucional que son exigibles nos merece el calificativo de verdadero arbitraje. Y el respeto. Los laudos emanados de dichos árbitros independientes tienen fuerza ejecutiva pero lo que es más importante tienen fuerza moral porque, en palabras de Platón, *el más sagrado de todos los tribunales debe ser el que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo.*

2.3 Elemento objetivos del arbitraje arrendaticio urbano: la materia arbitrable.

Señala el artículo 2.1 LA que: *“son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”*. En parecido sentido establece el RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (art. 1.2 y 2.1) que únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor que *versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho*¹⁹².

¹⁹²El artículo 2.2 de dicho RD contiene una excepción que carece de relevancia a los efectos pretendidos en este trabajo y señala: *“No obstante lo previsto en el apartado anterior, no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 57.1 del RD-L 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la LGDCU y Usuarios y otras leyes complementarias”*.

La pregunta que se plantea de inmediato es obvia ¿es el arrendamiento una materia de libre disposición conforme a derecho? ¿cualquier conflicto surgido del contrato de arrendamiento urbano es susceptible de arbitraje? Y ello porque las partes pueden someter a arbitraje numerosas cuestiones derivadas de un contrato de inquilinato (determinación de rentas, pago de rentas devengadas y no abonadas etc.) y en esas cuestiones la posibilidad de sumisión a arbitraje no plantea problemas que sí que surgen en la cuestión de si el laudo arbitral puede acordar la resolución del contrato de arrendamiento y el desahucio del inquilino porque, en esta materia, están comprometidas normas imperativas.

En primer lugar, por tanto, ha de existir una “cuestión litigiosa” que en nuestro caso se contrae a los conflictos surgidos entre arrendadores y arrendatarios en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos en materia arrendaticia. Como señala Díez Picazo¹⁹³ no es suficiente, a efectos del arbitraje, con entender el conflicto como una contraposición de intereses ya que dicha expresión resulta excesivamente amplia. De entre los conflictos de intereses sólo los que alcanzan la categoría de litigio pueden ser sometidos a arbitraje, y esta se alcanza cuando aquellos conflictos tienen transcendencia jurídica.

Por otro lado, en cuanto a la materia susceptible de arbitraje, la expresión capital contenida en el art. 2.1 LA de que “*son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*”¹⁹⁴ ha dado lugar a posiciones enfrentadas en nuestra doctrina científica y jurisprudencial y de la solución que se dé a la misma dependerá la respuesta a la posibilidad de someter a arbitraje la materia arrendaticia. Haremos referencia a este aspecto más adelante.

193DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L.: *El arbitrio de un tercero en los Negocios Jurídicos*. Ed. Bosch Barcelona. 1957 pág 67.

194Señalaba el artículo 14 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 que podrán ser objeto de un compromiso todas aquellas materias de Derecho Privado sobre las que las partes puedan disponer válidamente. La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, delimitó la posibilidad de someter a arbitraje una materia no en atención a su pertenencia o no al derecho privado sino en atención a que se tratase de “*cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho*”. La vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje recibe, como criterio para poder someter a arbitraje una materia, la disponibilidad de la misma y en el ámbito sectorial del arbitraje de consumo el RD 231/2008, de 15 de febrero reitera dicho criterio delimitador.

2.3.1 La posibilidad de escindir la materia arbitral.

La posibilidad defendida por doctrina minoritaria que no compartimos, de que las partes no pueden someter a arbitraje el desahucio por impago pero sí otras cuestiones derivadas de un contrato de inquilinato (determinación de rentas, pago de rentas devengadas y no abonadas etc.) nos lleva a una primera cuestión previa que precisa una respuesta clara y no es otra que la siguiente: ¿Cabe separar los distintos aspectos de la materia arrendaticia y admitir que unos pueden ser objeto de arbitraje y otros no o, por el contrario, hay que dar una respuesta en bloque en el sentido de decir que o bien toda la materia arrendaticia es susceptible de arbitraje o bien que no puede someterse a arbitraje ningún aspecto de la relación derivada del contrato de arrendamiento?. La cuestión no es ociosa porque el impago de la renta conlleva dos efectos principales: la obligación de abonarla (y sobre esta materia es prácticamente unánime la doctrina a la hora de admitir el arbitraje) y la resolución del contrato (y sobre esta cuestión ha sido discutida la posibilidad de someter a arbitraje el desahucio)¹⁹⁵. La solución a esta pregunta ha sufrido una evolución histórica en nuestro derecho pudiéndose distinguir dos posturas legislativas:

- **Contraria a escindir las materias arbitrables** La Ley de 1953 en su artículo 14.2 disponía: *“En el caso de que una materia disponible aparezca indisolublemente unida a otra que no lo sea, no podrá comprometerse sobre ninguna de las dos”*. La LA de 1988 en su artículo 2.2 establecía que no podrán ser objeto de arbitraje: *“Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición”*.

¹⁹⁵Señalaba GUILARTE ZAPATERO, V.: “Perspectivas y posibilidades del arbitraje en arrendamientos urbanos” en *El arbitraje en arrendamientos urbanos*, Ed. IVDP, Corte Vasca de Arbitraje, San Sebastian, 1992, pág. 15 que: *“publicada la primera Ley de Arbitraje de 1953, y en relación con su artículo 14, que disponía “podrán ser objeto de un compromiso todas aquellas materias de Derecho privado sobre las que las partes puedan disponer válidamente” y que “en el caso de que una materia disponible aparezca indisolublemente unida a otra que no lo sea no podrá comprometerse sobre ninguna de las dos” la doctrina científica se limitaba generalmente a subrayar, por una parte la indisponibilidad de la materia arrendaticia urbana, regulada por la ley especial, sin otras profundizaciones y a recordar, por otra, la opinión generalizada excluyendo el conocimiento de los árbitros, dada su misión estrictamente declarativa, toda cuestión consistente en medidas ejecutivas o que las exige, como entre otras, las propias del juicio de desahucio”*.

- **Favorable a escindir las materias arbitrables** Señala la doctrina más autorizada¹⁹⁶ que: *“la nueva Ley de Arbitraje de 2003, levanta cualquier duda al respecto, por mucho que no tenga un pronunciamiento expreso sobre la materia pero de la lectura de su EM y de sus antecedentes legislativos en que se inspira (Ley Modelo y Convenciones Internacionales) se ha de concluir que “no existen materias inseparablemente unidas” y que, por tanto, las partes y el árbitro pueden siempre aislar las cuestiones objeto del convenio arbitral para disponer y decidir sobre ellas. No quiere decirse que no existan materias indisponibles -que siguen existiendo- sino que la “inseparabilidad” ha dejado de tener virtualidad como criterio de indisponibilidad arbitral”.*

Todo ello significa que, con relación a la materia arrendaticia, con la nueva Ley es posible defender, y diversos autores y sentencias lo han hecho, la imposibilidad de someter a arbitraje el desahucio (aunque no compartamos dicha opinión) y, por contra, la posibilidad de someter a arbitraje la determinación de las rentas devengadas y no abonadas porque, según dicho sector doctrinal y jurisprudencial minoritario, el desahucio sería una materia regida por normas imperativas e indisponible mientras que la segunda cuestión es meramente patrimonial y disponible. Por contra, como trataremos de defender en este trabajo, entendemos que es perfectamente posible someter a arbitraje el desahucio y, obviamente, las demás cuestiones litigiosas que puedan surgir del contrato de arrendamiento, por las razones que expondremos.

2.3.2 La posibilidad de someter a arbitraje el desahucio arrendaticio.

Una vez admitida la posibilidad de escindir la materia arrendaticia a efectos de arbitraje, es preciso referirnos a la posibilidad de someter a arbitraje o no el desahucio arrendaticio en general siendo el principal problema que se plantea decidir si la resolución del contrato de arrendamiento de vivienda es una materia de libre disposición de las partes. Y de la respuesta que se dé a dicha pregunta dependerá la solución que se dé a la posibilidad de someter a arbitraje el desahucio arrendaticio.

196MERINO MERCHANT, J.F y CHILLÓN MEDINA, J.M.: *Tratado...* ob. cit. pág 274.

2.3.2.1 Derecho comparado. Breve referencia al derecho comparado: Alemania, y Gran Bretaña y EEUU como modelos antagónicos de regulación.

El problema no ha sido resuelto de forma unánime por el Derecho comparado. Así, el criterio favorable a la imposibilidad de someter a arbitraje el arrendamiento de viviendas, se encuentra en Alemania cuyo § 1030 apartado 2 del Código Procesal civil Alemán (ZPO)¹⁹⁷ señala que: “*un convenio arbitral sobre litigios referidos a la existencia de arrendamiento sobre una vivienda situada en territorio nacional no es eficaz. Esto no rige en tanto que ello se refiera a una vivienda del tipo señalado en los números 1 a 3 del § 549 apartado 2, del Código civil*”¹⁹⁸.

En el otro extremo, y en posición favorable a la posibilidad de someter a arbitraje el arrendamiento, en Derecho Inglés la Ley de Arbitraje de 1996¹⁹⁹, Section 6, clarifica que “*acuerdo de arbitraje*” significa un acuerdo de someter a arbitraje las controversias presentes o futuras (ya sean contractuales o no). La Ley no enumera o delimita materias inarbitrables (section 81.1.a) si bien se consideran no arbitrables sólo las materias penales y de derecho de familia. Igualmente, en Estados Unidos existe una presunción a favor de la posibilidad de someter a arbitraje una cuestión y “*está permitido arbitrar incluso cuestiones que en otros ordenamientos cuentan con una protección especial por parte del estado, tal y como son el derecho laboral o el derecho del consumidor (Moses H. Cone Hospital V. Mercury Construction Corp., 460 U.S. 1, 24-25 (1983)- USA)*”²⁰⁰.

197Código Procesal civil Alemán.. Konrad Adenauer- Stiftung. Ed: Gisela Elsner. Montevideo 2006. Traducción PEREZ RAGONE, A.J y ORTIZ PRADILLO J.C.

198Dicho § 549 apartado 2 del BGB señala que: “*Las disposiciones sobre elevación de la renta (§§ 557 a 561) y sobre protección del arrendatario a la finalización de la relación arrendaticia, así como en caso de constitución del régimen de propiedad horizontal (§ 568, apartado 2, §§ 573, 573a, 573d, apartado 1, §§ 574 a 575, 575 a, apartado 1, y §§ 577, 577 a) no rigen para relaciones arrendaticias sobre: 1.- una vivienda que es arrendada para un uso temporal; 2,- una vivienda que en parte está habitada por el propio arrendador y que el arrendador debe amueblar en su mayor parte, a menos que la vivienda ha sido cedida al arrendatario para su utilización duradera por su familia o con personas con las cuales este conviva de forma duradera; 3.- una vivienda que ha sido arrendada por una persona jurídica de derecho público o por un ente privado reconocido de la previsión legal para cederla a personas con necesidad urgente de vivienda, si estos han indicado al arrendatario en el momento de la celebración del contrato la finalidad a la que va a ser destinada la vivienda así como la exclusión de las disposiciones mencionadas anteriormente*” Código Civil Alemán. Burgeliches Gesetzbuch.. Dir. LAMARCA MARQUEZ, A. Traductor § 549 LINDNER, A. Madrid. 2008.

199Consultada en Internet <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents> .

200RODRIGUEZ ROBLERO, M.I.: *Impugnación...*, ob. cit. pag 44. Señala dicha Sentencia que: “*The Arbitration Act establishes that, as a matter of federal law, any doubts concerning the scope of arbitrable issues [460 U.S. 1, 25] should be resolved in favor of arbitration [...]*”.

2.3.2.2 Derecho español. Evolución histórica reciente.

A) **La LAU de 1964** En el período de vigencia de la LAU de 1964²⁰¹ se afirmó mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia la imposibilidad de someter a arbitraje los casos de desahucio. A dicha conclusión se llegaba interpretando los artículos 120 de la LAU 1964²⁰² y el artículo 1561 LEC de 1881 que señalaba que: “*El conocimiento de las demandas de desahucio corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria*”²⁰³.

Asimismo, disponía el artículo 6.1 LAU 64 que: “*Los beneficios que la presente Ley otorga a los inquilinos de viviendas, con o sin muebles, y a los subarrendatarios de las mismas serán irrenunciables, considerándose nula y sin valor ni efecto alguno cualquier estipulación que los contradiga*” conteniendo, en su párrafo segundo, supuestos excepcionales de beneficios renunciabiles.

El problema que se planteó fue que se consideró que la irrenunciabilidad de un derecho equivalía a su indisponibilidad y, por tanto, a su imposibilidad de ser sometido a arbitraje lo cual fue criticado porque la LAU 1964 prohibía la renuncia *a priori* -es decir al celebrarse el contrato- pero no la renuncia *a posteriori* -es decir una vez adquirida la titularidad de dichos derechos. En todo caso, como decimos, sobre la base del artículo 120 de la LAU 64 y del artículo 1561 de la derogada LEC, y no tanto por la irrenunciabilidad de que hablaba el artículo 6 LAU 1964, se consideró mayoritariamente que el desahucio arrendaticio era una materia no susceptible de ser sometida a arbitraje bajo el régimen de la LAU de 1964.²⁰⁴

201GASPAR LERA, S.: *El ámbito...*, ob. cit. pág 172.

202Dicho art 120 LAU 1964 disponía: “*El conocimiento y resolución de los litigios que puedan suscitarse al amparo de esta Ley corresponderá a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria*”. Con relación a la legislación anterior a la LAU 1994 y con base en los artículos 1561 LEC y 120 LAU 1964 defendió en 1992 el carácter indisponible del desahucio arrendaticio y consecuentemente la imposibilidad de someterlo a arbitraje GUILARTE ZAPATERO, V.: “*Perspectivas...*” ob. cit. pág. 16 y 17.

203A pesar de dichos artículos GASPAR LERA, S.: *El ámbito...*, ob. cit. pág 172 sostuvo la posibilidad de someter a arbitraje el desahucio arrendaticio sobre la base del derogado artículo 39 LAU.

204MERINO MERCHAN, J.F y CHILLÓN MEDINA J.M.: *Tratado...*, ob. cit. pág 386: “*Con carácter general el TS partió del supuesto de que salvo excepciones contadas, las cuestiones arrendaticias quedaban sustraídas al conocimiento del arbitraje (SS. de 3 de mayo de 1961 y 26 de noviembre de 1962). Sin embargo ese pronunciamiento de carácter tan contundente, la propia voluntad de la cláusula compromisoria como expresión de la libertad de las partes, fue abriéndose paso hasta*

B) **La LAU de 1994** La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, se limita a señalar en el artículo 6 que: *“son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice”*²⁰⁵. Del tenor literal de la Ley podemos extraer dos conclusiones. En primer lugar, que ya no hace referencia al carácter irrenunciable de los beneficios que la ley otorga a los inquilinos o subarrendatarios de viviendas sino que se centra en la naturaleza de las normas (a las que considera de *ius cogens*); y, en segundo lugar, que se refiere a las *“estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título”* y dicho Título no es otro que el referido a los arrendamientos de vivienda (art. 6 a 28 LAU) por lo que en los arrendamiento para uso distinto del de vivienda (art. 29 a 35 LAU) no sólo no se contiene un precepto semejante al artículo 6 LAU sino que expresamente el art. 34 LAU prevé un supuesto de arbitraje²⁰⁶ al decir *in fine* que: *“En caso de falta de acuerdo entre las partes sobre la cuantía de la indemnización, la misma será fijada por el árbitro designado por aquéllas”*.

En todo caso, como nos recuerda la AP de Madrid²⁰⁷: *“Cuando se dictó la vigente LAU, el legislador demostraba ser proclive a la posibilidad de la existencia de arbitraje en la materia, pues en el Título 5 del Preámbulo se recordaba la posibilidad de que las partes en la relación jurídica pudieran pactar, para la solución de sus conflictos, la utilización del procedimiento arbitral; en el artículo*

acabar introduciéndose en algunos contratos de arrendamientos, siendo confirmada esa posibilidad por la jurisprudencia del TS. Así p.e. Sentencia de 4 de mayo de 1962 se nos viene a decir que no todas las normas de legislación arrendaticia son de ius cogens. Es decir que esa Sentencia creó lo que hemos dado en llamar “zona residual disponible en materia de arrendamientos”.

205 Señala la EM de la LAU 1994 que: *“Esto no obsta para **recordar** la posibilidad de que las partes en la relación jurídica puedan pactar, para la solución de sus conflictos, la utilización del procedimiento arbitral.”* ALONSO CUEVILLAS SAYROL, J.: *Procesos arrendaticios. Urbanos y comunes. Tras la nueva LAU de 24 de noviembre de 1994*, Ed. J.M. Bosch Editor S.L., Barcelona, 1996, pág 236 califica, con razón, de *“sorprendente”* esa afirmación y la expresión *“recordar”* que utiliza la EM *“para referirse a algo hasta la fecha tan polémico”*. También se muestran sorprendido por el *“recordatorio”* legal CRESPO ALLUE. F.: *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos* (Dir. GUILARTE GUTIERREZ, V.), Ed. Lex nova, Valladolid, 1994 p 530-531 y ORAA GONZALEZ, J. *“El régimen procesal de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. Notas críticas”* en *La Ley* núm 3833, de 28 de julio de 1995, p 5.

206 No obstante, dicha naturaleza jurídica ha sido discutida. Así, GASPARD LERA, S.: *El ámbito...*, ob. cit. pág 170 considera que: *“la intervención de un tercero en relación con la fijación de la renta de mercado puede constituir un arbitraje o un arbitramento, lo que vendrá determinado por la existencia o no de una cuestión litigiosa”*.

207 AAP de Madrid (Sec 21) 29/2008 de 22-1-2008, Pte: Guillermo Ripoll Olázabal [TOL 1.894.742].

39.5 relativo al procedimiento se disponía que las partes podían pactar el sometimiento de los litigios a los tribunales arbitrales, de conformidad con lo establecido en la LA de 1988; y en la D.A. 7ª se modificaba esta última ley en cuanto al plazo para dictar el laudo arbitral en conflictos provinientes de la LAU. Después, el art. 39 LAU fue derogado en su totalidad por la LEC 1/2000”.

C) **La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.** La LEC de 2000 deroga (Disposición Derogatoria Única 2. 6º) “los artículos 38 a 40, incluido, de la LAU 1994” y, con ello, la referencia expresa a la posibilidad de someter a arbitraje el arrendamiento urbano oscureciendo la solución al problema²⁰⁸.

D) **Situación actual** A la vista de esta evolución histórica es obvio que la posibilidad de someter a arbitraje el arrendamiento dependerá de la toma de posición previa sobre si dicho convenio arbitral, incluido como cláusula en un arrendamiento o articulado como acuerdo independiente (art 9 LA 2003), modifica “en perjuicio del arrendatario o subarrendatario de vivienda, las normas del presente Título” (art 6 LAU) así como si dicha cláusula arbitral afecta a una “materia de libre disposición conforme a derecho” (art 2 LA 2003 y art 2 RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo).

El concepto de “materia de libre disposición conforme a derecho” no es claro en nuestra doctrina. Así Gaspar Lera²⁰⁹, considera que: “la indisponibilidad de un derecho debe interpretarse en el sentido de ser una indisponibilidad absoluta” por lo que “la indisponibilidad absoluta a la que nos referimos es la que se predica de los derechos que se hallan fuera del comercio de los hombres ya por su propia naturaleza -derechos inherentes a la persona- ya por el interés público que reviste el

208En todo caso, estamos de acuerdo con BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A.. *Encuesta Jurídica* Mayo 2004 en SEPIN [SP/DOCT/2021] cuando dice que: “La derogación de este último (art. 39.5 LAU) fue sólo por razones sistemáticas de ubicación de la regulación de los nuevos procesos arrendaticios en la nueva LEC, sin que la ausencia de una previsión expresa sobre la posibilidad de arbitraje en estas cuestiones implique la desaparición de esta facultad [...]”. En el mismo sentido, el AAP Madrid, Sec. 13.ª, 94/2011, de 14 de abril Recurso 800/2010. Ponente: Carlos Cezón González. [SP/AUTRJ/637120] señala que: “la derogación de los artículos 38 a 40 de la LAU establecida por la disposición derogatoria única, apartado dos, sexta, de la LEC no supone una exclusión del arbitraje en el orden material arrendaticio, sino una supresión en la ley especial de normas procesales por razones de técnica legislativa”.

209GASPAR LERA, S.: *El ámbito...*, ob. cit. pág 107 y 108.

ejercicio de los mismos”. Por tanto, concluye esta autora: “*el arbitraje con carácter general únicamente podrá tener lugar respecto de cuestiones litigiosas que se susciten sobre derechos que no sean absolutamente indisponibles o que no estén excluidos de forma expresa de dicho mecanismo extrajudicial.*” Y, como conclusión lógica, dicha autora, en posición que compartimos, ve perfectamente posible la posibilidad de someter a arbitraje el arrendamiento²¹⁰.

Frente a dicha teoría otros autores concretan la indisponibilidad en la falta de idoneidad del objeto para ser enajenado²¹¹, en la irrenunciabilidad²¹², en su intransigibilidad²¹³ o en el carácter imperativo de las normas en que los derechos vienen reconocidos²¹⁴.

Este debate doctrinal ha tenido su reflejo en nuestra Jurisprudencia pudiendo

210GASPAR LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*. ob. cit. pág 175.

211GUASP DELGADO, J.: *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Ed. Bosch, Barcelona 1956 pág 122 donde señala: “*si tiene que haber capacidad para enajenar en el sujeto tiene que haber en el objeto capacidad para ser enajenado, es decir disponibilidad objetiva; capacidad para enajenar e idoneidad objetiva para ser enajenado no son sino el anverso y reverso de la figura única de la legitimación*”.

212Así CARRERAS LLANSANA, J.: “Contribución al estudio del arbitraje. Ensayo de Derecho Comparado”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Bosch. Barcelona, 1962 pág 434-435: “*en el fondo de todas las normas nacionales que regulan el arbitraje late como principio fundamental el de la renunciabilidad de los derechos subjetivos privados.[...] Si el titular de un derecho pudiera verse en algún momento obligado a ejercitarlo, dejaría de ser una facultad y se llegaría a una verdadera contradicción*” llegando a señalar que; “*si el convenio arbitral o compromiso constituye modo de ejercicio de un derecho de disposición, y este tiene su fundamento en el principio de renunciabilidad de los derechos, se desprende de ello, como lógica consecuencia, que el compromiso ha de venir sujeto a limitaciones...*” (pág. 436 ob. cit.). En contra, señala MERINO MERCHAN, J.F y CHILLÓN MEDINA, J.M.: *Tratado...*, ob. cit. pág 397 que: “*por medio del arbitraje los interesados no hacen dejación alguna de derechos sustantivos, sino que postulan una vía alternativa sustitutoria de la jurisdicción para resolver sus conflictos presentes o futuros en el marco de una concreta relación jurídica*”. Y, en contra, también señala MUNNE CATARINA, F.: *El arbitraje...*, ob. cit. pág 44 que: “*la sumisión a arbitraje no es una renuncia a derecho alguno, más que al Juez natural predeterminado por la Ley, pero no es un pacto contrario al orden público sino que se trata de un pacto conforme a lo previsto en la Ley de Arbitraje*”.

213Pero, como dice GASPAR LERA, S.: *El ámbito...*, ob. cit. pág 109: “*en el arbitraje no hay mutuas concesiones pues las partes no pretenden transigir, sino prestar certeza a un derecho incierto*”.

214FUENTES LOJO, J.V. *Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos. Tomo I* Ed. Bosch Barcelona. 1996, realiza un detallado análisis del estado de la doctrina y jurisprudencia anterior a la LAU de 1994 en pág 260-268. En contra de que el carácter de *ius cogens* de las normas determine la imposibilidad de someter a arbitraje una cuestión declara la STS 21 de marzo de 1985 que “*no debe confundirse el carácter de ius cogens de las normas jurídicas, con el ejercicio de los derechos privados de los que se puede disponer pues, en tales casos, no cabe interpretar que se procede en contra de la Ley sino precisamente de acuerdo con ella. Ello por cuanto se trata de utilizar los medios que la misma permite para resolver los conflictos creados*”. Asimismo, señala LORCA NAVARRETE, A.M.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* 1ª Reimpresión. Ed. IVDP. San Sebastián. 2004 pág 30 que: “*Como regla general la imperatividad y la conceptualización de derecho necesario de concretas normas no se opone a la disponibilidad de los derechos subjetivos ni de las relaciones jurídicas regidas por dichas normas*”.

distinguirse una doctrina minoritaria contraria a la posibilidad de someter a arbitraje el arrendamiento y una jurisprudencia mayoritaria favorable a la misma. A continuación profundizaré en la explicación de ambas teorías.

- I. **Teorías contrarias a la posibilidad de someter a arbitraje el desahucio arrendaticio.**- La Jurisprudencia, en ocasiones, se ha mostrado contraria a la posibilidad de someter a arbitraje la materia arrendaticia. Así, en numerosas oportunidades, se deniega la ejecución del laudo por considerar la materia arrendaticia de naturaleza imperativa o de *ius cogens*²¹⁵ o sencillamente por considerar que la materia de desahucio no es de libre disposición²¹⁶ o por entender que queda reservada a los Tribunales sin más explicación²¹⁷.

En la doctrina se muestran contrarios a la posibilidad de someter a arbitraje el desahucio arrendaticio de viviendas los magistrados Alcalá Navarro²¹⁸ y De la Hoz de la Escalera²¹⁹ así como Muñoz González²²⁰. Entiende el primero que no cabe el arbitraje en el desahucio por falta de pago si se trata de vivienda

215Así el AAP Madrid, Sec. 19.^a, 97/2011, de 30 de marzo Recurso 128/2011. (Ponente: Nicolás Pedro Manuel Díaz Méndez) [SP/AUTRJ/637714] no admite ni el arbitraje de equidad ni de derecho en materia arrendaticia por estar regulada por preceptos imperativos de “*indudable carácter público y por ende indisponibles*”; SAP Madrid, Sec. 19.^a, 508/2010, de 28 de octubre Recurso 3/2010. (Ponente: Ramón Ruiz Jiménez). [SP/SENT/628665] y el Auto del JPI número 73 de Madrid de 8 de septiembre de 2010 (Ejecución forzosa de laudo 1773/2010) y la Jurisprudencia que este último cita: “*También hemos de mencionar la SAP de Barcelona, sec. 15.^a de 4 de noviembre de 2005 entre otras. Más recientemente los autos de la AP de Madrid, Sección 20, de 13 de septiembre de 2007; sección 21 de 22 de enero de 2008 y sección 11, de 22 de enero de 2009*”. También se muestra contrario a admitir el arbitraje en materia arrendaticia el AAP de Madrid Sec. 21.^a, 209/2011, de 2 de noviembre Recurso 253/2011. (Ponente: Almudena Cánovas del Castillo Pascual) [SP/AUTRJ/654786].

216Así la SAP Alicante, Sec. 5.^a, 744/2001, de 24 de octubre Recurso 324/2001. (Ponente: Visitación Pérez Serra) [SP/SENT/32249].

217Así, la SAP Almería, Sec. 2.^a, 52/2003, de 18 de febrero Recurso 364/2002. (Ponente: José María Contreras Aparicio) [SP/SENT/43312] indica: “[...] *evidentemente, la extinción del contrato, cual es la solicitud que contiene la demanda, por impago de la renta, resolución que conlleva el lanzamiento del inquilino o arrendatario, es cuestión que excede de la mera interpretación, quedando reservada para la exclusiva resolución judicial, única competente según la LAU [...]*”.

218ALCALÁ NAVARRO, A.: Encuesta Jurídica Mayo 2004 en *SEPIN* [SP/DOCT/2021].

219DE LA HOZ DE LA ESCALERA, J.: Encuesta Jurídica Mayo 2004 en *SEPIN* [SP/DOCT/2021].

220MUÑOZ GONZALEZ, L.: "El desahucio arbitral" en *Actualidad Civil* núm. 8/17-23 febrero 1997 . Consultado en Actualidad Civil 1997- 1 Sección Doctrina págs 169-182. El argumento básico de la oposición de este autor al desahucio arbitral fue el, entonces vigente y ya derogado, art 1561 LEC que asignaba el conocimiento exclusivo de las demandas de desahucio a la jurisdicción ordinaria (pág 170 y 172) y que, en su opinión, el proceso especial y sumario de desahucio “*es un cauce procesal mucho más idóneo que el procedimiento arbitral*” (pág 173) ya que el objeto del desahucio es muy simple y “*no resultan precisos conocimientos especiales; el derecho del arrendador reclama una tutela inmediata y eficaz, especialmente en caso de falta de pago de las rentas que no se consigue con el procedimiento arbitral [...]*” (pág 175-176).

(dada la naturaleza imperativa de las normas que regulan dicho arriendo) pero sí en el caso de arrendamientos para uso distinto al de vivienda (que carecen de dicho carácter imperativo) mientras que De la Hoz de la Escalera argumenta que de admitirse la posibilidad de someter a arbitraje el arrendamiento de viviendas *"habría que aceptar la posibilidad de que desapareciese para el arrendatario la facultad de enervación de la acción reconocida en el art. 22 de la LEC"* lo cual, sigue diciendo dicho autor, no es aceptable porque *"este precepto es una norma procesal indisponible para las partes en virtud del artículo 1 LEC, no pudiendo el arrendador evitar ni impedir que el arrendatario haga uso de esa facultad en las condiciones legales, ni el arrendatario renunciar válidamente a ella antes del proceso"*.

II. **Teorías favorables a la posibilidad de someter a arbitraje el desahucio arrendaticio.** No obstante, la jurisprudencia mayoritaria suele venir considerando susceptible de arbitraje la materia arrendaticia e incluso el desahucio por falta de pago siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos que en síntesis son: que se trate de arbitraje de derecho (si bien, como veremos, existe jurisprudencia que admite igualmente el arbitraje de equidad); que se conceda a la parte "demandada" la posibilidad, en su caso, de enervar el desahucio de acuerdo con 22.4 LEC y que el lugar de emisión del laudo sea el mismo donde radica la finca arrendada²²¹. Así se han pronunciado numerosas resoluciones de nuestra Jurisprudencia menor²²² a pesar de reconocer el carácter de orden público de las normas sustantivas y procesales que regulan el desahucio arrendaticio.

221La finalidad de este requisito es que el arrendatario tenga conocimiento del procedimiento y sea llamado al mismo, sin que le suponga un coste importante acudir al acto de audiencia. Es decir, impedir la indefensión de alguna de las partes.

222AAP Madrid, Sec. 14.ª, 40/2011, de 15 de febrero Recurso 771/2010. (Ponente: Paloma Marta García de Ceca Benito) [SP/AUTRJ/638830]; AAP de Madrid 29/2008 de 22 de enero (Sección 21) RECURSO DE APELACIÓN 504 /2007 (Ponente: Guillermo Ripoll Olázabal) [TOL 1.894.742]; SAP de Les Illes Balears de 23 de marzo de 2011 Sec. Quinta . Rec.: 13/2010 (Ponente: Apolonia Martínez Nadal) [TOL 2.125.076]; SAP de Madrid de 22 de junio de 2009 (Sección 11), Recurso: 7/2007 (Ponente: Lourdes Ruiz de Gordejuela-López) [TOL 1.575.572]; AAP Madrid, Sec. 14.ª, 39/2011, de 9 de febrero Recurso 775/2010. (Ponente: Amparo Camazón Linacero) [SP/AUTRJ/637307]; Auto de 1 de febrero de 2011 del JPI 101 de Madrid que no admite el arbitraje de equidad pero sí el de derecho [aeade.org/ficheros/ficheros/documentos/2011/ppt_icam/d_Auto_Arrendamientos_juzgado_101_-_Madrid.pdf]. La doctrina emanada de este Juzgado es especialmente relevante porque el Acuerdo de 25-11-2010 del Pleno del CGPJ atribuye al JPI 101 de Madrid el conocimiento con carácter exclusivo de determinados asuntos relativos al laudo y arbitraje (BOE 310 de 22-12-2010).

En la doctrina científica también se han mostrado favorables a admitir la posibilidad de someter a arbitraje el desahucio arrendaticio, en posición que comparto, entre otros, Álvarez Sánchez²²³, Conejo Alba²²⁴, Gaspar Lera²²⁵, Merino Merchán y Chillón Medina²²⁶; Lorca Navarrete²²⁷, y Munne Catarina²²⁸.

Los argumentos que se dan para admitir la posibilidad de someter a arbitraje el arrendamiento de viviendas y más específicamente del desahucio arrendaticio son, en síntesis, los siguientes:

1. En primer lugar, no se considera la resolución del arriendo y el desahucio o lanzamiento materia indisponible dado que ningún precepto legal así lo establece, pues el artículo 2.1 de la LA , dispone que "*son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*", sin que precepto legal alguno limite el sometimiento a arbitraje de las cuestiones arrendaticias²²⁹.

Añade la AP de Madrid²³⁰ que: "*En esta clase de asuntos es doctrina*

223ÁLVAREZ SÁNCHEZ, J.I.: Encuesta Jurídica Mayo 2004 en *SEPIN* [SP/DOCT/2021]. En dicha encuesta también se manifiestan a favor de someter a arbitraje el desahucio los magistrados BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, A.; CREMADES MORANT, J.; FERRER GUTIÉRREZ, A.; GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E.; ILLESCAS RUS, Á.V. ; MOSCOSO TORRES, P.J y RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.

224CONEJO ALBA, J. "El arbitraje en materia de arrendamientos urbanos" en *Abogacía* nº 0/octubre de 2008 pág 43.

225GASPAR LERA, S.: *El ámbito...*, ob. cit. pág 175.

226MERINO MERCHAN, J.F y CHILLÓN MEDINA, J.M.: *Tratado...*, ob. cit. pág 398.

227LORCA NAVARRETE A.M.: "Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de Dieciocho de octubre de 2010. Comentario de Antonio María Lorca Navarrete" en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Cuaderno 2-2011. IVDP. Consultado en Internet: <http://www.leyprocesal.com> donde señala: "*Y vuelvo a la carga y, posiblemente, a ser cargante: la materia arrendaticia no comporta derechos de carácter sustantivo y procesal no susceptibles de disposición (ni aún en los supuestos de resolución de la controversia por medio de un arbitraje de equidad)[...] Digámoslo sin titubear: el proceso de desahucio sólo es dado a aspirar a luchar contra la mora. Lo que supone que esa finalidad se debe al "contexto" el cual comprende la no tolerancia de situaciones morosas. Desde ese punto de vista no es de recibo demarcarlo como indisponible ¡Ni mucho menos!*"

228MUNNE CATARINA, F.: "*El arbitraje...*", ob. cit. pág. 47 a 49.

229SAP de Les Illes Balears de 23 de marzo de 2011 Sec. Quinta . Rec.: 13/2010 (Ponente: Apolonia Martínez Nadal) [TOL 2.125.076]; AAP de Madrid 209/10 de 12 de noviembre de 2010 (Sección 25). Número Recurso: 403/2010 (Ponente: Fernando Delgado Rodríguez) [TOL 2.162.079].

230SAP Madrid, Sec. 25.^a, 102/2010, de 19 de febrero Recurso 148/2009. (Ponente: Fernando Delgado Rodríguez). [SP/SENT/503597].

consolidada en sendas sentencias de la AP de Madrid, sec. 14ª, de 3-2-2009, nº 114/2009, rec. 4/2008 y sec. 11ª, de 22-6-2009, nº 255/2009, rec. 7/2007, que partiendo de anteriores consideraciones y atendiendo al carácter patrimonial de las normas concernidas por el arbitraje, no parece que la LAU haga indisponible la materia que regula, tanto más cuando se trata de determinar el cumplimiento contractual y, muy significadamente, el de la principal obligación del arrendatario, sin que en la suscripción del convenio arbitral se advierta ninguna situación de privilegio o abuso para el propietario que solo persigue la obtención de la contraprestación pactada por la cesión del uso y disfrute de la vivienda de la que es titular, y sin que en el caso se haya observado por la arrendataria una conducta dirigida a consignar la suma en cuyo impago se sustentaba la demanda de arbitraje”.

Especialmente clarificador es el AAP de Madrid, (Sec. 14.ª) de 9 de febrero de 2011²³¹ cuando señala que: *“La cuestión decisiva es deslindar los campos de la imperatividad y la libertad de disposición, a los efectos de saber si las normas imperativas de la L.A.U. de 1994 impiden la arbitrabilidad de los conflictos arrendaticios.[...] Para nuestro análisis es preciso detenernos previamente en la naturaleza del contrato de arrendamiento y en la del proceso de desahucio. Desde la naturaleza del contrato parece que no hay mayores obstáculos. Se trata de la transferencia temporalmente limitada de la posesión inmediata de un bien inmueble, y de todas las condiciones de uso del mismo, a cambio de un precio cierto. Desde la naturaleza del proceso tampoco hay problemas. La LEC de 2001 no contiene precepto de orden público como era el Art. 1561 L.E.C. de 1881, y la naturaleza del proceso de desahucio por falta de pago es muy especial. Si analizamos detenidamente el proceso de desahucio por falta de pago, vemos que el legislador no lo ha concebido como estructura neutra de defensa de derechos, sino como método beligerante de lucha contra la mora²³²[...] El examen de la diferencia entre normas imperativas y derechos disponibles también nos lleva a estimar la posibilidad del arbitraje arrendaticio”²³³.*

231SAP Madrid, Sec. 14.ª, 39/2011, de 9 de febrero Recurso 775/2010. (Ponente: Amparo Camazon Linacero) [SP/AUTRJ/637307].

232El subrayado es mío.

233 En el mismo sentido, AAP Madrid, Sec. 14.ª, 40/2011, de 15 de febrero Recurso 771/2010. (Ponente:

2. Respecto de la alegación relativa al carácter de *ius cogens* de las normas aplicables a estas cuestiones arrendaticias, debe tenerse en cuenta que, como declaró la STS de 21 de marzo de 1985, el carácter imperativo de las normas no convierte a las controversias surgidas en torno a un derecho en no susceptibles de arbitraje y, en consecuencia, el límite de lo que puede ser objeto de arbitraje debe situarse en aquellas materias que contraríen el orden público²³⁴. No obstante, el interés y el orden público no debe identificarse con regulación de derecho público ni imperativo, porque existen materias que, aún participando de este carácter, pueden ser objeto de libre disposición de las partes, como ocurre en el presente supuesto. Como señala la AP de Madrid²³⁵:

“Esta corriente (se refiere a la que admite el arbitraje arrendaticio) encuentra apoyo en las sentencias del TS de 21 de marzo de 1985 , 19 de febrero de 1998 y 30 de noviembre de 2001 , que, aunque se ocupan sobre la posibilidad del arbitraje en litigios referentes a la nulidad de Junta de accionistas y a la impugnación de acuerdos sociales, guardan una estrecha conexión en cuanto ambas materias vienen reguladas por normas imperativas. Las citadas resoluciones defienden que es admisible el arbitraje "sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo"[...] es cierto que "la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de "ius cogens" pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y,

Paloma Marta García de Ceca Benito) [SP/AUTRJ/638830]

234STS de 21 de marzo de 1985. Sala de lo Civil. Sección 1ª (Ponente: José Beltrán de Heredia y Castaño) Roj: STS 683/1985 Id Cendoj: 28079110011985100296 que indica que: *“El argumento impugnatorio es asimismo común, consistente en afirmar que los árbitros carecían de competencia para tratar y decidir de estos temas que fueron sometidos a su consideración, pues, según el referido artículo catorce de la Ley de Arbitrajes, sólo pueden ser objeto de éstos las materias de las que las partes pueden disponer libremente, pero no de las no disponibles, como las que aquí se decidieron, reguladas por normas de Derecho necesario o «ius cogens» y sometidas imperativamente a la Jurisdicción ordinaria. Argumentación que no puede ser aceptada, porque confunde el carácter de las normas jurídicas, con el ejercicio de los derechos privados -no públicos- de los que se puede disponer, incluso en el máximo grado de disposición que implica la renuncia...”*

235AAP Madrid, Sec. 14.ª, 151/2011, de 30 de junio Recurso 278/2011. (Ponente: Pablo Quecedo Aracil). [SP/AUTRJ/647826]; AAP Madrid, Sec. 14.ª, 39/2011, de 9 de febrero [SP/AUTRJ/637307].

por tanto, dispositivo de los mismos"(STS de 19 de febrero de 1998). Estos criterios se podrían aplicar a la materia arrendaticia, que, también, consideramos puede ser objeto de disposición por las partes, ya que no debe confundirse "el carácter de las normas jurídicas, con el ejercicio de los derechos privados -no públicos- de los que se puede disponer, incluso en el máximo grado de disposición que implica la renuncia"(STS de 21 de marzo de 1985). Las partes sólo renuncian a que su pretensión se ventile ante un órgano judicial, sin que ello implique lo mismo respecto al derecho sustantivo aplicable, ni a sus normas imperativas, de modo que el árbitro será el que deba aplicar las mismas".

3. Respecto de la concreta alegación relativa al derecho de enervación que asiste al inquilino, según la jurisprudencia mayoritaria es preciso que se haga constar en el escrito que inicia el procedimiento arbitral dicha posibilidad²³⁶ pero no falta alguna resolución de la AP de Madrid²³⁷ que, a nuestro entender de manera acertada aunque en posición minoritaria, llega a señalar que: *"la enervación de la acción, sin perjuicio de que se trata de un derecho vinculado a un proceso judicial, no necesariamente a un proceso arbitral, no está regulada en la LAU de 24 de noviembre de 1994, sino en el artículo 22.4 de la LEC, luego no le alcanza el carácter imperativo de las normas de la LAU que ésta establece en su artículo 4, sólo referido a determinados títulos de dicha Ley"*, por lo que parece entender que no sería necesario siquiera que se haga constar en el escrito iniciador del arbitraje la posibilidad de enervar porque ni es un derecho imperativo ni, sobre todo, es un derecho del procedimiento arbitral (sino judicial). Como hemos señalado, compartimos esta posición minoritaria de la AP de Madrid con argumentos que desarrollaremos más adelante.

E) Especialidades en materia de consumo de la resolución del contrato de

236SAP de Les Illes Balears de 23 de marzo de 2011 Sec. Quinta. Rec.: 13/2010. (Ponente: Apolonia Martínez Nadal) [TOL 2.125.076].

237AAP Madrid, Sec. 9.^a, 40/2011, de 17 de febrero. Recurso 741/2010. (Ponente: Juan Ángel Moreno García) [SP/AUTRJ/638825]; AAP Madrid, Sec. 9.^a, 41/2011, de 17 de febrero, Recurso 780/2010. (Ponente: Juan Ángel Moreno García).[SP/AUTRJ/637519].

arrendamiento.

I. Consideraciones preliminares: la relación jurídica de consumo. También se ha planteado si en el ámbito del derecho de los consumidores es válida la sumisión a arbitraje de la resolución del contrato de arrendamiento urbano y si la respuesta que demos a dicha pregunta presenta especialidades con relación al régimen general. En este sentido, es preciso hacer una delimitación previa desde un punto de vista subjetivo y objetivo:

- **Elemento subjetivo.** La primera precisión hace referencia a los sujetos que necesariamente han de intervenir en la relación jurídica de consumo. Y ello porque, desde un punto de vista subjetivo, sólo analizaremos en este apartado los contratos de arrendamiento con cláusula arbitral donde el arrendador sea un empresario y el arrendatario (consumidor) sea una persona física o jurídica²³⁸ que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional²³⁹. Quedan fuera (y son la mayoría) los casos en que ni arrendador ni arrendatario tienen la cualidad de profesional o consumidor, es decir las relaciones entre particulares²⁴⁰ y ello porque, en tales supuestos, no será de

238 Respecto a las personas jurídicas si bien, en la actualidad, pueden ser consumidores no hay que olvidar que como dice PEREZ MIRALLES, J.A.: "*Arbitraje ...*" ob. cit. pág. 127 las personas jurídicas "*por su propia naturaleza no tienen necesidad de vivienda lo cual es propio de las físicas no de las jurídicas que no moran o habitan sin perjuicio de que puedan tener su domicilio*". No obstante, como señala el mismo autor, cabe incluir dentro del arrendamiento de consumo además del arrendamiento de vivienda permanente "*otros contratos (de uso distinto a vivienda) como los de temporada esto es apartamentos turísticos y viviendas vacacionales (art 3.2. LAU) o para actividades recreativas, asistenciales, culturales o docentes sin ánimo de lucro*" y, es dentro de estos últimos, donde podría darse una relación jurídica de consumo en la que el arrendatario pudiera ser persona jurídica.

239 Actualmente pueden ser consumidores las personas físicas o jurídicas. No obstante la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y Consejo de 25-10-2011 en su art 2.1 señala que "*a efectos de la presente Directiva, se entenderá por: «consumidor»: toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*".

240 Comparto la opinión de PEREZ MIRALLES, J.A.: "*Arbitraje...*" ob. cit. pág. 126-127 de que existe "*un primer sector de contratos arrendaticios excluidos del ámbito de arbitraje de consumo por carecer el arrendatario del necesario carácter de consumidor, en tanto que el inmueble o local adquirido lo sea para una actividad comercial o industrial*". Asimismo, -sigue diciendo- cabe incluir dentro del arrendamiento de consumo además del arrendamiento de vivienda permanente (art 2.1 LAU) "*otros contratos (de uso distinto a vivienda) como los de temporada esto es apartamentos turísticos y viviendas vacacionales (art 3.2. LAU) o para actividades recreativas, asistenciales, culturales o docentes sin ánimo de lucro*" e incluso, sigue señalando el mismo autor, los arrendamientos mixtos (vivienda y otro destino como p.e. despacho profesional) en el que el destino primordial sea el de vivienda. En todo caso, sólo a los arrendamientos de vivienda les alcanza la naturaleza imperativa del art. 6 LAU por lo que, respecto a los otros arrendamientos admisibles en materia de consumo, será más sencillo admitir la posibilidad de someterlos a arbitraje porque las normas que los regulan no tienen el mismo carácter imperativo que en los arrendamientos de vivienda.

aplicación la normativa del derecho de consumo.

- **Elemento objetivo.** La segunda precisión hace referencia a la materia arbitrable. En el presente apartado nos hemos centrado en la resolución del contrato de arrendamiento y la elección no es gratuita. Y ello porque las partes pueden someter a arbitraje numerosas cuestiones derivadas de un contrato de inquilinato (determinación de rentas, pago de rentas devengadas y no abonadas etc.) pero donde la doctrina y la jurisprudencia no se han puesto de acuerdo es en si el laudo arbitral puede acordar la resolución del contrato de arrendamiento y el desahucio del inquilino porque, en esta materia, están comprometidas normas imperativas.

II. La materia arbitrable. Especialidades en materia de consumo. Admitido mayoritariamente, como hemos visto, por nuestra doctrina científica y jurisprudencial la posibilidad de someter a arbitraje el desahucio de vivienda urbana, dicha teoría, aunque normalmente formulada para los arrendamientos en los que ninguno de los contratantes tiene la consideración jurídica de consumidor, entendemos que es plenamente aplicable por analogía a la relación jurídica arrendaticia de consumo en la que se hubiese pactado la sumisión a arbitraje de consumo si bien hay que señalar las particularidades que dicha cláusula arbitral presenta en la relación jurídica de consumo: es decir cuando el arrendador es empresario y el arrendatario actúa fuera del ámbito de su profesión. Dichas especialidades vienen dadas por las particularidades de la regulación en esta materia y son, a nuestro entender, las siguientes: el arbitraje de consumo es, en principio, de equidad; el procedimiento arbitral de consumo debe iniciarse necesariamente por solicitud del consumidor y, por último, la legislación de consumo prevé expresamente ciertas limitaciones sobre cláusulas arbitrales. Pasamos a analizar cada una de estas peculiaridades:

Primero. El arbitraje de consumo es, en principio, de equidad. Como hemos dicho, entendemos que no ofrece duda la admisibilidad del arbitraje de derecho en materia de desahucio arrendaticio. Mayores problemas plantea el

arbitraje de equidad. El problema, en materia de consumo, es que según el artículo 33 del RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo: *“El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho”*²⁴¹.

La jurisprudencia es mayoritariamente contraria a la admisión del arbitraje de equidad en materia de desahucio arrendaticio porque, entienden, que no cae en el poder de disposición de las partes establecer un arbitraje de equidad, que permita obviar la regulación sustantiva y procesal, llegando a señalar que *“no puede quedar a la fijación equitativa los derechos de enervación, fuero territorial y cualesquiera otros que la Ley concede al inquilino”* por lo que *“no cabría la posibilidad de arbitraje de equidad, pues, con independencia de cómo se desarrollara éste, no entran en las funciones del árbitro lo que, de no ser por aquella imperatividad, sería lo natural: la decisión en equidad, esto es, según lo que considere más justo, sin sujeción a norma legal alguna”*²⁴², pero existen resoluciones que sí lo admiten²⁴³. Así, en apretada síntesis la Sección 21ª de la AP Madrid,²⁴⁴ resume la situación existente entre las distintas secciones de la AP de Madrid indicando:

“La situación, salvo error, es la siguiente. Coinciden con el criterio de esta Sección (contraria a admitir el arbitraje de equidad en los arrendamientos) la Sección Vigésima (ésta se había pronunciado en auto de 13 de septiembre de 2007 y ha mantenido después su criterio en bastantes

241 En la práctica dicho problema se suele salvar fácilmente, porque el profesional, al realizar la oferta de sumisión a arbitraje de consumo, puede elegir que se resuelvan las controversias mediante arbitraje en derecho.

242 Así, por ejemplo, AAP Madrid, Sec. 12.ª, 559/2011, de 19 de julio, Recurso 319/2010. [Ponente: Ana María Olalla Camarero] [SP/AUTRJ/642659]. En el mismo sentido, contrario al arbitraje de equidad, podemos señalar AAP Madrid, Sec. 12.ª, 560/2011, de 19 de julio, Recurso 371/2010. (Ponente: Ana María Olalla Camarero) [SP/AUTRJ/642833]; AAP Madrid, Sec. 21.ª, 82/2011, de 26 de abril, Recurso 142/2011. (Ponente: Ramón Belo González). [SP/AUTRJ/638833]; AAP de Madrid, Sec. 21ª, 29/2008 de 22 de enero, Recurso 504 /2007. (Ponente: Guillermo Ripoll Olazábal) [TOL 1.894.742 y SP/AUTRJ/158956].

243 En la doctrina, en posición intermedia, entiende CONEJO ALBA, J. “El arbitraje ...” ob. cit. pág 39 que: *“si bien no existe obstáculo legal para que las partes pacten un arbitraje en equidad, es rechazable desde un punto de vista social que un laudo dictado por una persona neófito en leyes pueda resolver un contrato según su leal saber y entender”*.

244 AAP Madrid, Sec. 21.ª, 82/2011, de 26 de abril Recurso 142/2011. (Ponente: Ramón Belo González). [SP/AUTRJ/638833]. Dicha síntesis y la oposición al laudo de equidad se reitera en AAP de Madrid de 10 de enero de 2012. Sección 21ª. (Ponente: Ramón Belo González) [SP/AUTRJ/661548].

resoluciones como los autos de 10 y 21 de septiembre de 2010) y Decimonovena (auto de 1-10-2009). Se pronuncian claramente por la validez del laudo arbitral de equidad dictado en relación contractual de arrendamiento de vivienda y la posibilidad procesal de su ejecución las Secciones Novena (auto de 22 de julio de 2010, aunque en anterior auto de 22 de mayo de 2009 sostuvo la postura contraria), Décima (autos de 16 de octubre de 2007, 14 y 22 de julio de 2010), Decimocuarta (auto de 21 de julio de 2010) y Vigésimoquinta (sentencia de 19 de febrero de 2010). Las Secciones Decimotercera (auto de 7 de mayo de 2010) y Decimoctava (auto de 18-10-2010) se inclinan por la ejecución del laudo arbitral de equidad, pero parece que más con base en la imposibilidad de examinar de oficio la cuestión el Juzgador al pronunciarse sobre la admisibilidad del despacho de ejecución. La postura de la Sección Undécima es incierta a la vista de sus sentencias de 22 de enero y 22 de junio de 2009, y por lo que nos consta no se han pronunciado todavía las Secciones Octava y Duodécima".

En nuestra opinión, y siguiendo el criterio minoritario de la doctrina²⁴⁵ y de la jurisprudencia, consideramos válido el arbitraje de equidad en materia de desahucio arrendaticio en virtud de los siguientes argumentos:

1. En cuanto al objeto del arbitraje, lo trascendente no es si el arbitraje es de equidad o de derecho sino si en el supuesto concreto sometido a arbitraje se ha vulnerado alguna norma imperativa o de orden público. Y ello porque, como vimos, el legislador no ha concebido el proceso de desahucio *“como estructura neutra de defensa de derechos, sino como método beligerante de lucha contra la mora”*²⁴⁶ por lo que no se aprecia

245Señala MARCOS FRANCISCO, D.: “La resolución de litigios vía arbitraje en el ámbito de arrendamientos urbanos: una ocasión desaprovechada en un contexto de reformas proyectadas sobre arbitraje y procesos arrendaticios” en *Diario La Ley*, Nº 7624, Ed. LA LEY, 2011, LA LEY 5992/2011 [consultado en Internet en http://www.larioja.org/upload/documents/680818_DLL_N_7624-2011.La_resolucion_de_litigios.pdf] que: *“no habría por qué impedir un arbitraje para solucionar un problema arrendaticio urbano, sea en derecho o en equidad, siempre y cuando — claro está— si en el concreto conflicto hay normas imperativas en juego, éstas sean aplicadas por el árbitro. De no ser así, cabría pretender la anulación del laudo ex art. 41.1 f) LA (por vulneración del orden público) cuando el órgano competente para conocer de esta acción de anulación estimase que dicha inaplicación es de tal entidad que constituye un atentado contra dicho orden”*.

246AAP Madrid, Sec. 14.^a, 39/2011, de 9 de febrero Recurso 775/2010. (Ponente: Amparo Camazón Linacero) [SP/AUTRJ/637307].

vulneración de ningún derecho si, en un arbitraje de equidad, *“se declara probado el impago, se acuerda la resolución del contrato, el desalojo del inmueble arrendado, se condena al pago de la cantidad adeudada y se imponen las costas al arrendatario”*²⁴⁷.

Como dice la AP Madrid, Sec. 9.^a, 40/2011, de 17 de febrero: *“no se opone al arbitraje de equidad la existencia de normas imperativas en la LAU, pues normas imperativas las hay en todos los sectores del ordenamiento jurídico, lo que supondría, de aceptar el argumento del auto apelado, que no cabría arbitraje de equidad en ninguna materia por poder vulnerarse esas normas imperativas.”*²⁴⁸ En todo caso, lo que debe plantearse es, no si en general podrían o no vulnerarse ciertas normas en un determinado procedimiento, sino si efectivamente se ha vulnerado alguna norma imperativa en el caso sometido a decisión”. Si se ha vulnerado una norma imperativa o de orden publico será posible anular el laudo, ya sea de equidad o de derecho, entre otras razones por la vía del artículo 41. f LA y porque, como dice la doctrina²⁴⁹, *“la interpretación según la cual el arbitraje de equidad permite al árbitro no aplicar (derogar) normas imperativas es aberrante. Es contraria a nuestro sistema de fuentes del derecho y no puede encontrar fundamento en el artículo 3.2 CC. Si entendiéramos que en méritos de lo pactado en el convenio arbitral se autoriza al árbitro de equidad a prescindir del Derecho imperativo estaríamos infringiendo las prohibiciones*

247AAP Madrid, Sec. 9.^a, 40/2011, de 17 de febrero, Recurso 741/2010. (Ponente: Juan Ángel Moreno García), [SP/AUTRJ/638825]; AAP de Madrid Sec 9^a 217/2011, de 4 de noviembre, Recurso 254/2011. (Ponente: José Zarzuelo Descalzo), [SP/AUTRJ/654775].

248Insiste en este argumento el AAP Madrid, Sec. 9.^a, 97/2011, de 4 de mayo, Recurso 69/2011. (Ponente: José Luis Duran Berrocal) [SP/AUTRJ/637712]; AAP Madrid, Sec. 9.^a, 109/2011, de 16 de mayo. Recurso 83/2011. (Ponente: José Luis Duran Berrocal), [SP/AUTRJ/637711].

249FERNANDEZ DEL POZO, L.: “La arbitrabilidad...”, ob. cit. pág 298 Señala GONZALO QUIROGA, M.: *“Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional”*. Universidad Complutense de Madrid, Tesis Doctoral, Madrid, 2001, pág 517 [Consultada en Internet <http://eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t24965.pdf>] que aunque los árbitros *“decidan ex aequo et bono, el límite también se encuentra en el orden público, entendiendo el orden público de dirección y el de protección cuando se den las circunstancias que reclamen su aplicación. En la práctica se observa un respeto igual por el orden público en la ley aplicable tanto si el árbitro estatuye en Derecho como si lo hace en equidad, afirmándose la necesidad de dar efecto a las normas imperativas, a las leyes de policía y al orden público que pudiera resultar concernido. Resulta significativo, en este sentido, como el límite del orden público se mantiene inalterable en el arbitraje de equidad, tal y como se desprende de la exigencia de motivación, al menos fáctica, del laudo arbitral si no se quiere incurrir en un fácil recurso de anulación.”*

contenidas en los artículos 6.2 y 6.3 del CC (renuncia inadmisibile a la ley imperativa)²⁵⁰. *A fortiori*, no olvidemos que, en principio y dejando a salvo la excepción del art. 48 RD 231/08, el laudo arbitral es firme e irrecurable desde que se dicta y que, para el caso de que se ejerciten los medios de impugnación de la cosa juzgada que prevé la LA (acción de anulación y revisión), el control judicial no se extiende a los razonamientos jurídicos contenidos en el laudo por lo que nada garantiza que el laudo de derecho aplique correctamente la legislación²⁵¹ y frente a dicha incorrecta aplicación, salvo que por su entidad llegara a vulnerar el orden público constitucional, no cabe recurso.

2. En cuanto al derecho a enervar previsto en el artículo 22. 4 LEC compartimos la doctrina minoritaria de la Sec. 9.^a, de la AP Madrid²⁵² en el sentido de que *“la enervación de la acción, sin perjuicio de que se trata de un derecho vinculado a un proceso judicial, no necesariamente a un proceso arbitral, no está regulada en la LAU de 24 de noviembre de 1994, sino en el artículo 22.4 de la LEC, luego no le alcanza el carácter imperativo de las normas de la LAU que ésta establece en su artículo 4, sólo referido a determinados títulos de dicha Ley”*.

En efecto, el derecho del arrendatario de enervar la acción no es un derecho previsto en la legislación de arbitraje, ni siquiera en la legislación arrendaticia en su redacción actual sino en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art 22), LEC que se aplica, en virtud del principio de legalidad procesal del art 1 de la LEC, *“a los procesos civiles”* y que,

250En el mismo sentido MUNNE CATARINA, F.: *El arbitraje...*, ob. cit. pág 44: *“Puesto que las normas imperativas en principio deben cumplirse y aplicarse tanto en derecho como en equidad y tanto en un arbitraje como en una negociación autocompositiva”*.

251Se ha llegado a defender por PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral* Ed. Aranzadi 1^a Edición. Navarra 2010, pág. 109 que el juez ejecutor no puede denegar el despacho de ejecución porque el laudo de derecho se haya dictado en aplicación de una norma derogada pero entendemos que dicho anómalo supuesto supondría una vulneración flagrante del orden publico constitucional -del principio de legalidad, de la jerarquía normativa y del Estado de Derecho todo- por lo que entendemos que el Juez, si el carácter derogado de la norma es manifiesto, debe denegar el despacho de ejecución. Si, por contra, dicha derogación es dudosa nos adherimos al criterio de dicha autora.

252AAP Madrid, Sec. 9.^a, 40/2011, de 17 de febrero Recurso 741/2010. (Ponente: Juan Ángel Moreno García), [SP/AUTRJ/638825]; AAP Madrid, Sec. 9.^a, 41/2011, de 17 de febrero, Recurso 780/2010. (Ponente: Juan Ángel Moreno García), [SP/AUTRJ/637519].

como mucho, es derecho supletorio en los procesos penales contencioso-administrativos, laborales y militares (art 4 LEC). Pero dichos artículos no hacen referencia a que la LEC sea aplicable al procedimiento arbitral y ya usemos un argumento *inclusio unius exclusio alterius* (el art 4 LEC ha delimitado los procedimientos en los que la LEC es derecho supletorio excluyendo los no enunciados), ya usemos un argumento de que la enervación es un derecho excepcional porque excepciona la regla esencial de nuestro ordenamiento civil contenida en el artículo 1124 CC, y por tanto no cabe extenderla por analogía al procedimiento arbitral (art 4.2 CC) o ya invoquemos el artículo 7 LA que excluye, salvo cuando así lo dispone la Ley, la intervención de los tribunales de los asuntos que se rijan por esta Ley (y por lógica excluye el derecho procedimental de los Tribunales que es la LEC salvo en la ejecución forzosa del laudo art. 44 L.A.) creemos que la extensión generalizada y sin apenas crítica²⁵³ que se ha hecho del derecho de enervación contenido en la LEC al procedimiento arbitral no tiene ningún fundamento legal sobre todo tras la derogación de la antigua LEC y del Título V de la LAU de 1994.

En efecto, no desconocemos que la LAU en su DA 5ª modificaba el ya derogado art 1563 de la LEC que regulaba la enervación (reiteramos en el ámbito judicial) ni que la EM (5) de la LAU de 1994 hace referencia a que se regulan, en la Disposición Adicional indicada, el derecho de enervación pero ya no es sólo que el artículo 1563 de la antigua LEC esté derogado sino que todo el Título V de la LAU 1964 referido a los procesos arrendaticios ha sido abrogado y su regulación, en lo relativo al

253 Aparte del *obiter dicta* de la SAP de Madrid (Sec. 9ª) citada, en la doctrina parece defender esta tesis minoritaria MARCOS FRANCISCO, D.: “La resolución...” ob. cit. pág 16 al decir: “*No cabe duda de que el mecanismo procesal de la enervación es una garantía para el arrendador de la que puede hacer uso y valerse el arrendatario; pero precisamente por eso —porque es una posibilidad— no cabe afirmar que estemos ante normas imperativas ni mucho menos aplicables al arbitraje. Si bien el arbitraje es también un proceso como el judicial — aunque mucho más flexible—, regido por los mismos principios de audiencia, contradicción e igualdad, lo cierto es que nos movemos ante planos diferentes: Jurisdicción y Arbitraje, de forma que los órganos arbitrales no son órganos jurisdiccionales, pese a su reconocida equivalencia reiterada por el TC (derivada fundamentalmente por la eficacia de los laudos equiparable a la de las sentencias: ambos son títulos ejecutivos). Por ello, ya es hora de dejar de lado ese empeño de pretender trasladar y aplicar al arbitraje normas pensadas única y exclusivamente para el proceso judicial y que sólo en esta sede tienen su sentido y, en su caso (como la competencia territorial para conocer de los procesos de arrendamientos de inmuebles y desahucios, no así la posible enervación), carácter imperativo”.*

proceso judicial, se contiene en la LEC de 2000 (que recoge la enervación, pero sin argumentos para extenderlo al procedimiento arbitral) y el procedimiento arbitral que contemplaba el artículo 39.5 LAU y que también fue derogado, debe entenderse ahora regulado por la LA (que no prevé derechos de enervación) y no por la LEC.

En todo caso, como dice Fernández del Pozo: "*debemos conceder que con mucho el mayor inconveniente para el correcto desarrollo de un procedimiento arbitral en equidad es que entre los árbitros designados para componer la controversia societaria no exista ningún experto jurista*"²⁵⁴. No obstante, dicho inconveniente no es insoslayable porque, en propuesta de dicho autor, siempre podría solucionarse el problema "*con recurso al siempre lícito nombramiento de peritos juristas por los propios árbitros*". Además, añadido, en cuanto a la cualificación profesional de los árbitros y en el ámbito del derecho de consumo, cuando conozca del asunto un órgano arbitral unipersonal el árbitro será el designado por la administración (art 19 RD 231/2008) que no olvidemos que debe ser "*licenciados en derecho, ya resuelvan en equidad o en derecho*" (artículo 17) por lo que, al menos, se garantiza ciertos conocimientos jurídicos en esa modalidad de arbitraje.

Segundo: Necesidad de que el procedimiento se inicie por solicitud del consumidor. Exige el art. 34 RD 231/08, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, que el procedimiento se inicie por solicitud del consumidor o usuario que consideren que se han vulnerado sus derechos reconocidos legal o contractualmente. Es lo que se ha venido conociendo como *unidireccionalidad del procedimiento*. No cabe, pues, que el empresario inicie el procedimiento arbitral de consumo sin perjuicio, como recoge la doctrina²⁵⁵, de las facultades de defensa que tendrá el empresario y del posible planteamiento de una reconvención contra el consumidor.

254 FERNANDEZ DEL POZO, L.: "La arbitrabilidad...", ob. cit. pág 299.

255 RIBON SEISDEDOS, E.: *Manual Básico de Consumo*. 2º Edición. CEACCU. 2009. pág. 49.

En el ámbito de la relación jurídica arrendaticia de consumo con pacto de sumisión a arbitraje, dicha unidireccionalidad tiene enorme importancia porque el empresario-arrendador no podrá, ante el impago de las rentas, iniciar el procedimiento arbitral de consumo de desahucio por lo que tendrá poca virtualidad para el arrendador someterse a arbitraje de consumo y por ello, en pocas ocasiones, nos encontraremos ante un arbitraje de estas características.

Tercero: Las limitaciones contenidas en la legislación de consumo sobre cláusulas arbitrales. Disponía la D.A. 1ª de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que: *“A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: 26. 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”*. Por su parte, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, suprimió el artículo 10.4²⁵⁶ de la LGDCU de 1984 porque, en palabras de su EM: *“se ha constatado la ineficacia del artículo 10.4 de la LGDCU, para prevenir la imposición al consumidor de arbitrajes distintos del Sistema Arbitral de Consumo. Esto justifica la modificación que ahora se realiza, suprimiendo este precepto y reconduciendo, en el artículo 31²⁵⁷, los pactos de sumisión al momento en el que el consumidor puede evaluar correctamente el alcance de la decisión que, en la mayor parte de los casos, se ve obligado a adoptar, y que es aquél en el que surge la controversia. Se eleva con ello la protección del usuario ante fórmulas arbitrales no siempre lícitas y se garantiza la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente”*.

256Artículo 10.4 de la LGDCU que se deroga: *“Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el art. 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal”*.

257Artículo 31.4 que se introduce: *“Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico. Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos”*.

¿Por qué dicha EM hablaba de “*fórmulas arbitrales no siempre lícitas y se garantiza la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente*”? Como se ha señalado²⁵⁸ “*todo tiene un motivo y ese nos lo expone, con toda claridad, nuestro Poder Judicial y que no es otro que la existencia de determinadas entidades que operan mediante “fórmulas” que se encaminan a favorecer a la parte fuerte en la relación jurídica, vulnerando los derechos del débil, obligándolo a estar y pasar por “procedimientos” abusivos y onerosos que no está obligado a soportar y que, imponiéndose a los derechos irrenunciables de los consumidores, suponen un verdadero fraude de ley [...]*”

Dichos abusos ya se habían sancionado por la Jurisprudencia acordando la nulidad de laudos por tratarse de cláusulas abusivas contrarias a la Ley (bajo la vigencia de la LGDCU de 1984 dicho carácter abusivo se contenía en el artículo 10 bis y D.A. 1ª. 26 y bajo la vigencia del vigente TR LGDCU, aprobado por RD-L 1/2007, en el artículo 90); por ser contrarios al orden público y porque la vinculación y “*la evidente y previa relación de asesoramiento a una de las partes*” entre la entidad administradora y las empresas era incompatible con la imparcialidad exigible al árbitro²⁵⁹.

Regulación Actual. Señala el artículo 90 del TR LGDCU que: “*Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: 1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico*”. Por su parte, señala el artículo 57.4 del TR LGDCU: “*Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico*”.

258PASARO MENDEZ, I.: *Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios y el nuevo panorama del arbitraje en España. Estudio y Jurisprudencia.* Internet. <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200701-385597999631212.html#sdfootnote45sym>.

259AAP de Barcelona núm. 310/2005 (Sección 15ª) de 14 diciembre de 2005. Rec Apelación 252/2005 (Ponente: Blas Alberto González Navarro) (JUR 2006/85953).

De la interpretación conjunta de ambos artículos cabe deducir que en materia de consumo solo sería admisible:

1. Arbitrajes pactados ex ante (con anterioridad al surgimiento del conflicto) Cabe distinguir de acuerdo con el art 90 del TR LGDCU:

- La sumisión a arbitraje de consumo que vendrían regulados por su normativa específica contenida en los art 57 LGDCU y RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Subsidiariamente se regulan por la LA (art 31 RD 231/08 y Disposición Adicional única de la LA).
- La sumisión a órganos de arbitrajes institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico²⁶⁰. Desde el año 2004 en adelante algunas Comunidades Autónomas han insertado una previsión de sometimiento a arbitraje en materia de vivienda. En la Comunidad Autónoma de Valencia²⁶¹, Andalucía²⁶², La Rioja²⁶³ y Madrid²⁶⁴ se ha creado un sistema arbitral referido a

²⁶⁰ Señala la nueva redacción del artículo 14 de la LA que: "*Arbitraje institucional. 1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a: a. Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras. b.: Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. 2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos. 3. Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia*".

²⁶¹ Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana. En su EM dispone: "*Asimismo, e igualmente en relación con la normativa de consumidores y usuarios, la disposición adicional 2ª de esta Ley prevé que la resolución de las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios en materia de vivienda podrán someterse al sistema arbitral conforme a la legislación aplicable*" señalando dicha disposición adicional que: "*La resolución de las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios en materia de vivienda podrán someterse al sistema arbitral conforme a la legislación aplicable*".

²⁶² La Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo de Andalucía contempla, en su D.A. 5ª, la creación de las Juntas Arbitrales en materia de vivienda como órganos especializados para la resolución de conflictos en relación con los contratos de arrendamientos y de otros celebrados en materia de vivienda. De esta forma, dice la E.M. de dicha Ley, se pretende contar con un mecanismo ágil que evite la ralentización de los procesos judiciales.

²⁶³ La Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de La Rioja prevé, en palabras de su EM, "*como cláusula de cierre de este esquema de protección de los adquirentes y arrendatarios de viviendas, se reconoce al sistema arbitral como mecanismo de resolución de las quejas o reclamaciones que puedan presentar los ciudadanos en materia de vivienda*" previsión que desarrolla en su artículo 31.

²⁶⁴ La Orden 61/2008, de 4 de marzo, de la Consejería de Vivienda, crea el Consejo Arbitral para el alquiler en la Comunidad de Madrid y la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los

cuestiones arrendaticias²⁶⁵. Con relación a esta normativa autonómica concluye con acierto la doctrina que, con relación a tales leyes autonómicas, “*si se pretende generalizar el recurso al arbitraje para cualquier contrato de alquiler o venta de vivienda, incluidos los celebrados entre particulares, no puede tratarse de arbitraje de consumo porque ello llevaría a distorsionar su configuración*”²⁶⁶ ya que, no olvidemos, que la relación jurídica de consumo exige un profesional y un consumidor. Por ello, entendemos que más que arbitraje de consumo lo que se regula en dichas disposiciones es un arbitraje institucional de los previstos en el art. 57.4 TR LGDCU que no exige una relación de consumo sino únicamente que las partes celebren un contrato de arrendamiento, lo que, además, permite iniciar el procedimiento arbitral a cualquiera de los contratantes, arrendador o arrendatario²⁶⁷.

2. **Arbitrajes pactados ex post (una vez surgido el conflicto)** En este caso de acuerdo con el artículo 57.4 TR LGDCU: “*Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico*”.

La razón de este supuesto ya se ha expresado con anterioridad

Consumidores de la Comunidad de Madrid regula en su art 31 el arbitraje lo que ha sido desarrollado por Decreto 1/2010, de 14 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid y cuyo art 40 regula la Junta Arbitral Regional de Consumo de la Comunidad de Madrid.

265En Galicia el art 70 de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda, se limita a incentivar dicho arbitraje arrendaticio al disponer que: “*La Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia fomentará la inclusión de cláusulas en los contratos de compraventa y arrendamiento de viviendas protegidas que posibiliten la resolución de las controversias que pudiesen originarse en el cumplimiento de tales contratos mediante arbitraje, que se regulará de conformidad con su normativa de aplicación*”.

266ALVAREZ MORENO, M.T.: “La protección del consumidor en el mercado inmobiliario: Compraventa y arrendamiento de vivienda” en *Revista de Derecho Privado*, Nov.- Dic. 2009 pág 45.

267ALVAREZ MORENO, M.T.: “La protección del consumidor...” ob. cit. pág.46 parece aceptar esta opinión al decir: “*El art. 57.4 TRLCU prevé la posible existencia de arbitrajes en sectores o supuestos específicos (transporte, turismo, vivienda) instituido por la Administración mediante una norma legal o reglamentaria*”.

F) Especial referencia al Consejo Arbitral para el Alquiler de la Comunidad de Madrid

Como hemos dicho, desde el año 2004 en adelante algunas Comunidades Autónomas han insertado una previsión de sometimiento a arbitraje en materia de vivienda. La Comunidad de Madrid ha creado, además, un órgano cuya finalidad es fomentar, articular e implantar un sistema institucional de solución de controversias en el ámbito arrendaticio: el Consejo Arbitral para el Alquiler en la Comunidad de Madrid. Dicho Consejo Arbitral no tiene su fundamento en la legislación de consumo ni en el RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (porque no se trata necesariamente de un arbitraje de consumo al no exigirse que el arrendador sea un profesional y el arrendatario un consumidor) sino en el artículo 14 LA²⁶⁸. Su naturaleza es, pues, la de tratarse de un arbitraje institucional sectorial cuyo ámbito de aplicación puede abarcar relaciones de consumo (si concurren los requisitos subjetivos que exige dicha legislación²⁶⁹) y relaciones entre particulares.

En concreto, el artículo 2 de la Orden 61/2008, de 4 de marzo, de la Consejería de Vivienda, por la que se crea el Consejo Arbitral para el alquiler en la Comunidad de Madrid, -modificada por Orden 730/2012, de 15 de marzo, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio- no exige que exista una relación de consumo (aunque lógicamente podría existir) sino simplemente exige como presupuesto para que el Consejo Arbitral pueda ejercer sus funciones que se trate de contratos de arrendamiento de viviendas sitas en la Comunidad de Madrid; que las viviendas en arrendamiento estén destinadas a ser domicilio habitual y permanente del arrendatario; que se deposite la correspondiente fianza en el IVIMA y que en el contrato de arrendamiento o en el convenio arbitral se incluya una cláusula en la que las partes se someten, de mutuo acuerdo, al sistema arbitral de solución extrajudicial de conflictos articulado por el Consejo Arbitral para el Alquiler en la Comunidad de Madrid.

268 Señala el artículo 14 de la LA que: “Arbitraje institucional. 1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a: a) Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladora. b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales”.

269 En ese caso, en virtud de artículo 90 del TR LGDCU, no serán abusivas las cláusulas que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, si se trata de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.

Hasta 2012 los arbitrajes que administraba el Consejo Arbitral eran de contratos de arrendamiento suscritos al amparo de la Orden 1/2008, de 15 de enero, (Plan Alquiler) y contratos de otros programas públicos de alquiler de viviendas que se habían incorporados posteriormente, pero la citada Orden 730/2012, de 15 de marzo, modifica la Orden 61/2008, ampliando el ámbito de actuación del Consejo Arbitral a todos los contratos de arrendamiento de vivienda habitual y permanente sita en Madrid entre particulares que incluyan el sometimiento al arbitraje articulado por el Consejo, al margen de los programas públicos²⁷⁰.

Concurriendo dichas circunstancias (adviértase que ninguna exige al carácter profesional del arrendador o de consumidor del arrendatario) el Consejo Arbitral ejercerá, en su condición de arbitraje institucional, sus funciones. Los fines de dicho órgano arbitral institucional sectorial vienen determinados en el artículo 4 de la Orden 61/2008, de 4 de marzo y son el fomento del sistema arbitral relativo a la interpretación y aplicación de los contratos de arrendamiento de vivienda; la articulación de un sistema arbitral de solución extrajudicial de los conflictos derivados de la interpretación y aplicación de los contratos de arrendamiento de vivienda y la implantación de un sistema arbitral que garantice que las partes acogidas al mismo puedan disponer de árbitros con experiencia y, en su caso, especializados en arrendamientos de viviendas, y en las mismas condiciones en la administración del arbitraje.

Para cumplir con su finalidad de articular un sistema arbitral de solución extrajudicial de los conflictos derivados de la interpretación y aplicación de los contratos de arrendamiento de vivienda, el Consejo arbitral podrá realizar las siguientes actividades:

²⁷⁰La EM de la Orden 730/2012, de 15 de marzo lo explica así: “El Consejo Arbitral ha colaborado activamente con las instituciones arbitrales y ha facilitado a los arrendadores y arrendatarios el apoyo necesario en el procedimiento arbitral. Estas funciones del Consejo Arbitral se han proyectado, hasta la actualidad, en el ámbito de los contratos de arrendamiento suscritos al amparo de la Orden 1/2008, de 15 de enero. La consolidación del sistema arbitral articulado por el Consejo Arbitral, que permite una solución ágil, rápida y económica de los conflictos y controversias en la interpretación y ejecución de los contratos de arrendamiento, aconsejan la extensión del ámbito de actuación del Consejo más allá de los contratos suscritos al amparo de las medidas de fomento al alquiler en la Comunidad de Madrid articuladas en la Orden 1/2008, de 15 de enero. En este sentido, el Consejo Arbitral desarrollará las funciones previstas en la presente Orden en relación con los contratos de arrendamiento de viviendas ubicadas en la Comunidad de Madrid que incluyan una cláusula arbitral de remisión al sistema arbitral articulado por el Consejo Arbitral. El Consejo Arbitral adquiere, así, sustantividad propia, con un nuevo marco de actuación, que impulsará el arbitraje en el ámbito de los arrendamientos urbanos y que redundará en la dinamización del mercado del alquiler de viviendas”.

la propuesta de firma de convenios de colaboración con las instituciones arbitrales previstas en la LA²⁷¹; la elaboración, negociación y preparación de los documentos precisos para la formalización de convenios de colaboración entre la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio y las instituciones arbitrales que, conforme al artículo 14 LA, puedan ejercer funciones arbitrales, con sede en la Comunidad de Madrid, así como el seguimiento y actualización de dichos convenios; el seguimiento y evaluación del sistema arbitral establecido, así como la colaboración con las instituciones arbitrales, con el fin de velar por el buen funcionamiento del sistema arbitral; el seguimiento de las actuaciones arbitrales y el apoyo a las mismas, en aras de conseguir la máxima celeridad del procedimiento arbitral; el asesoramiento técnico y jurídico a las instituciones arbitrales con las que, en su caso, se suscriban convenios de colaboración; la elaboración de estadísticas, estudios e informes sobre las actividades desarrolladas y la relación administrativa con las instituciones arbitrales, así como con aquellos órganos y organismos públicos o privados que tengan relación con las materias sobre las que administre el arbitraje.

Son actividades del Consejo Arbitral, relativas a las partes acogidas al sistema arbitral de solución extrajudicial de los conflictos derivados de la interpretación y aplicación de los contratos de arrendamiento de vivienda articulado por el Consejo, las siguientes: Prestar información y asesoramiento técnico y jurídico sobre los procedimientos arbitrales en materia de arrendamientos de vivienda, en el marco de los convenios de colaboración suscritos con instituciones arbitrales; el apoyo a los arrendadores y arrendatarios de viviendas en los procedimientos arbitrales, facilitándoles información especializada y orientación jurídica en relación con la presentación de la solicitud de arbitraje, el procedimiento arbitral y el laudo arbitral; la puesta a disposición de las partes de un sistema arbitral integrado por instituciones arbitrales y árbitros con experiencia y, en su caso, especializados en arrendamientos de vivienda, y en las mismas condiciones en la administración del arbitraje; la remisión de la solicitud/demanda de arbitraje al árbitro designado en los términos previstos en la LA; el apoyo al árbitro asignado en el procedimiento arbitral y el depósito de una copia del

271Se han firmado convenios de colaboración con las siguientes instituciones: el Decanato Autonómico de Madrid del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España; el Ilustre Colegio de Notarios de Madrid, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, el Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid, el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid, la Sociedad Española de Arbitraje (SEA) y la Asociación de Arbitraje Inmobiliario (ARBIN).

laudo arbitral en el Consejo Arbitral.

Sin duda la implantación de un arbitraje institucional sectorial creado por una CCAA ²⁷² merece una crítica muy favorable por cuanto facilita un órgano imparcial de administración del arbitraje que permite eludir los problemas de parcialidad en el nombramiento del árbitro. Merece también un juicio favorable la ampliación, llevada a cabo por la Orden 730/2012, del ámbito de competencia del Consejo Arbitral a cualquier contrato entre particulares relativos a viviendas sitas en la Comunidad de Madrid y no sólo a los contenidos en la Orden 1/2008. Además, el importe razonable del precio público por la solicitud de dicho arbitraje, sin duda, favorecerá e impulsará su establecimiento como sistema económico de solución de controversias²⁷³.

Por otro lado, hay que elogiar la creación, en la Comunidad de Madrid, de un Juzgado especializado al que se ha atribuido el conocimiento exclusivo de la ejecución forzosa del laudo y de otros aspectos relativos al arbitraje²⁷⁴ porque ello permitirá unificar las soluciones a los diversos problemas que plantea la ejecución del arbitraje y agilizar la misma²⁷⁵.

272Según el artículo 1 de la Orden 61/2008: *“El Consejo Arbitral para el alquiler en la Comunidad de Madrid es un órgano colegiado adscrito a la Consejería de Vivienda, de carácter técnico y consultivo, constituido para promover y apoyar la implantación del sistema arbitral, previsto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, para la solución extrajudicial de los conflictos entre las partes en los arrendamientos de viviendas”*.

273Dispone el Acuerdo de 29 de marzo de 2012, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el catálogo de precios públicos de la Comunidad de Madrid y se determina la cuantía del precio público por actividades del Consejo Arbitral para el alquiler en la Comunidad de Madrid (BOCM nº 87, de 12 de abril de 2012, págs. 16 y 17. Entrada en vigor: 13 de abril de 2012.) que: *“Cuarto Establecer la cuantía del precio público al que se refiere el presente Acuerdo: “G 03.1 Actividades relativas a las partes acogidas al sistema arbitral de solución extrajudicial de los conflictos derivados de la interpretación y aplicación de los contratos de arrendamiento de vivienda articulados por el Consejo Arbitral para el Alquiler en la Comunidad de Madrid: Por cada solicitud de arbitraje, 60 euros, a los que se adicionará la cantidad resultante de la aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido en la forma y cuantía que determine su legislación específica”*. Por su parte la Orden 1381/2012, de 10 de mayo, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, dicta las normas para la aplicación del precio público por actividades del Consejo Arbitral para el Alquiler en la Comunidad de Madrid (BOCM nº 129, de 31 de mayo de 2012, págs. 45 a 47 Entrada en vigor: 1 de junio de 2012).

274Acuerdo de 25 de noviembre de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye al JPI número 101 de Madrid, de nueva creación, el conocimiento con carácter exclusivo de los asuntos de laudo y arbitraje. En la actualidad, las competencias de dicho Juzgado se limitan a las ejecuciones forzosas de laudos, a la asistencia judicial en la práctica de pruebas y a la adopción judicial de medidas cautelares porque la Ley 11/2011 ha reformado la LA (art.8) encomendando a las Salas de lo Civil y de lo Penal del TSJ de la CCAA el nombramiento y remoción judicial de árbitros; el conocimiento de la acción de anulación del laudo y el conocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros.

275Las soluciones dispares según el órgano judicial que conoce del arbitraje arrendaticio ha producido un efecto gravemente perturbador porque, en la práctica, son numerosos los abogados que desconfían de

En todo caso, no desconocemos el alcance limitado de dicho arbitraje institucional porque se limita los arrendamientos de viviendas (quedan fuera los de uso distinto del de vivienda) sitas en la Comunidad de Madrid, que sean domicilio habitual y permanente del arrendatario (quedan fuera los arrendamientos de temporada) y siempre que se haya depositado la correspondiente fianza en el IVIMA. Nos parece criticable, no obstante, que un sistema de tanta transcendencia se haya creado por simple Orden cuando hubiera sido deseable una disposición de más alto rango normativo (en sede de derecho de consumo p.e. el art 90 TR LGDCU no considera abusivas las cláusulas que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo cuando se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por **normas legales** para un sector o un supuesto específico). Tampoco debemos olvidar el desconocimiento general existente entre los destinatarios de dichas disposiciones acerca de dicha Institución lo que provoca que, por ahora, no hayan sido muchos los arrendadores y arrendatarios que han sometido sus contratos a dicho arbitraje, pero creemos que las virtudes innegables de dicho sistema de resolución de conflictos superan con mucho los defectos.

2.4 Elementos formales del convenio arbitral arrendaticio.

En cuanto al contrato de arrendamiento principal es indudable la libertad de forma al amparo del artículo 1278 a 1280 CC, si bien lógicamente, si se pretende su inscripción en el Registro de la Propiedad, debe cumplir los requisitos de forma pública que exige nuestra legislación.

las bondades de dicha institución. Así, no es de extrañar que haya llegado a afirmarse por el abogado MATEU BARROSO, C.L.: “Los riesgos del arbitraje en arrendamientos urbanos” consultado en Internet el 15 de agosto de 2012 http://www.urbanoticias.com/noticias/hemeroteca/14713_los-riesgos-del-arbitraje-enarrendamientos.shtml que: “cuando Vd. piense acudir a cualquier Asociación o Corte de Arbitraje en materia de arrendamientos urbanos, debe sopesar si asume el riesgo de que el laudo no se ejecute en función del Juzgado o Tribunal donde recaiga la ejecución, o si desde el principio prefiere que el Juez dicte la sentencia y la ejecute directamente, opción ésta última que puede ser un poco más cara y puede tardar un poco más en finalizar pero es más segura, dada la diversidad de respuestas de los Juzgados y Tribunales respecto de estos arbitrajes”. En una opinión muy parecida señala el también abogado CORTÉS FRESCO, J. M.: “Arbitraje en materia de arrendamientos”, Consultada en Internet <http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Civil/Arrendamientos/Arbitraje-en-materia-de-arrendamientos.html> que: “Quien, al acudir al arbitraje, sólo esperaba ver resuelta su controversia de forma más rápida y barata, puede verse no obstante abocado, hoy por hoy, a discutir en sede judicial sobre cuestiones procesales ajenas a la estricta cuestión arrendaticia planteada, pese a haber suscrito en su momento un convenio arbitral, con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero. En definitiva, en opinión de quien suscribe, y pese a la lentitud en la resolución de los pleitos arrendaticios, especialmente grave en algunas ciudades, sigue siendo preferible acudir a los órganos judiciales para resolver las controversias en materia arrendaticia”.

En cuanto al convenio arbitral, el mismo puede revestir la forma de cláusula incorporada al contrato principal de arrendamiento (que será por otro lado lo más normal) o de acuerdo independiente²⁷⁶ (art 9 LA 2003). Procedemos a analizar los aspectos más relevantes relativos a la forma del convenio arbitral mediante la interpretación del artículo 9.3 de la vigente Ley de Arbitraje.

2.4.1 Art 9.3 LA “El Convenio arbitral ...”

Dado el carácter anti-formalista y espiritualista que informa nuestro derecho de obligaciones, y, según resulta de la EM de nuestra vigente Ley de Arbitraje, no se precisa ninguna palabra solemne o sacramental que haya de contenerse en el convenio arbitral. No es, desde luego, necesario utilizar la expresión “convenio arbitral”²⁷⁷ ni siquiera la palabra “arbitraje”²⁷⁸. Lo que se precisa es que del convenio arbitral se deduzca o se pruebe la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

2.4.2 Art 9.3 LA: “ El convenio arbitral deberá constar por escrito”

Señala el artículo 9.3 de la LA 2003 que: “*El convenio arbitral deberá constar por escrito...*” pero no determina el alcance de dicha exigencia formal. Así, si bien la doctrina mayoritaria se inclina por considerar que la forma escrita es una condición de validez del convenio arbitral (forma *ad solemnitatem*)²⁷⁹, no faltan autores que entienden

²⁷⁶En cuanto a la naturaleza jurídica de la cláusula arbitral señalan VERDERA SERVER, R. y ESPLUGUES MOTA, C.: *Comentarios...*, ob. cit. pág. 432 que: “*aunque el convenio arbitral se articule como cláusula de otro contrato no puede negarse que tiene una causa obligacional propia*”. En el mismo sentido DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L. “El pacto...”, ob cit pág 1156 que aclara que, incluso en los supuestos en los que el arbitraje aparezca como una cláusula contractual, en realidad “*será un contrato independiente y sustantivo distinto de aquel al que se une, aunque en alguna manera ligado con él*”.

²⁷⁷GOMEZ JENE, M.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* Coord. ARIAS LOZANO, D. Pérez Llorca Abogados, Editorial Aranzadi, 2005, Navarra, pág 85.

²⁷⁸Así señala la SAP de Valladolid (Sección Primera) de 3 de diciembre de 2007 (Ponente: Francisco Salinero Román) [TOL1.507.870] que: “*Es cierto que no utiliza la expresión arbitraje sino intermediación pero del contenido del escrito es fácil advertir que lo que está pidiendo es que sea el Colegio Profesional el que decida cual es el importe correcto de los honorarios*”.

²⁷⁹Así DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L.: *Comentario a la nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/03 de 23/12* Coord. GONZALEZ SORIA, J.: Ed. Aranzadi. Pamplona. 2011. pág. 137 y 138 donde señala que: “*aunque la expresión legal no es suficientemente categórica siempre se ha entendido que en el caso de los convenios arbitrales se trata de una condición de validez*”. En el mismo sentido de

que se trata de una forma *ad probationem*²⁸⁰. Esta última teoría, aunque minoritaria, me parece acertada en virtud de los siguientes argumentos:

1. **Argumento gramatical-sistemático.-** Dispone el artículo 9 LA que: “*El convenio arbitral deberá constar por escrito*”. Idéntica expresión nuclear contiene el artículo 1280 CC (“Deberán constar”) y está fuera de toda duda que el sentido de esta imposición es el que señala el artículo 1279 CC es decir que “*las partes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma*”. Como señala O’Callaghan Muñoz²⁸¹ “*lo que dispone este artículo (el 1279 CC) es que si la ley exige una forma documental pública o privada (como el art 1280 CC) u otra, no será un elemento del contrato, sino que éste existirá cuando concurren consentimiento, objeto y causa y el efecto que, respecto de la exigencia de forma, dispone este artículo es que las partes contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma*”. Y, evidentemente, será casi obligado compeler al otro contratante a llenar aquella forma -es decir a formalizarlo por escrito- si se pretende la ejecución del laudo arbitral, por cuanto el artículo 550 LEC exige acompañar a la demanda ejecutiva el convenio arbitral cuando el título sea un laudo²⁸². Pero este es un requisito procesal de ejecutabilidad del laudo en caso de incumplimiento del mismo; no un requisito civil sustantivo de validez del convenio arbitral.

Pues bien, en sede de arbitraje no existe ninguna razón para no aplicar supletoriamente el artículo 1279 CC ni para considerar que cuando este hace referencia genérica a “*la Ley*” esté excluyendo la Ley de Arbitraje. Cuando el CC ha querido, con carácter excepcional, establecer formas *ad solemnitatem* (como por ejemplo en la donación de bienes inmuebles, en las capitulaciones matrimoniales, en la hipoteca, en el contrato de edición o en el derecho de

entender como requisito esencial la forma escrita, entre otros muchos, CORDON MORENO, F.: “El arbitraje...” ob. cit. pág 69; CADARSO PALAU, J.: “Comentarios al artículo 41 Ley de Arbitraje” en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* Coord GONZÁLEZ SORIA J. Ed. Aranzadi. 2004; MARTIN BERNAL, J.M. “El poder ...” ob. cit. pág 3097.

280CAMPOS VILLEGAS, E.: *Aspectos del convenio y del laudo arbitral...*” ob. cit. pág 20.

281O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil: comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley. pág 1286.

282Señala el AAP de Madrid de 11 de noviembre de 2011.Sección 9ª (Ponente: José Zarzuelo Descalzo) [SP/AUTRJ/656514] que si no se acompaña a la demanda ejecutiva el convenio arbitral, es ajustado a derecho denegar el despacho de ejecución.

superficie) ha empleado expresiones más contundentes que las del artículo 1280 CC y 9 LA con expresa referencia a que se trata de requisito de validez²⁸³. El carácter genérico de la expresión del art 9 LA, “*deberán constar*” no puede entenderse en un sentido estricto anti-formalista cuando la propia EM de la LA dice que la “*Ley de Arbitraje refuerza el criterio anti-formalista*” ni puede entenderse que la aplicación subsidiaria del artículo 1279 CC que impone el artículo 4.3 CC quede excluido en sede arbitral. Es más, en este último sentido, cabe señalar que, según la EM de la LA 2003: “*el título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta ley*” (y, por tanto, aplicando también el 1278 y 1279 CC en defecto de previsión sobre los efectos de la falta de forma escrita del arbitraje) y que: “*la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma*”.

2. **Argumento histórico.-** Como ya hemos señalado anteriormente en este Trabajo, las Partidas exigían la forma escrita, pública o privada, para constituir el arbitraje (“carta de compromiso”) si bien según Gregorio López la escritura no sería una forma *ad solemnitatem* sino *ad probationem*. En todo caso, el principio espiritualista de libertad de forma contenido en el Ordenamiento de Alcalá de 1348 que fijó el principio básico de nuestro Derecho, de que “*de cualquier manera que un hombre quiera obligarse queda obligado*” y la “promulgación tardía” de las Partidas que se atribuye a dicho Ordenamiento y al que hicimos referencia, hace que la forma escrita contenida en las Partidas para constituir el

²⁸³ Señala el artículo 1327 CC que: “**Para su validez las capitulaciones habrán de constar en escritura pública**”; según el 1875 CC: “*..es indispensable para que la hipoteca **quede válidamente constituida** que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad*”; art 633 CC: “**Para que sea válida la donación de cosa inmuebles ha de hacerse en escritura pública...**”; art 61 1. del RD-L 1/1996, de 12 de abril por el que se aprueba el TR de la Ley de Propiedad Intelectual: “**Será nulo el contrato** (de edición) *no formalizado por escrito...*”; art 40.2 RD-L 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el TR de la Ley del Suelo: “*Para que el derecho de superficie quede **válidamente constituido** se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad*”. A fortiori, el art 45 de la LPI señala que: “*Toda cesión deberá formalizarse por escrito. Si, previo requerimiento fehaciente, el cesionario incumpliere esta exigencia, el autor podrá optar por la resolución del contrato*”; mientras que el artículo 61 LPI dice que “*es nulo el contrato de edición no celebrado por escrito*”. Por eso, la dicción del artículo 45 LPI se aproxima más al artículo 9 de la LA y así cuando el Ordenamiento, interpretado en su conjunto, dice que un contrato (el de cesión pero también el de arbitraje) deberá formalizarse por escrito el efecto de su incumplimiento no es la nulidad (1279 CC, 45.2 LPI) y sólo cuando el ordenamiento ha querido la nulidad del contrato realizado en forma oral ha dicho expresamente que es nulo (art. 61 LPI).

arbitraje, sin duda, se relajara.

3. **Argumento de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado.-** En el ámbito del arbitraje internacional, el 4 de diciembre de 2006 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó las nuevas disposiciones modelo sobre arbitraje comercial internacional dictada por la CNUDMI que constituyen la primera reforma de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje Comercial Internacional desde su aprobación en el año 1985. Y dicha modificación ha supuesto que la LA de 2003 haya quedado desfasada respecto a la Ley Modelo que la inspiró. Así, de entre esos artículos reformados en 2006, destaca el artículo 7 sobre definición y forma del contrato de arbitraje señalándose dos opciones (sin que la Comisión exprese preferencia por ninguna de las opciones siendo su elección decisión libérrima de los Estados). La opción I expresa una orientación tradicional clásica de la Convención de Nueva York al mantener, como regla de base, la forma escrita del acuerdo de arbitraje si bien modalizándola en los apartados siguientes mediante la admisión de la comunicación electrónica como equivalente al escrito y asimilando el acuerdo escrito al hecho de que quede constancia de su contenido en cualquier forma aunque el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. Pero la opción II va aún más allá y omite toda referencia al requisito formal y se limita a decir que el acuerdo de arbitraje *“es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que han surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no”*.

4. **Argumento sistemático.-** Dispone la EM de la LA 2003, carente de valor normativo pero que sirve para interpretar la voluntad del legislador, que: *“han de destacarse algunas novedades introducidas respecto de los requisitos de forma del convenio arbitral. La Ley refuerza el criterio anti-formalista”* aunque, a continuación, parta de la exigencia de que el convenio conste por escrito y establezca a lo largo del artículo 9 LA una serie de posibilidades equivalentes.

Por tanto, la exigencia de la forma escrita, interpretada desde un prisma anti-formalista, nos debe llevar a la conclusión del valor *ad probationem* de la misma y que el efecto que respecto de la exigencia de forma dispone este es que las partes contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma.

Por ultimo, como señala Campo Villegas: *“El retroceso hacia la forma solemne es contrario al criterio más avanzado de nuestro Tribunal Supremo²⁸⁴ y a las últimas orientaciones del Derecho comparado, que han llegado a admitir la perfección del pacto arbitral mediante actos concluyentes o aceptaciones tácitas realizadas por una parte a ofertas o aseveraciones hechas por la otra, con una interesante aplicación de la doctrina del silencio que han dado lugar a que se acuñara el término de cláusulas semiescritas; construcciones estas que no sólo no repugnan a nuestro Derecho, sino que en la doctrina general del mismo se hallan plenamente consolidadas en aras del respeto de la voluntad y responsabilidad de las partes contratantes, por lo menos en los negocios jurídicos del ámbito obligacional”²⁸⁵.*

Al admitir, en doctrina minoritaria, la posibilidad de la existencia de un arbitraje no escrito (aunque las partes podrán compelerse recíprocamente a rellenar la forma desde que hubiera intervenido el consentimiento, objeto y causa del contrato y, de hecho, deberán compelerse a llenarla para ejecutar el laudo ex art. 550 LEC) cabe plantearse la validez de las declaraciones de voluntad tácitas y el valor del silencio. Dado que entiendo con Campo Villegas²⁸⁶ *“que la voluntad contractual del convenio arbitral no tiene ninguna característica que la diferencie de la voluntad negocial general”* no encontramos obstáculo para admitir la declaración tácita de voluntad (p.e. contestar una demanda arbitral relativa a un arrendamiento verbal o escrito celebrado entre las partes sin oponer excepción de inexistencia de convenio

284Como señala CAMPOS VILLEGAS, E.: *Aspectos...*, ob. cit. pág 16, nota 4: *“Los Autos de la Sala Primera del TS de 30-1-1986 y 19-12-1985, en una interpretación amplia de la forma del convenio arbitral, otorgan al silencio un valor positivo al tratarse de relaciones habituales entre comerciantes, en que a la propuesta o aseveración de una de ellas siguió el silencio de la otra que además ejecutó, al menos parcialmente, las obligaciones contraídas en el mismo documento (télax, confirmación de venta, oferta, etc.) en el que se hallaba contenida la cláusula compromisoria”*.

285CAMPOS VILLEGAS, E.: *Aspectos...*, ob. cit. pág 16.

286CAMPOS VILLEGAS, E.: *Aspectos...*, ob. cit. pág 20.

arbitral²⁸⁷) o el silencio como declaración de voluntad negocial²⁸⁸.

2.4.3 Art 9.3 L.A. “ El convenio arbitral deberá constar por escrito en un documento firmado por las partes...”

A pesar de que el art 9.3 LA se refiere a “documento firmado por las partes” entiende la doctrina²⁸⁹, con acierto, que “sería contradictorio con la tendencia anti-formalista de que hace gala la propia Ley y con los otros medios de constatación del acuerdo que se exigiera ahora la firma autógrafa de las partes en el documento en que consta el convenio arbitral”.

Como señalan Verdera Server y Esplugues Mota²⁹⁰: “lo decisivo para la existencia del convenio arbitral es la voluntad de sumisión a arbitraje. Esta irrelevancia de la firma de las partes o de la utilización de ciertas fórmulas ha

287Así, regula el artículo 9 LA el denominado por la doctrina “convenio arbitral procedimental” al decir que: “se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra”. Asimismo, señala la SAP de Valencia (Sección Octava) de 10 de mayo de 2011 (Ponente: Eugenio Sánchez Alcaraz) [TOL2.223.682] que: “Pero es que además se da la circunstancia, de que recibida la solicitud de arbitraje por parte de la Comunidad, el Sr. Roman presentó escrito de contestación ante el Tribunal de Arbitraje Inmobiliario, en cuya manifestación segunda, literalmente dijo: “Que acepta la designación y número de árbitros ” (f. 212), sin cuestionar en ningún momento la existencia o validez de convenio arbitral, por lo que no puede ahora negarlo sin ir contra sus propios actos. En esta situación es aplicable la jurisprudencia que declara que el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (“nemo potest contra proprium actum venire”), actúa como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil, y acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico al imponer un deber de coherencia en el tráfico, precisando para su aplicación la observancia de un actuar, sea a través de hechos o de actos, con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la posición actual exista una incompatibilidad o contradicción (SS. del T.S. de 12-2-99, 28-1-00, 9-5-00, 25-10-00, 13-3-03 y 16-9-04). En cualquier caso, el artículo 9.5 de la Ley es claro, al decir que se considerará que existe convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra, por lo que el motivo decae”.

288Como señala CAMPO VILLEGAS, E.: Aspectos del convenio..., ob. cit. pág 20: “Un supuesto de silencio en sede arbitral lo tenemos con cierta frecuencia en la inacción de algún demandado en el procedimiento arbitral de tal manera que, pudiendo oponer la inexistencia o ineficacia absoluta o relativa de un convenio arbitral, sin embargo adopta una postura totalmente pasiva, sin realizar acto alguno que muestre su oposición al arbitraje”. En todo caso, entiendo, que en estos casos de silencio habrá que atender a las circunstancias del caso, a las relaciones previas entre las partes, a los usos del tráfico y a determinar si, en dichas circunstancias, la otra parte pudo y debió contestar (principio “qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset”).

289VERDERA SERVER, R. y ESPLUGUES MOTA, C.: Comentarios..., ob. cit. pág. 423.

290VERDERA SERVER, R. y ESPLUGUES MOTA, C.: Comentarios..., ob. cit. pág. 428.

sido asumida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo” (así SSTS 9 de mayo de 2003 y 6 de febrero de 2003 citada por esos mismos autores).

2.4.4 Art 9.3 L.A. “ *...o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo”.*

Establece dicho apartado del artículo 9 LA formas o medios equivalentes al documento único firmado por las partes y contiene una enumeración ejemplificativa y no excluyente de los mismos.

Por último, señala el artículo 9 LA, como ya hemos visto a lo largo de este trabajo, que “*el convenio arbitral puede revestir la forma de cláusula incorporada a un contrato [lo cual será lo habitual en el arbitraje arrendaticio] o de acuerdo independiente”* indicando asimismo que “*el convenio arbitral puede estar contenido en un contrato de adhesión: en este caso, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación”.*

2.5 Elementos adjetivos o procesales del arbitraje arrendaticio urbano.

El laudo arbitral es título ejecutivo y “*al igual que la sentencia firme produce efectos de cosa juzgada material (non bis in idem y prejudicialidad) y formal (irrecurribilidad)*”²⁹¹. Cabe pues distinguir:

2.5.1 Eficacia de cosa juzgada Señala el artículo 42 LA que el laudo firme produce efectos de cosa juzgada. Como señala Cerdón Moreno²⁹²: “*la intención del legislador ha sido atribuir al laudo la misma eficacia de cosa juzgada*

291MUNNE CATARINA, F.: *El arbitraje...*, ob. cit. pág 144.

292CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje ...*, ob. cit. pág 137.

material que a las sentencias” por lo que “será aplicable al mismo la doctrina sobre los efectos positivo (o prejudicial) y el negativo non bis in idem de la cosa juzgada tanto en un proceso judicial posterior como en un procedimiento arbitral”²⁹³.

La doctrina y la LEC suele distinguir entre cosa juzgada formal (artículo 207 LEC) y material (artículo 222 LEC) siendo la cosa juzgada formal un efecto interno de la resolución “*en cuanto se proyecta sobre el proceso arbitral mismo (ad intra) en que el laudo se dictó a partir del cual ni las partes ni los árbitros pueden llegar a desconocer lo que ya se ha decidido*”²⁹⁴ señalando el artículo 207 LEC que: “*Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas*”. Por su parte, la cosa juzgada material, “*que es la verdadera cosa juzgada*”²⁹⁵ y es un componente esencial de la jurisdicción, no despliega una eficacia *ad intra* sino *ad extra*, sobre un nuevo pleito impidiendo un ulterior proceso cuyo objeto, sujetos y *causa petendi* sean idénticos al del proceso en que aquella se produjo. No es tarea de este trabajo abordar con profundidad ambas instituciones procesales pero sí quiero detenerme en un aspecto que entiendo relevante a los fines del arbitraje arrendaticio urbano.

El artículo 42 LA señala que “*el laudo firme produce efectos de cosa juzgada*”. En cuanto a la primera parte de dicho enunciado normativo hablar de “*laudo firme*” es un pleonasma porque, como veremos, todo laudo, salvo la excepción contenida en el artículo 48.3 del RD 231/2008²⁹⁶, es firme desde que

293 Señala el art. 222 LEC sobre la cosa juzgada material que: “*La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo... 4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal*”.

294 BARONA VILAR, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Ed. Thomson Reuters CIVITAS 2ª edición Coord BARONA VILAR S. Navarra. 2011. pág 1831.

295 BARONA VILAR, S.: *Comentarios...* ob cit. pág 1830.

296 La única excepción a la regla general de que todo laudo es firme la encontramos en el artículo 48.3 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo que dispone: “*El órgano arbitral también dará por terminadas sus actuaciones y dictará laudo poniendo fin al procedimiento arbitral, sin entrar en el fondo del asunto: a) Cuando el reclamante no concrete la pretensión o no aporte los elementos indispensables para el conocimiento del conflicto. b) Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones, o c) Cuando el órgano arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resulta imposible. En este laudo se hará constar si queda expedita la vía judicial*”.

se dicta y, por tanto, no caben laudos no firmes. Más interés tiene el análisis de la segunda parte de dicha norma porque el artículo 42 LA atribuye a todo laudo efectos de cosa juzgada y, por aplicación del principio “*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, deberíamos concluir que no existen laudos, salvo la excepción ya reseñada, que no produzcan efectos de cosa juzgada. El problema es que sí existen sentencias que excepcionalmente no producen efectos de cosa juzgada y centrándonos en el ámbito arrendaticio urbano dichas excepciones son especialmente relevantes toda vez que el artículo 447.2 LEC incluye entre otras, “*las sentencias que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por espiración legal o contractual del plazo*”²⁹⁷.

La razón de dicha exclusión de cosa juzgada de dichas sentencias se basa en el carácter sumario de los procedimientos de los que traen causa y se funda en que el proceso judicial de desahucio por falta de pago las alegaciones y pruebas de que puede servirse el demandado están limitadas²⁹⁸. Consecuencia de dicha limitación de alegaciones y probatoria es que los procesos sumarios no tienen efectos de cosa juzgada (art 447 LEC) aunque quizá con más rigor podría decirse con palabras de la STS de 23 de marzo de 1996²⁹⁹ que: “*la esencia del proceso*

297A pesar de la dicción del 447.2 y dado que tras la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, no se ha modificado el 444.1 LEC ni, por tanto, se han limitado las alegaciones y pruebas del juicio de desahucio por expiración legal o contractual del plazo este tendrá carácter plenario y, por tanto, producirán, pese al tenor del 447 LEC, los efectos de cosa juzgada. Idéntico carácter plenario tienen los juicios de desahucio por precario del 250.1.2 LEC. En este último sentido señala GUDIN RODRIGUEZ MAGARIÑOS, A.E.: “La eficacia de la cosa juzgada en el juicio de desahucio por precario”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm 11/2012 Ed. Aranzadi SA BIB 2012/273 página 15 que: “*De esta forma no existe obstáculo alguno a la cognición plena del juez, pues su pronunciamiento se va a fundamentar en la existencia de una situación de comodato-precario tal como se regula en el artículo 1750 del Código Civil, sin necesidad de entrar en otras consideraciones, respecto de las cuales sólo podrá tener una extensión obiter dicta respecto de otros procesos*”.

298Art 444 LEC: “*Cuando en el juicio verbal se pretenda la recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o cantidad asimilada sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación*”.

299STS de 23 de marzo de 1996. Sección Única. (Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes) [TOL 1.659.392]: “*Por último, si bien es cierto que los procesos sumarios limitan la cognición a determinados aspectos de la relación jurídico-material, ello implica que los efectos de la cosa juzgada (o de la litispendencia) también han de respetar esos límites y, consiguientemente, recaída resolución en el proceso sumario podrán plantearse en el ordinario las demás, porque el desahucio o la resolución del contrato ha de limitarse al examen del título arrendaticio o de la razón jurídica que justifique la ocupación y, en ese punto concreto, sí que la sentencia recaída en el primer proceso (el sumario) produce los efectos de la cosa juzgada, en cuanto se haya examinado a fondo, con plenitud, lo que implica que tampoco puede adelantarse en otro procedimiento la resolución de cuestiones accesorias, subsidiarias, complementarias,*

sumario no es la carencia absoluta de efectos de cosa juzgada sino que no produce la totalidad de los efectos materiales de la misma” porque los procesos sumarios, y entre ellos el juicio de desahucio por falta de pago, sí producen algunos efectos de cosa juzgada pudiendo sentarse con Garberí Llobregat³⁰⁰ “los siguientes criterios generales:

1. *La sentencia de desahucio provoca el efecto negativo excluyente característico de la cosa juzgada cuando la cuestión litigiosa objeto del proceso ulterior “viene a coincidir con la que ya fue objeto de discusión y resolución en un previo juicio de desahucio” (STS 1ª 27.11.92, 8.6.98, 27.10.05, SAP Valencia 8ª 15.1.01, SAP Zaragoza 4ª 11.1.02).*
2. *Están protegidas, pues, por la cosa juzgada las cuestiones expresamente resueltas por la sentencia dictada en el proceso sumario (SSTS 1º 14.12.92, 15.12.94), así como también «aquellas otras que no habiendo sido objeto de resolución pueden estimarse implícitamente resueltas por hallarse comprendidas en el thema decidendi» (STS 1ª 27.11.92, SSAP Valencia 8ª 15.1.01), pues de no ser así «se dividiría la continencia de la causa y podrían producirse sentencias contradictorias” (SAP Zaragoza 4ª 11.1.02).*
3. *Dichos efectos de cosa juzgada, por consiguiente, no impedirán un juicio ordinario declarativo posterior sobre aquellas cuestiones que no puedan ser resueltas en el juicio sumario (SSTS 1ª 14.12.92, 23.1.96).*
4. *Igualmente, la sentencia dictada en el proceso sumario producirá todos los efectos positivos o prejudiciales propios de la cosa juzgada (SSAP Zaragoza 4ª 11.1.02, Bizkaia 5ª 11.1.08).”*

Además, del procedimiento judicial de desahucio por falta de pago deben

prejudiciales o que, en cualquier caso, dependen de como se falle la cuestión principal; y es que la esencia del proceso sumario no es la carencia absoluta de efectos de cosa juzgada, sino que “no produce la totalidad de los efectos materiales de la misma” y lo en él resuelto puede producir efectos prejudiciales en otro proceso, que no puede parar aquel en el ámbito de sus propios límites. Y cuanto se lleva dicho es independiente de que quien demanda en el segundo proceso conozca o no la existencia del primero”.

300 GARBERI LLOBREGAT, J.: “Los nuevos juicios verbales de desahucio en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Editorial Bosch, Primera Edición, Barcelona 2009, página 71-72.

excluirse todas las “*cuestiones complejas*”, que no pueden esclarecerse debidamente en este breve juicio y que puedan plantear las partes, precisamente por la limitación que experimenta su objeto procesal habiendo determinado casuísticamente la jurisprudencia qué cuestiones pueden considerarse complejas³⁰¹ y cuáles no³⁰².

En todo caso, nuestra LA no reconoce un procedimiento arbitral sumario de desahucio y lógicamente al no prever ningún procedimiento sumario atribuye a todos los laudos los efectos de cosa juzgada (art 42 LA) con la única excepción del laudo formal de consumo del artículo 48.3 RD 231/2008 ya reseñado. Eso hace que el procedimiento judicial de desahucio sea sustancialmente diferente que el procedimiento arbitral de desahucio. En aquel están limitados las alegaciones y los medios de prueba y se excluyen las cuestiones complejas; en el procedimiento arbitral de desahucio, por contra y congruentemente con el carácter de cosa juzgada que va a tener el laudo, no se deberían limitar las alegaciones y pruebas del “demandado” ni se debe excluir el análisis de las

301 GARBARI LLOBREGAT, J.: *Los nuevos juicios...*, ob. cit. pág 68-69 sistematiza la jurisprudencia recaída en torno a qué cuestiones deben considerarse complejas indicando entre las mismas “1ª) *La controversia relativa de las actualizaciones de la renta arrendaticia (SSAP Lugo 2ª 8.5.02, Baleares 5ª 9.9.02).* 2ª) *La controversia derivada del mal estado de la finca o a la inejecución de obras de conservación a cargo del arrendador (SAP Cádiz 5ª 22.5.03).* 3ª) *La controversia atinente al correcto o incorrecto ejercido de una opción de compra sobre la finca arrendada determinante de su titularidad actual (SSAP Málaga 4ª 5.7.04, Valencia 8ª 10.7.06).* 4ª) *La controversia en torno a los daños acaecidos en la finca por un derrumbamiento y la procedencia o no de suspender la vigencia del arrendamiento por este hecho concreto (SAP Málaga —Melilla 7ª 31.1.05).* 5ª) *La controversia nacida como consecuencia de la necesidad de determinar la verdadera naturaleza del convenio de cesión entre los litigantes para el uso de la vivienda litigiosa (SAP Madrid 20ª 16.2.05).* 6ª) *La controversia que se cierne cuando el propio contrato de arrendamiento engloba diversos contenidos ajenos a la relación locaticia, tales como la inclusión de una opción de compra vinculada al arrendamiento (SAP Las Palmas 4ª 18.2.05).* 7ª) *La controversia relativa a la determinación de la fecha de celebración del contrato, y a la cuantía y fijación de la renta que se ha de pagar (SAP Lugo 1ª 18.3.05).* 8ª) *La controversia derivada de alegada indeterminación de la cuantía de la renta arrendaticia (SSAP Cantabria 3ª 15.4.05, Barcelona 13ª 31.3.08).* 9ª) *Las controversias en torno a la propiedad de la finca arrendada (SSAP Bizkaia 5ª 18.4.05, Granada 4ª 25.4.08)”.*

302 GARBARI LLOBREGAT, J.: *Los nuevos juicios...*, ob. cit. pág 68-69 sistematiza la jurisprudencia recaída en torno a qué cuestiones no deben considerarse complejas indicando entre las mismas “1ª) *La controversia derivada de la alegación por parte del demandado de la condonación o compensación del crédito arrendaticio (SAP Cádiz 5ª 22.5.03).* 2ª) *La controversia relativa a la calificación concreta del contrato en que se fundamenta la pretensión del actor, cuando el demandado alegue la inexistencia de arrendamiento alguno (SAP Madrid 20ª 16.2.05).* 3ª) *Las controversias atinentes a la fecha del contrato en fecha lejana, a la relación parental existente entre los contratantes, o a la falta de algunas de las actualizaciones de renta (SAP Cantabria 3ª 15.4.05).* 4ª) *Las controversias en torno a la naturaleza del arrendamiento, la legitimación de las partes y a la cuantía de la renta adeudada, razón por la cual «la cuestión relativa a la inhabilitación de la vivienda y necesidad de reparaciones necesarias, en tanto la misma afecta directamente al derecho al pago de la renta en cuyo impago se funda la acción, ha de entenderse admisible”.*

cuestiones complejas.

2.5.1.1 La irrecurribilidad del laudo. El laudo es, en principio, firme desde que se dicta³⁰³ y lo es porque, desde ese momento, es irrecurrible. No existe en nuestro derecho, dice Pardo Iranzo³⁰⁴ en opinión que comparto, “*el laudo definitivo puesto que no se han regulado recursos contra él; se han regulado acciones rescisorias pero unos y otras son cosas diferentes*”. Frente al laudo no cabe recurso en sentido propio a pesar de que por inercia y con cierta inexactitud siga hablándose de recurso de nulidad³⁰⁵ o de recurso de revisión. Y por eso el laudo es firme desde que se dicta³⁰⁶. En resumen, como ha señalado Fernández Ballesteros y conviene insistir para claridad de los conceptos, el laudo no es susceptible de recurso alguno; sólo puede ser impugnado “*mediante el ejercicio de acciones rescisorias (la impropiamente llamada de “anulación” a que se refiere el artículo 45 LA de 1988- y la de revisión contemplada en los artículo 37 LA – de 1988- y 509 y ss LEC*”³⁰⁷. Y dichos medios de impugnación tienen

303La única excepción a la regla general de que todo laudo es firme la encontramos en el artículo 48.3 del RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

304PARDO IRANZO, V.: *La ejecución...*, ob. cit. pág 149. En el mismo sentido de considerar que “*contra el laudo arbitral no es posible plantear recurso alguno*” BARONA VILAR S en *Comentarios...* ob. cit pág 1823.

305Señala la SAP de Alicante de 6 de noviembre de 2008 [Sección Octava] (Ponente: Luis Antonio Soler Pascual) [TOL 1.801.232], con la confusión terminológica a la que aludo pero con perfecta claridad conceptual, que “*la impugnación del laudo arbitral no constituye un recurso al modo del de apelación ordinario que aperture al Tribunal una plena «cognitio» sobre el asunto que le permita revisar, como si de otra instancia se tratara, la decisión arbitral. En efecto, el recurso de anulación no permite al Tribunal, conocer del fondo de la decisión arbitral pues, como ha declarado el TC, así la STC 43/1988 y el Auto del mismo Tribunal 259/1993 de 20 de julio , «el contenido del laudo no es revisable judicialmente». Por tanto el recurso de nulidad ni transfiere ni atribuye a los órganos judiciales «la jurisdicción originaria y exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad en si mismo». Señaló en este sentido la STS de 13 de octubre de 1986 que el recurso de anulación «es un juicio externo, por cuanto que el órgano judicial es sólo juez de la forma del juicio o de sus mismas garantías procesales, sin que en ningún caso pueda pronunciarse sobre el fondo» (...). De toda la doctrina expuesta se deduce en suma que el recurso de anulación no constituye un proceso hábil para obtener un pronunciamiento de fondo favorable a propósito de las cuestiones que fueron objeto del proceso arbitral, sino únicamente la privación de efectos al laudo dictado. No se trata, pues, de un recurso en sentido propio, sino de una acción rescisoria fundada en motivos tasados (numerus clausus) y orientada única y exclusivamente a obtener un pronunciamiento constitutivo: la creación de una situación nueva ya que a partir de la anulación un laudo que es firme, válido y ejecutivo desde que se dicta deja de serlo” y entonces, añadimos, la controversia debe ser resuelta de nuevo, bien mediante la actuación del colegio arbitral que dicta un nuevo laudo, o bien dejando expedita la vía jurisdiccional.*

306BARONA VILAR, S.: *Comentarios...* ob. cit. pág 1825-1826. Idem senso PARDO IRANZO, V.: *La ejecución...* ob. cit. pág 149. La única excepción a la firmeza del laudo es el supuesto del artículo 48.3 RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo al que ya hemos hecho referencia.

307FERNANDEZ BALLESTEROS LOPEZ, M.A.: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*. Iurgium. Madrid. 2001, pág 168. En el mismo sentido PARDO IRANZO, V.: *La ejecución...* ob. cit. pág 145.

por objeto atacar la cosa juzgada de la que ya goza el laudo arbitral desde que se dicta.

Dado que no caben recursos contra el laudo sino sólo medios de impugnación de la validez del laudo firme por alguno de los motivos tasados establecidos en el artículo 41 LA, es ineludible deducir que no cabe la ejecución provisional del laudo porque toda ejecución contra él es definitiva – no provisional-.³⁰⁸ Y esta opción del legislador de 2003 por el sistema de única instancia es una opción legítima de política legislativa porque nuestro Ordenamiento Jurídico sólo impone el sistema de doble instancia en materia penal³⁰⁹. Obviamente, señala la doctrina más autorizada³¹⁰ “*no quiere decir lo anterior [...] que no exista un control sobre la actividad y la decisión del árbitro. En un Estado social y democrático de derecho (art 1 CE) no caben zonas inmunes al control judicial, pero la fiscalización de la actividad arbitral y del laudo sólo lo pueden ser formalmente*³¹¹” por alguno de los motivos del 41 LA a través de la acción de anulación del laudo a la que pasamos a hacer sucinta referencia.

2.5.2 La acción de anulación contra el laudo. La LA 1988 suprimió el recurso de casación contra los laudos dictados en los arbitrajes de derecho de la legislación anterior lo que fue fuertemente criticado por Albaladejo García³¹² porque excluía el control de los Tribunales sobre el modo en el que los árbitros habían interpretado y aplicado la ley salvo cuando los vicios del laudo fueran de tal envergadura que llegaran a afectar al orden público constitucional. En todo caso, sea cual sea la opinión que nos merezca la imposibilidad de los Tribunales

308PARDO IRANZO, V.: *La ejecución...*, ob. cit. pág 150.

309Por todas, señala la STC 51/2012 de 29 de marzo de 2012. Pleno. (BOE de 27-4) (Ponente: Manuel Aragón Reyes) que: “*la exigencia de doble instancia penal lo es para Sentencias penales condenatorias, no para controversias sobre la ejecución de una condena*”.

310MERINO MERCHAN, J.F. y CHILLON MEDINA, J.M.: *Tratado ...*, ob. cit. pág 687 y 688.

311Señala la SAP de Madrid de 26/11/2010 Sección Vigésimoquinta (Ponente: Fernando Delgado Rodríguez) [TOL 2.031.898] que: “*Siendo patente que lo que pretende es un verdadero juicio revisorio del juicio de derecho, que, como ya ha sentado también el propio TC en Sentencia 43/1988, de 16 marzo y Autos de 20 julio 1993 [...] y 29 octubre del mismo año, dictados por la Sala 1ª, le está expresamente vedado al órgano judicial, puesto que, el Tribunal, puede controlar su regularidad, en un juicio externo, pero nunca inmiscuirse en su juicio valorativo[...]*”.

312Llegó a decir ALBALADEJO GARCIA, M.: “La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de derecho que infringe las normas debidas aplicar” en *Revista de Derecho Privado*, año 74 mes 3-1990, pág 178 que: “*Si hay algo que atacaría los cimientos de nuestro sistema jurídico y creo yo que de cualquiera y que socavaría un principio central del mismo, es el tolerar que impunemente y sin recurso contra ello se pueda dictar una resolución, en nuestro caso un laudo, que infringiendo el derecho que debe aplicar sea no obstante inatacable*”.

de volver a conocer sobre el fondo del asunto en segunda instancia, lo cierto es que la elección del legislador no merece ningún reproche constitucional³¹³ y es una opción legítima de política legislativa que trata de agilizar la institución arbitral y no diferir la firmeza del laudo a un recurso de casación que podría demorarse durante años.

La LA 2003 en el Título VII regula la anulación y revisión del laudo y comienza por afirmar en su artículo 40 que contra el laudo definitivo podrá ejercitar la acción de anulación del laudo en los términos previstos en este título y, sigue diciendo el artículo 41 LA, siempre que la parte que solicite la anulación alegue y pruebe los motivos de anulación que dicho artículo contiene y se interponga la acción de anulación del laudo dentro de los dos meses siguientes a su notificación. No entraremos en el análisis detallado de esta acción por entender que excede de los límites de este trabajo pero si haré una precisión que considero oportuna a los fines propuestos, máxime por el riesgo que corren principalmente los arrendatarios de que los arrendadores les “impongan” una cláusula arbitral en sus contratos de arrendamiento en la que renuncien a todos o algunos de los motivos de impugnación del laudo que les reconoce la legislación de arbitraje.

En este sentido, entiendo que la acción de anulación del laudo, como hemos señalado, no es propiamente un recurso³¹⁴ y que es ineficaz la cláusula del

313 Señala la STC 176/1996, de 11 de noviembre (BOE de 17 de diciembre) Sala Segunda (Ponente: Julio Diego González Campos): “... el acceso a la jurisdicción -pero no su «equivalente jurisdiccional» arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995- legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral”. Véase nota 4 de este trabajo.

314 Señala la EM de la LA de 2003 que: “Respecto de la anulación, se evita la expresión recurso, por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros “. Añade la SAP de Alicante de 06/11/2008 Sección Octava (Ponente: Luis Antonio Soler Pascual) [TOL 1.801.232] que: “la impugnación del laudo arbitral no constituye un recurso al modo del de apelación ordinario que aperture al Tribunal una plena «cognitio» sobre el asunto que le permita revisar, como si de otra instancia se tratara, la decisión arbitral. En efecto, el recurso de anulación no permite al Tribunal, conocer del fondo de la decisión arbitral pues, como ha declarado el TC, así la STC 43/1988 y el Auto del mismo Tribunal 259/1993 de 20 de julio , «el contenido del laudo no es revisable judicialmente». ... De toda la doctrina expuesta se deduce en suma que el recurso de anulación no constituye un proceso hábil para obtener un pronunciamiento de fondo favorable a propósito de las cuestiones que fueron objeto del proceso arbitral, sino únicamente la privación de efectos al laudo dictado. No se trata, pues, de un recurso en sentido propio, sino de una acción rescisoria fundada en motivos tasados (numerus clausus) y orientada única y exclusivamente a obtener un pronunciamiento constitutivo: la creación de una situación nueva ya que

convenio arbitral por la que las partes renuncian a la impugnación judicial del laudo por desconocer, en palabras de la STS de 10 de marzo de 1986, “*el fundamental derecho al proceso en el orden jurisdiccional civil impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocida en el artículo 24.1 CE*”³¹⁵. No olvidemos que la Jurisprudencia Constitucional³¹⁶ viene señalando que el derecho a acceder a la jurisdicción se satisface en el arbitraje mediante la acción de anulación del laudo por lo que, debe estar sustraído a la voluntad de la partes, excluir ese único acceso a los Tribunales porque supondría renunciar a la única forma que prevé el ordenamiento jurídico para que la tutela judicial efectiva, y su manifestación de derecho de acceder a la jurisdicción, opere en materia arbitral ³¹⁷.

2.5.3 La revisión del laudo Señala el artículo 43 LA que: “*el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes*”. La revisión no es un recurso sino otra modalidad, junto a la acción de anulación, de impugnación de la cosa juzgada; una acción rescisoria que pretende, cuando concurren los motivos taxativamente establecidos, rescindir el proceso mismo. Y es que con los recursos se impugnan resoluciones definitivas mientras que la revisión tiene por objeto resoluciones firmes.

2.5.4 Impugnación de laudos transcurridos los plazos del 41. 4 LA. En todo caso, es preciso plantearse si el laudo no impugnado ni impugnado por las partes por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 41.4 LA 2003 pero manifiestamente contrario al orden público o relativo a una materia inarbitrable o que resuelve una cuestión que no se había sometido a arbitraje debe ejecutarse por el Juez y, en caso contrario, cual sería el medio para oponerse a dicha ejecución. Una de las vías para evitar dicha ejecución de un laudo firme sería acudir a la revisión de sentencias firmes previsto en la LEC y

a partir de la anulación un laudo que es firme, válido y ejecutivo desde que se dicta, deja de serlo”.
315STS de 10 de marzo de 1986 (dos). Sala de lo Civil. (Ponente: Jaime Castro García) [STS 1139/1986 (Id Cendoj: 28079110011986100610) y STS 7972/1986 (Id Cendoj: 28079110011986101234)]

316Por todas STC 176/1996, de 11 de noviembre (BOE de 17 de diciembre) Sala Segunda (Ponente: Julio Diego González Campos).

317Esta opinión no es, desde luego, pacífica y así no faltan autores como MUNNE CATARINA, F.: *El arbitraje...*, ob. cit. pág 186 que dice que: “*la renuncia al ejercicio de una acción de impugnación, siempre que no afecte a nulidades radicales, sino a meros supuestos de anulación, y por tanto susceptibles de subsanación, deben considerarse acciones renunciabiles tanto ex ante como ex post*”.

al que remite el art 42 LA pero para ello debemos estar ante alguno de los motivos previstos en el artículo 510 LEC y sin duda hay causas (como el laudo sobre materia no susceptible de arbitraje o no sometida a arbitraje) que escapan de los mismos³¹⁸. Por eso, entiende Córdón Moreno³¹⁹ que en estos casos deben entenderse convalidados los eventuales motivos de anulación de que el mismo pudiera adolecer siempre que “*afecte a las materias que entran dentro del poder de disposición de las partes (por ejemplo el plazo o el nombramiento de árbitros)*” pero si los motivos son de *ius cogens* (por ejemplo laudo contrario al orden público) entiende parte de la doctrina³²⁰ “*que no es posible su convalidación porque ello iría contra los más elementales principios de nuestro derecho positivo*” y debe ser posible que las partes acudan a la vía judicial y que el Juez pueda negarse a la ejecución³²¹.

Entendemos que es posible distinguir los siguientes supuestos:

2.5.4.1 Laudos contrarios al orden público o que resuelven materias no sometidas al arbitraje o no susceptibles de arbitraje. Señala Picó i Junoy³²², en opinión que suscribo, que: “*el juez ejecutor puede denegar la ejecución de dicho laudo, cuando la inarbitrabilidad de la materia litigiosa sea evidente o sea muy sencilla de apreciar*”³²³ y que: “*en caso de duda, o dicho en otros*

318Art. 510 LEC: “*Motivos. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1.º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado. 2.º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente. 3.º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia. 4.º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta*”.

319CORDON MORENO, F.: “*El arbitraje ...*”, ob. cit. pág. 133.

320BARONA VILAR, S.: “*El recurso de anulación del laudo arbitral*”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje 1988-1989* página 119.

321Señala PARDO IRANZO, V.: *La ejecución...*, ob. cit. pág. 109 que el juez ejecutor no puede denegar el despacho de ejecución porque el laudo de derecho se haya dictado en aplicación de una norma derogada pero entendemos que dicho anómalo supuesto supondría una vulneración flagrante del orden publico constitucional -del principio de legalidad, de la jerarquía normativa y del Estado de Derecho todo- por lo que el Juez, si el carácter derogado de la norma es manifiesto, debe denegar el despacho de ejecución. Si, por contra, dicha derogación es dudosa nos adherimos al criterio de dicha autora.

322PICO I JUNOY, J.: “*El abuso...*”, ob. cit. pág 1428.

323Señala el AAP de Madrid de 20 de enero de 2005. Sección 18ª. (Ponente: Lorenzo Pérez San Francisco) [TOL 559.498] que: “*Es evidente que a pesar de ello si se dieran determinados supuestos, por ejemplo, cuando el convenio arbitral se refiriera a materias indisponibles o fuera contrario al orden público, a los derechos fundamentales o derivado de una causa ilícita o delictiva, podría el Juez denegar el despacho de ejecución. Ahora bien esa posibilidad no puede extenderse a supuestos que sean al menos discutibles y que la parte supuestamente perjudicada no discutió en el proceso*

*términos, cuando el caso concreto debiera exigir un profundo análisis del fondo de la cuestión debatida, la eficacia de cosa juzgada del laudo impide dicho análisis, por lo que deberá despachar ejecución”*³²⁴. Y el Juez ejecutor puede denegar la ejecución de dicho laudo firme que ha resuelto sobre materias no sometidas al arbitraje porque, dice Picó y Junoy³²⁵, el principio constitucional de “*exclusividad jurisdiccional, entendido como monopolio de la potestad jurisdiccional que el Estado atribuye a los tribunales, y que se reconoce en el art. 117.3 CE*” implica que “*su vulneración por el árbitro que pretende resolver sobre objetos respecto de los cuales no tiene jurisdicción, produce la inexistencia jurídica del laudo, por lo que ante esta inexistencia de título ejecutivo, el juez deba denegar el despacho de la ejecución al amparo de los artículos 517.2.2.º y 551.1 LEC*”³²⁶.

2.5.4.2 Laudos en los que se descubre la parcialidad del arbitro transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad. Entiende Picó y Junoy³²⁷ que cuando el ejecutado tenga conocimiento de la falta de imparcialidad del arbitro después de haber transcurrido el plazo para interponer la acción de nulidad “*la vía de solución más adecuada a este problema es la de formular la acción de revisión del laudo fundándose en la «maquinación fraudulenta» entre la parte y el árbitro (art. 43 LA) en relación con el art. 510.4.º LEC , y solicitar la suspensión de la ejecución al amparo de los artículos 515 y 566.1 LEC*” y

arbitral o discrepó en él pero con resultado adverso ni, de ser así, mediante el recurso de anulación.”

324 PARDO IRANZO, V.: *La ejecución...* ob. cit. pág. 118 se decanta, igualmente, por el control de oficio por el Juez cuando los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje porque “*si no fuera así las materias no dispositivas pasarían a ser dispositivas y susceptibles de ser resueltas en arbitraje por la simple voluntad concordante de las partes*”.

325 PICO I JUNOY, J.: “El abuso ...” ob. cit. pág. 1428-1429.

326 Igualmente CAMPO VILLEGAS, E.: “Problemas de forma en el laudo arbitral: artículo 37.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, núm 5. febrero 2004, pág. 171, sostiene la inexistencia de los laudos cuando “*se refieran a materias inarbitrales, lo mismo que los provenientes de falsos arbitraje*”; YÁNEZ VELASCO, R.: *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág.969, quien señala: “*Por otra parte será irrelevante el consentimiento de las partes ante un laudo que resuelve materias excluidas del arbitraje, porque aunque no exista una acción de anulación la decisión arbitral sobre las mismas se considerará nula. El juez no habría de admitir la ejecución solicitada de ese laudo porque, en puridad, no existe propiamente un laudo al ser insuficiente el consentir de las partes para subsanar lo que en origen es radicalmente nulo*” y MUNNÉ CATARINA, F.: *El Arbitraje...*, ob. cit. pág 170, para quien: “*dado el carácter convencional y temporal de la jurisdicción del árbitro, ni el laudo extemporáneo ni el laudo que verse sobre materias no arbitrables no será laudo y por ello será susceptible de nulidad en cualquier momento, puesto que como laudo nunca ha nacido a la vida jurídica, por carecer de jurisdicción de forma insubsanable quien ha emitido ese "no laudo"*”.

327 PICO I JUNOY, J.: “El abuso...” ob. cit. pág 1434.

entiende que el juez ejecutor de oficio, con fundamento en la proscripción del abuso de derecho, el fraude de ley o procesal y la mala fe procesal de los artículos 247 LEC y 11 LOPJ, “*podría negarse a despachar ejecución cuando en la persona del árbitro no hayan concurrido las mínimas garantías objetivas de imparcialidad y exista un motivo razonable que justifique la pasividad del demandado*”³²⁸.

Por último, cuando el juez constate la vulneración de alguna garantía constitucional del debido proceso durante la tramitación del procedimiento arbitral si ha transcurrido el plazo de la acción de anulación y no procede la acción de revisión el efecto sanatorio de la cosa juzgada (que sana las posibles nulidades procesales que se hayan podido producir durante la tramitación del juicio) impide al juez ejecutor analizar una cuestión que debió plantearse con anterioridad pues era conocida por la parte perjudicada³²⁹.

2.5.5. Ejecución forzosa del laudo. Aspectos problemáticos. Señala el artículo 44 de la LA 2003 que: “*la ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título*”. No es, por tanto, objeto de este trabajo el estudio de todo el procedimiento de ejecución regulado en la LEC y al que se remite el artículo 44 de la LA sino simplemente analizar aquellos aspectos que por la singularidad de la materia arrendaticia o por la especificidad del título ejecutivo (el laudo) se acomodan al estudio propuesto en este trabajo sin olvidar que, como decía Almagro Nosete³³⁰: “*las normas sobre ejecución de laudos arbitrales, constituyen un delicado mecanismo de relojería, cuyo delicado ensamblaje no permite que sobren ni falten piezas*”.

Entre las cuestiones discutidas en la doctrina y jurisprudencia vamos a centrarnos en dos: una de ellas -la postulación procesal en la ejecución del laudo

328PICO I JUNOY, J.: “El abuso...”, ob. cit. pág 1434.

329En este sentido, MONTERO AROCA, J.: *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. AA.VV., Ed. Civitas, Madrid, 1990, pág. 282; BARONA VILAR, S.: “La ejecución del laudo arbitral, (según la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje)”, en *Revista del Poder Judicial* nº 21. Marzo 1991, pág. 27; CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*. Ed. Aranzadi, 1995 pág 146 donde señala que al Juez en ningún caso le está permitido “*realizar un control de los presupuestos del laudo o del procedimiento seguido para su obtención que pudieron fundamentar en su día el recurso de anulación*”.

330 ALMAGRO NOSETE, J.: “La ejecución del laudo arbitral” en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, UNED, Madrid, núm 0, pág 16.

arbitral- recientemente resuelta por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles³³¹, y otra -la legitimación para pedir la ejecución por las costas - aún problemática:

2.5.5.1 Legitimación para pedir la ejecución por las costas. En primer lugar, hay que señalar que, ante la existencia de Jurisprudencia contradictoria sobre la legitimación del árbitro para solicitar el pago de sus honorarios en la ejecución del laudo³³², la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles de la AP de Madrid, de 28 de septiembre de 2006, en su acuerdo undécimo para la unificación de criterios señaló que: *“el árbitro no puede solicitar en la ejecución del laudo el pago de sus honorarios, ya que no está legitimado para instar en su nombre la ejecución del laudo”*.

Aclarado dicho extremo, al menos para el ámbito territorial de la AP de Madrid, hay que indicar que, no obstante, la Jurisprudencia menor sigue discutiendo si la parte beneficiada por la condena puede solicitar en la ejecución su pago aunque no acredite haber abonado los gastos cuya ejecución forzosa pretende. Así, diversas resoluciones de las Audiencias Provinciales han sostenido que es inexcusable que el ejecutante acredite haber abonado o reintegrado los gastos cuya ejecución forzosa pretende³³³ mientras que otras permiten exigir el pago de las costas y gastos que fija el laudo aunque no pruebe dicho abono o reintegro previo³³⁴.

331El Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles fue convalidado mediante Resolución del Congreso de los Diputados de 29 de marzo de 2012. (BOE. núm. 87, de 11 de abril de 2012) y permaneció vigente hasta el 27 de julio de 2012, fecha de entrada en vigor de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. (BOE. núm. 162, de 7 de julio de 2012).

332A favor de dicha legitimación señalaba la SAP de Madrid de 30 de junio de 2005. Sección 14ª. (Ponente: Juan Uceda Ojeda), [TOL 717.471] que: *“No creemos que debemos admitir el tercero de los motivos de nulidad (Haber resuelto el árbitro puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje, artículo 45.4 LA), pues en el convenio arbitral ... se indica expresamente que “el árbitro se pronunciará libremente en el laudo sobre las costas del arbitraje, salvo si una de las partes hubiera incumplido la relación contractual, en cuyo caso esté abonará todas las costas”(estipulación 9ª) y el mismo contiene una tabla donde se especifica tanto el coste de los honorarios del arbitro, como el de los gastos de administración del arbitraje, del notario y de notificación de las resoluciones”*.

333En este sentido de exigir que el ejecutante acredite haber abonado o reintegrado los gastos cuya ejecución forzosa pretende AAP de Madrid de 10-12-2008 (Sección 20ª) (Ponente: Ramón Fernando Rodríguez Jackson) [SP/AUTRJ/445896]; AAP de Madrid de 12-11-2008 (Sección 20ª) (Ponente: Ramón Fernando Rodríguez Jackson) [SP/AUTRJ/441332] y AAP de Madrid de 7-11-2008 (Sección 20ª) (Ponente: Purificación Martínez Montero de Espinosa) [SP/AUTRJ/441297].

334El AAP de Madrid de 11-2-2008 (Sección 11ª) (Ponente: Lourdes Ruiz de Gordejuela López) [SP/AUTRJ/160600] señala en cuanto a los gastos del arbitraje que: *“constituyen un pronunciamiento*

Creo que, en este caso, debe aplicarse, por analogía, idéntica doctrina que la alcanzada por nuestra jurisprudencia para el pago de las costas procesales en procesos jurisdiccionales. En este sentido, señala la SAP de Madrid de 25 de julio de 2006³³⁵ que: “Respecto de la falta de aportación de los justificantes de pago a que se refiere el art. 242.2 LEC, se ha pronunciado ya esta Sala en anteriores ocasiones, como en S. 14.Jul.2003, a cuyo tenor ‘Una interpretación meramente literal y aislada de lo dispuesto por el artículo 242.2 LEC llevaría a la conclusión a la que llega la parte apelante, pues el precepto, aisladamente considerado, es claro en el sentido de que han de presentarse con la solicitud de tasación de costas los justificantes de haber satisfecho las cantidades cuyo reembolso reclame’.

Es decir, para que a la parte se le "reembolsen" los gastos procesales a través de la tasación de costas, ha de haber previamente "satisfecho" las cantidades reclamadas y debe tener en su poder y aportar los correspondientes justificantes de pago.

Sin embargo, como esta Sala ha mantenido en sentencias de 6 de junio de 2001, 25 de febrero y 22 de mayo de 2002, lo que procede es una interpretación sistemática de la Ley, lo que conduce a una conclusión diferente, pues el legislador, tras establecer el deber de las partes de ir abonando los gastos que se producen durante la tramitación de un procedimiento judicial a medida que se vayan produciendo, incluidas las costas procesales, y la posibilidad de que los titulares de los créditos derivados de las actuaciones procesales puedan reclamarlos sin esperar a que finalice el procedimiento (artículo 241 de la Ley procesal), también regula la posibilidad de que no se hayan satisfecho los mismos en el curso del proceso y así permite que los propios profesionales presenten sus minutas de honorarios o derechos para que sean incluidos en la tasación (artículo 242.3 de la Ley), precepto imposible de concebir si fuese necesario que se hubiesen satisfecho con anterioridad por la parte a cuyo favor

integrado en el fondo que queda fuera de la verificación meramente formal del laudo que debe realizar el Juez antes de despachar la ejecución ... de donde nace la legitimación de la entidad apelante para despachar ejecución a su favor por las cantidades reseñadas en el laudo, por ser la titular del derecho declarado ... dejando a salvo el pertinente reintegro a la entidad administradora por los gastos de arbitraje, dentro de sus relaciones internas.”

335SAP Madrid 25/07/2006 (Sec 14ª) (Ponente: Paloma Marta Sarcia de Ceca Benito) [TOL 1.027.416].

prestaron sus servicios (...).

Por todo ello, se considera que, aunque la nueva regulación legal puede permitir diversas interpretaciones acerca de quien sea el titular de los créditos incluidos en las distintas partidas de la tasación, cuando la parte favorecida no haya satisfecho sus importes con anticipación, no existe motivo alguno para exigir, como postula la parte recurrente, la justificación previa de haber satisfecho la parte los honorarios del Letrado y los derechos del Procurador incluidos en la tasación de costas, debiendo dejar reducida la exigencia de aportar los justificantes a aquellos casos en que se pida el reembolso de gastos que necesariamente se han de haber satisfecho con anticipación, como ocurriría con las certificaciones registrales, publicación de edictos, etc.”.

2.5.2.2 La postulación procesal en la ejecución del laudo arbitral. Un problema importante que había dividido a doctrina y jurisprudencia, y al que como veremos da solución la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, fue si era necesaria postulación procesal para el proceso de ejecución derivado del laudo arbitral³³⁶. En síntesis, existían tres teorías: la que

336El AAP de Madrid de 14 de marzo de 2011 (sección Octava) (Ponente: María Victoria Salcedo Ruiz) [SP/AUTRJ/629508] resume las posturas reduciéndolas a dos al señalar que: “Cabe añadir que dos son las posturas que se han venido manteniendo en relación con la interpretación que debe concederse a lo dispuesto en el apartado 1 del último de los preceptos citados, (el 539 LEC)[...]. Una de las posturas, la mantenida en el auto que se recurre, es la que considera que en el citado precepto se incluyen tanto las decisiones adoptadas en el seno de un procedimiento judicial como las dictadas dentro de un procedimiento arbitral. Así alude la Juzgadora de instancia, entre otros, al artículo 518 de la Ley Procesal Civil -que regula la caducidad de la acción ejecutiva-; en este precepto se mencionan, además de las sentencias, otras decisiones tanto judiciales como arbitrales, calificando a ambas como "resoluciones". Desde esta perspectiva y dado que en el procedimiento arbitral las partes pueden actuar por sí mismas sin necesidad de profesionales del derecho que les representen y les asistan, no sería obligado que en la ejecución del laudo arbitral tuvieran esa representación y defensa y, por tanto, sus honorarios no podrían ser repercutidos en la tasación de costas. No obstante, existe otra postura, que es la que vamos a adoptar en esta resolución para dar respuesta a las cuestiones suscitadas en el recurso, y no es otra que entender que el artículo 539.1 de la Ley Procesal Civil se refiere solamente a las resoluciones judiciales, por lo que la representación y defensa de las partes dentro de un procedimiento de ejecución de laudo arbitral vendría regulada por los artículos 23 y 31 de la Ley Procesal Civil ya citados y, en consecuencia, la presencia de Abogado y Procurador sería preceptiva. La razón de tal entendimiento es que el citado precepto se refiere a "resoluciones" y "procesos"; términos típicos de la existencia de una controversia judicial. Es cierto que el artículo 518 de la Ley Procesal Civil se refiere tanto a resoluciones judiciales como arbitrales, pero también lo es que, a modo de ejemplo, cuando el artículo 545 se refiere a los tribunales competentes para despachar ejecución distingue según el título que se trate y denomina a las decisiones judiciales "resoluciones" y a las arbitrales "laudos". El otro de los términos que utiliza el precepto es el de "proceso" y no debemos olvidar que la EM de la Ley Procesal Civil, en su apartado IV, establece que la citada ley utiliza los términos "juicio" y "proceso" como sinónimos. Otra de las razones que nos lleva a pensar que el citado precepto se refiere sólo a las resoluciones judiciales es contenido del apartado segundo de ese mismo precepto, que señala "Para la ejecución derivada de

entendía que el término “*proceso*” que emplea el art. 539.1 LEC³³⁷ incluía a los procesos arbitrales y el término “*resolución*” que usa dicho mismo artículo englobaba a los laudos³³⁸ por lo que aplicaba el art. 539. 1 LEC y, puesto que en ningún proceso arbitral es preceptiva la intervención de letrado ni procurador, deducían que en ningún proceso de ejecución del laudo era preceptiva dicha intervención³³⁹. Otro sector doctrinal y jurisprudencial³⁴⁰ entendía que el término “*proceso*” del 539 LEC sólo incluía el proceso jurisdiccional por lo que, ante la

procesos monitorios en que no haya habido oposición, se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 900 euros". Esto es, la excepción a lo dispuesto con carácter general se refiere sólo a un proceso judicial, que inicialmente no requiere de esos profesionales. Aún cuando consideráramos que el artículo ya citado -539.1- se refiere tanto a las resoluciones judiciales como a los laudos arbitrales, deberíamos tener en cuenta el espíritu de la Ley, impregnado en todos los preceptos y consideraciones antes mencionados, que no es otro que la ejecución de resoluciones por importe superior a 900 euros, como la que es objeto de la presente litis, requiere de los profesionales que minutan en la tasación de costas que entendemos indebidamente denegada”.

337 Señala el artículo 539.1 LEC que: “*El ejecutante y el ejecutado deberán estar dirigidos por letrado y representados por procurador; salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales”.*

338 Ciertamente los argumentos a favor de esta teoría eran irreprochables porque, aunque cierta Jurisprudencia menor negaba al procedimiento arbitral la condición de proceso, no olvidemos que la propia EM de la L.A. 2003 señala: “...*el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es*”. En cuanto a la condición del laudo como “*resolución*” el propio art 517.2.2 LEC lo reconoce al señalar que “*sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: los laudos o resoluciones arbitrales*”.

339 Señalaba, en defensa de esta tesis el AAP de Madrid de 13 de abril de 2005. Sección 12ª. (Ponente: Fernando Herrero de Egaña Octavio de Toledo) [TOL 669.575] que: “*Esta Sala ya ha mantenido anteriormente, que la ejecución del laudo dictado bajo la vigencia de la Ley de Arbitraje de 1988 ... no requiere intervención preceptiva de abogado y procurador dado que se trata de una ejecución de resolución, por las siguientes razones: En primer lugar porque es evidente que si bien el laudo arbitral no es una resolución judicial, sin embargo se dicta en el seno de un procedimiento, el arbitral, que guarda evidentes similitudes con los procesos judiciales, baste para ello tener en cuenta que en su seno se han de observar los principios de igualdad, audiencia y contradicción (artículo 21 de la Ley de Arbitraje de 1988) se practican pruebas pertinentes (artículo 26 de dicha Ley), el laudo arbitral produce los mismos efectos de cosa juzgada que una sentencia o auto definitivo (artículo 37 de la misma Ley) etcétera. Prueba de tal similitud, la propia LEC 2000 equipara los laudos arbitrales a las sentencias al efecto de regular algo tan trascendente y elocuente como es el régimen de oposición a la ejecución (artículo 556 LEC 2000), lo cual evidencia la equiparación que el legislador efectúa entre ambos tipos de resoluciones. Igualmente extrae del artículo 520 a los títulos arbitrales y judiciales, y de no ser así, laudos que no superan los 300 € de importe, carecerían de acceso al procedimiento de ejecución judicial. El artículo 539.1 LEC 2000 no se refiere a resoluciones judiciales, sino a resoluciones (y el laudo lo es, aunque dictada por árbitro) dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de tales profesionales, de tal manera que si existe un proceso previo que determine la creación de un título ejecutivo y que entre sus normas indique si es o no preceptiva la intervención de abogado y/o procurador será aplicable el artículo 539.1 LEC 2000, el cual no diferencia entre procedimientos judiciales o, como es el caso, arbitrales - en definitiva procedimiento también es el arbitral -, ni diferencia entre resoluciones judiciales o de otra índole. Igualmente el artículo 517.2.9º LEC 2000 indica que tendrán aparejada ejecución los laudos o "resoluciones arbitrales", de tal manera que la utilización del término resolución es común a laudos y resoluciones judiciales, y cuando el legislador quiere diferenciar una de otra así lo hace expresamente, distinción que no se da en el artículo 539.1 LEC 2000. Por tanto el laudo arbitral no precisa para su ejecución de abogado ni de procurador con arreglo al artículo 539.1 LAU 2000, ya que el procedimiento arbitral no precisa de tales profesionales con carácter preceptivo, y dado que tanto la entidad arbitral como la entidad ejecutante tienen su domicilio en Madrid, no son debidos los*

ausencia de normas, debía aplicarse a la ejecución del laudo arbitral el régimen de ejecución de los títulos extra-jurisdiccionales que exige siempre, y cualquiera que sea la cuantía, abogado y procurador (539.1 primer inciso LEC). Y, por último, un sector doctrinal³⁴¹ y jurisprudencial³⁴² entendía también que el término “proceso” del 539 LEC sólo incluye el proceso jurisdiccional pero diferían de la anterior teoría porque consideraban que, ante la ausencia de normas, debía aplicarse el régimen jurídico de ejecución de los títulos judiciales y, por tanto, sería preceptiva la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución fuera superior a 900 euros (actualmente 2000 euros).

Aunque aumentando la cuantía de 900 euros a 2000 euros³⁴³ la Disposición final Segunda de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles toma decidido partido por esta última tesis e incluye un nuevo

honorarios de abogado ni los derechos de procurador, por todo lo cual procede estimar la impugnación”. En el mismo sentido, SAP de Madrid de 5 de octubre de 2005 (Ponente: Fernando Herrero de Egaña Octavio de Toledo) [TOL 829.542].

340SAP de Valencia de 19 de junio de 2009. Sección 6ª. (Ponente: María Mestre Ramos) [TOL 1.581.179] “*En cuanto al fondo de asunto, cita la parte recurrente entre otras resoluciones, la sentencia de la A.P. de Valencia, sec. 8ª, S 5-3-2007, nº121/2007, rec.5/2007 . Pte. Sánchez Alcaraz, Eugenio, que entendemos de plena aplicación al caso que nos ocupa, al haber resuelto un supuesto similar: “...La resolución apelada se limitó a indicar que su presencia no era obligada, pero sin explicar en qué razones fundaba esa decisión, lo que en principio sería suficiente para revocarla ante la ausencia de fundamentos que contradigan la petición interesada. Con independencia de lo anterior, no debemos olvidar que el objeto de ejecución es un laudo dictado en un procedimiento arbitral que en principio y como arguye la parte apelante, desde un punto de vista semántico no cabe identificar con la expresión “procesos” que emplea el precepto. En cualquier caso, la regla general es la comparecencia por medio de Procurador y bajo la dirección de Abogado, habilitados uno y otro para poder ejercer su profesión ante el Tribunal que conozca del juicio, según disponen los artículos 23.1 y 31.1 de la LEC , estableciendo el apartado 2 de dichos artículos las excepciones a esta exigencia de postulación, que por propia naturaleza habrán de ser objeto de interpretación restrictiva y sin que entre las enumeradas figure referencia alguna a los laudos arbitrales”*”.

341 PARDO IRANZO, V.: *La ejecución...*, ob. cit. pág 49.

342 Señala la SAP de Valencia de 5 de diciembre de 2008. Sección 11ª. (Ponente: Manuel José López Orellana) [TOL 1.482.902] que: “*si bien semánticamente el proceso al que se refiere el artículo 539 LEC no se puede equiparar al procedimiento arbitral, desde el punto de vista jurídico-procesal está más que justificada esa equiparación por voluntad del propio Legislador, desde el momento en que los motivos alegables en la oposición a la ejecución , según el artículo 556-1 LEC, son los mismos tanto para la ejecución de resoluciones judiciales como para la ejecución de laudos arbitrales, y si en lo más o en lo fundamental, que son las causas de oposición, están equiparadas ambas ejecuciones, con mayor razón lo estarán en cuanto a si es preceptiva o no la intervención de Abogado y Procurador en su tramitación, con lo que si el interés económico de un laudo arbitral es inferior a 900 euros, cual es el caso, al igual que ocurre en la ejecución de una sentencia recaída en juicio verbal que no exceda de tal cuantía, no será necesaria la actuación de dichos profesionales*”. En el mismo sentido, AAP de Madrid de 14 de marzo de 2011 (sección Octava) (Ponente: María Victoria Salcedo Ruiz) [SP/AUTRJ/629508].

343 Lo cual es congruente con el aumento de las cuantías del 23.2.1 y del 31.2.1 LEC que llevó a cabo la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía.

párrafo en el 539 LEC que da solución a dicha problemática y ahora señala que:
“Para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación o un laudo arbitral se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2.000 euros”.

CONCLUSIONES

Este estudio ha tenido como objeto de análisis el contrato de arrendamiento urbano que lleva incorporada como cláusula o que se somete en acuerdo independiente a arbitraje.

A través del análisis de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, y de la jurisprudencia; así como del estudio de la doctrina y de los principales ordenamientos extranjeros que pueden de una u otra forma influir en el Derecho español, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. El arbitraje es un medio heterónomo de solución de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento, con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad. Su justificación constitucional se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.1 de la Constitución. No se justifica en el artículo 24 de la Constitución.
2. La delimitación subjetiva del arbitraje se origina en el convenio arbitral y serán partes del arbitraje quienes suscriben el convenio arbitral. Para celebrar el convenio arbitral, en principio, es suficiente la simple capacidad de obrar y la libre disposición de los derecho que someten a la decisión arbitral.
3. En cuanto a la capacidad para celebrar el convenio arbitral, el menor emancipado necesitará el complemento de capacidad para ceder en arrendamiento y someter dichos contratos a arbitraje cuando se trate de bienes inmuebles por plazo superior a 6 años al considerarse actos de disposición.
4. En cuanto a la capacidad para celebrar el convenio arbitral, el incapacitado habrá de estar a lo que disponga la sentencia de incapacitación y, si esta se limita a someter al incapacitado a tutela, el tutor necesitará autorización judicial para ceder en arrendamiento bienes inmuebles por plazo superior a 6 años y, en todo caso, necesitará autorización judicial para someter dichos contratos a arbitraje.

5. En cuanto a la capacidad para celebrar el convenio arbitral, el pródigo habrá de estar a lo que disponga la sentencia que declare la prodigalidad y, por tanto, el pródigo necesitará la asistencia del curador para arrendar o someter a arbitraje un contrato de arrendamiento únicamente si la sentencia que declare la prodigalidad así lo exige; si no lo exige no.
6. En cuanto a la capacidad para celebrar el convenio arbitral, los padres del menor no emancipado están legitimados para someter a arbitraje cuestiones de sus hijos menores sujetos a patria potestad si bien necesitarán autorización judicial cuando los conflictos se hubieren suscitado en torno a los asuntos mencionados en el art 166 CC.
7. En cuanto a la capacidad del concursado para celebrar el convenio arbitral, si está sometido a un régimen de suspensión no podrá celebrar un convenio arbitral pero sí podrán celebrarlo los administradores concursales en sustitución del concursado; si está sujeto a un régimen de intervención podrá celebrar bajo la supervisión de los administradores un convenio arbitral referido a un contrato de arrendamiento.
8. En cuanto a la capacidad para celebrar el convenio arbitral, el mandatario precisa mandato expreso, especial y específico para celebrarlo.
9. En cuanto a la capacidad para celebrar el convenio arbitral, los representantes legítimos del ausente no podrán arrendar bienes por mas de 6 años ni, en dichos casos, estarán legitimados para celebrar convenio arbitral salvo que haya autorización judicial mientras que los representantes dativos del ausente se regirán por las reglas de la tutela.
10. En cuanto a la capacidad para celebrar el convenio arbitral, las Personas Jurídicas estarán a las leyes y reglas de su constitución debiendo otorgarse el contrato de arrendamiento y de arbitraje por quien ostente el poder de representación de la misma.
11. Las Comunidades de Propietarios pueden sujetar un contrato de arrendamiento a

arbitraje siempre que tengan la libre disposición de los bienes, es decir siempre que cumpla los requisitos de mayorías o unanimidad que prevé el art 17 LPH para poder arrendar un bien.

12. El acreedor por sustitución, al amparo del artículo 1111 CC, del arrendador o arrendatario sucede en el pacto arbitral y, por tanto, puede hacer valer -y pueden hacer valer frente a él- el convenio arbitral suscrito por su deudor con el deudor de su deudor.
13. El fiador del arrendador o arrendatario puede oponer al acreedor que le reclama judicialmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento la excepción de arbitraje cuando ha intervenido en el contrato de arrendamiento y cuando la garantía se suscribe en documento independiente del contrato de alquiler pero identificando perfectamente la obligación garantizada y el contrato principal de arrendamiento (donde sí consta la cláusula arbitral). Por contra, si la garantía se presta sin que el fiador conozca la cláusula de arbitraje inserta en el contrato de arrendamiento o sin que conozca la existencia misma del contrato independiente de arbitraje, no cabe sostener la vinculación del fiador al mismo.
14. El cesionario del arrendador o arrendatario subentra en la íntegra posición jurídica que ocupaba el cedente y, por tanto, podrá hacer valer -y frente a él se podrá hacer valer- la cláusula de sumisión al arbitraje si bien, si la sumisión consta en un acuerdo independiente, será preciso que el cesionario conociera la existencia de dicho acuerdo.
15. La imparcialidad del árbitro es una garantía esencial de la función arbitral. Sin árbitro imparcial no hay, propiamente, proceso arbitral. Los riesgos de parcialidad del árbitro son cada vez mayores y frente a ellos debe lucharse mediante la acción de anulación del laudo si se infringe el principio de igualdad y el de independencia o concurre un vicio del consentimiento del 1265 CC. En todo caso, la parcialidad del árbitro es un vicio que afecta al orden público constitucional por lo que podrá impugnarse a través de la acción de anulación del laudo con invocación de este motivo.

16. Es posible someter a arbitraje de derecho y de equidad la resolución del contrato de arrendamiento.
17. El derecho de enervación del arrendatario es un derecho aplicable exclusivamente al procedimiento arrendaticio judicial pero no hay razones legales para extenderlo al procedimiento arbitral de desahucio.
18. En el ámbito del Derecho de Consumidores, dado que es preciso que el procedimiento arbitral de consumo se inicie por el consumidor, el empresario-arrendador, ante el impago de la renta, no podría iniciar el procedimiento arbitral de consumo.
19. En el ámbito del Derecho de Consumidores si el arbitraje se concierta antes de que surja el conflicto debe ser necesariamente un arbitraje de consumo o un arbitraje institucional creado por normas legales para un sector o un supuesto específico.
20. Atendiendo a argumentos gramaticales, sistemáticos, históricos y de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado, entendemos que el arbitraje es válido desde que concurre el consentimiento, objeto y causa y que la ausencia de forma escrita no implica la nulidad del convenio arbitral, porque la misma no tiene un valor *ad solemnitatem* sino *ad probationem*; por lo que los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar dicha forma escrita.
21. El laudo arbitral, salvo los previstos en el artículo 48.3 del RD 231/2008, es firme desde que se dicta e irrecurrible. Frente a él se darán, en su caso, las acciones de impugnación de la cosa juzgada -acción de anulación y revisión- que no tienen naturaleza de recurso y que presuponen la firmeza del laudo cuya cosa juzgada tratan de atacar.

22. Como los laudos tienen, como regla general, efectos de cosa juzgada el proceso arbitral de desahucio tiene carácter plenario frente al carácter sumario que tiene el proceso judicial de desahucio, lo que implica que, en sede arbitral, el arrendatario demandado por falta de pago no tenga limitadas sus facultades alegatorias y probatorias y que puedan suscitarse cuestiones complejas.
23. El árbitro no puede solicitar en la ejecución del laudo el pago de sus honorarios, ya que no está legitimado para instar en su nombre la ejecución del laudo.
24. Las partes intervinientes en un proceso arbitral deben poder reclamar en vía judicial el pago de las costas y gastos que fija el laudo aunque no prueben dicho abono o reintegro previo.
25. La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, ha resuelto la discusión doctrinal y jurisprudencial existente sobre la necesidad o no de Procurador y Letrado para instar la ejecución del laudo exigiendo dicha postulación procesal si la cantidad por la que se despacha ejecución es superior a 2.000 euros.

BIBLIOGRAFÍA, DOCUMENTACIÓN Y OTRAS FUENTES

1. Libros y artículos de revistas

ALBALADEJO GARCIA, M.: “La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de derecho que infringe las normas debidas aplicar” en *Revista de Derecho Privado*, año 74 mes 3-1990, págs 171-186.

ALMAGRO NOSETE, J.: “La ejecución del laudo arbitral” en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, UNED, Madrid, 1988, núm 0, págs 15-36.

ALONSO CUEVILLAS SAYROL, J.: *Procesos arrendaticios. Urbanos y comunes. Tras la nueva LAU de 24 de noviembre de 1994*, Ed. J:M. Bosch Editor S.L., Barcelona, 1996.

ALVAREZ MORENO, M.T.: “La protección del consumidor en el mercado inmobiliario: Compraventa y arrendamiento de vivienda” en *Revista de Derecho Privado*, Noviembre- Diciembre 2009 pág. 3-48.

ARIAS LOZANO, D.: (Coord) *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Pérez Llorca Abogados, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005.

BARONA VILAR, S.: “La ejecución del laudo arbitral, (según la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje)”, en *Revista del Poder Judicial* nº 21. Marzo 1991, págs 9-29.

BARONA VILAR, S.: (Coord). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Ed. Thomson Reuters CIVITAS, 2ª edición, Navarra. 2011.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Ed. Aranzadi. 2ª Edición, 1997, Pamplona.

CAMPO VILLEGAS, E.: “Problemas de forma en el laudo arbitral: artículo 37.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje”, en *Anuario de Justicia Alternativa*,

núm 5/2004, febrero 2004 págs 159-173.

CAMPOS VILLEGAS, E.: “*Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva ley*” Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona. 2004, <http://www.ajilc.cat/pdf/discursos/Discurs%20Campo%20Villegas.pdf>.

CARRERAS LLANSANA, J.: “Contribución al estudio del arbitraje. Ensayo de Derecho Comparado”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Bosch. Barcelona. 1962, págs 433-452.

Código Procesal Civil Alemán.. Konrad Adenauer- Stiftung. Ed: Gisela Elsner. Montevideo 2006. Traducción PEREZ RAGONE, A.J y ORTIZ PRADILLO, J.C.

CONEJO ALBA, J. “El arbitraje en materia de arrendamientos urbanos” en *abogacía* nº 0/octubre de 2008 pág 27-45.

CORDON MORENO F. *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1995.

CORTÉS FRESCO, J. M.: “*Arbitraje en materia de arrendamientos*”. Consultado en Internet <http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Civil/Arrendamientos/Arbitraje-en-materia-de-arrendamientos.html>

DE CASTRO Y BRAVO, F.: “El arbitraje y la nueva Lex Mercatoria” en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXII, Fascículo IV Octubre-Diciembre 1979, págs. 619-726.

DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España*. Ed. Civitas. Madrid. 1984.

DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*. Ed. Civitas Madrid. 1985.

DE MONTAGUT ESTRAGUES, T.: “La Sentència Arbitral de Cataluña de 1486” en *L'Avenç* (núm. 93). Barcelona. 1986 págs 54-60.

- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *El arbitrio de un tercero en los Negocios Jurídicos*. Ed. Bosch Barcelona. 1957.
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje” en *Anuario de Derecho Civil*, 1954, T. 7 Fascículo 4, Oct- Dic 1954 págs 1155-1173.
- FERNANDEZ BALLESTEROS LOPEZ, M.A.: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*. Iurgium. Madrid. 2001.
- FERNANDEZ DE BUJAN, A.: “Contribución al estudio histórico jurídico del arbitraje” en *Religión y Cultura LI* (2005) pág 711-738. Internet: http://religionycultura.org/2005/234/RyC234_4.pdf.
- FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*. Ed. Iustel 1ª Edición. Madrid. 2006.
- FERNANDEZ DEL POZO, L.: “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por "justa causa" en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005 de 17 de enero de 2005" en *Revista de Derecho de Sociedades* 26. Ed. Thomson Aranzadi. 2006 págs 269-309.
- FERNANDEZ ROZAS, J.C.: “La situación actual de arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986. pp. 29-52. Consultado en Internet: <http://eprints.ucm.es/7740> .
- FUENTES LOJO, J.V. *Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos*. Tomo I Ed. Bosch Barcelona. 1996.
- GARBERI LLOBREGAT, J.: “*Los nuevos juicios verbales de desahucio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, Editorial Bosch, Primera edición, Barcelona. 2009.
- GASPAR LERA, S.: “Eficacia Subjetiva del Arbitraje” en *Actualidad Civil* Tomo 1999-4 LXVIII Ed. La Ley, Madrid. págs 1387-1420.

GASPAR LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Editorial Aranzadi. Navarra. 1998.

GONZALEZ SORIA J. (Coord): *Comentario a la nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/03 de 23/12*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2011.

GONZALO QUIROGA, M.: “*Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*”. Universidad Complutense de Madrid, Tesis Doctoral, Madrid, 2001. Consultada en Internet <http://eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t24965.pdf>.

GONZALO QUIROGA, M. (Dir.): *Métodos alternativos de solución de conflictos: Perspectiva multidisciplinaria*. Ed. Dykinson. Madrid, 2006. Servicio de publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos.

GUASP DELGADO, J.: *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Ed Bosch, Barcelona 1956.

GUDIN RODRIGUEZ MAGARIÑOS, A.E.: “La eficacia de la cosa juzgada en el juicio de desahucio por precario”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm 11/2011 Ed. Aranzadi págs. 99-119.

GUILARTE GUTIERREZ, V. (Dir): *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Lex nova, Valladolid, 1994.

GUILARTE ZAPATERO, V.: “Perspectivas y posibilidades del arbitraje en arrendamientos urbanos” en *El arbitraje en arrendamientos urbanos*, Dir: GUILARTE ZAPATERO y otros Ed. IVDP, Corte Vasca de arbitraje, San Sebastián 1992 pág. 7-20.

GUTIERREZ MASSON, L.: *Del consortium a la societas. I. el Consortium Ercto no cito*. Universidad Complutense de Madrid. Sección de Publicaciones. Madrid. 1987.

IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Ed. Ariel

Barcelona 1987.

IÑIGUEZ ORTEGA, P.: *Efectos del concurso del empresario en el sistema arbitral. A propósito de la Ley 22/2011 de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003 e 23 de diciembre de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado*. IVDP. San Sebastián. 2011.

LA CHINA, S. *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*. 4ª Edición. Editorial Giuffrè Editore 2007.

LACRUZ BERDEJO, J.L (Coord) *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Vol Tercero Contratos y cuasicontratos 2ª Edición Bosch. Barcelona. 1986.

LAMARCA MARQUEZ, A.: (Dir) Código Civil Alemán. *Burgeliches Gesetzbuch*. Madrid. 2008.

LEON ALONSO, J.R.: *Comentarios al Código Civil, Tomo XXI Vol 2º Artículos 1709 a 1739 del Código Civil*. Ed. EDERSA Dir. ALBALADEJO GARCIA, M. Consultado en Internet: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-1709-230217>.

LORCA NAVARRETE, A.M.: “Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de Dieciocho de octubre de 2010. Comentario de Antonio María Lorca Navarrete” *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje Cuaderno 2-2011*. IVDP. Consultado en Internet: <http://www.leyprocesal.com>.

LORCA NAVARRETE A.M.: “*Litigio est quod notamus in arbitratum (A propósito de la justificación constitucional del arbitraje y de la sustanciación garantista de las actuaciones arbitrales con arreglo a la vigente regulación normativa)*” IVDP. San Sebastián 2011.

LORCA NAVARRETE, A.M.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Ed. IVDP. San Sebastián, Marzo 2004.

- MARIN LOPEZ, M.J.: “Los efectos del concurso del empresario en el sistema arbitral de consumo” en *Anuario de Derecho concursal*, 19, Enero-abril 2010, pág 89-114.
- MARCOS FRANCISCO, D.: “La resolución de litigios vía arbitraje en el ámbito de arrendamientos urbanos: una ocasión desaprovechada en un contexto de reformas proyectadas sobre arbitraje y procesos arrendaticios” en *Diario La Ley*, Nº 7624, Ed. LA LEY, 2011. http://www.larioja.org/upload/documents/680818_DLL_N_7624-2011.La_resolucion_de_litigios.pdf.
- MARTIN BERNAL, J.M. “El poder de disposición en el arbitraje según la LEC” en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Volumen II Coord. GONZALEZ PORRAS J.M y MENDEZ GONZALEZ, F.P, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª Edición 2004, pág 3081 a 3097.
- MATEU BARROSO, C.L.: “Los riesgos del arbitraje en arrendamientos urbanos”, consultado en Internet: http://www.urbanoticias.com/noticias/hemeroteca/14713_los-riesgos-del-arbitraje-enarrendamientos.shtml
- MATHEUS LOPEZ, C.A.: *La independencia e imparcialidad del Arbitro*. Editorial IVDP. San Sebastián. 2009.
- MEDINA LIMA, I.: “El arbitraje privado en nuestro derecho” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México.Enero Junio 1988. Consultado en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/157/dtr/dtr8.pdf>.
- MERCHAN ALVAREZ, A.: *El Arbitraje: estudio Histórico- Jurídico*. Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1981.
- MERINO MERCHAN J.F. y CHILLON MEDINA J.M.: *Tratado de Derecho Arbitral* 3ª Edición Ed. Thomson Civitas Navarra. 2006.
- MONTERO AROCA, J.: (Dir.): *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, AA.VV., Ed. Civitas, Madrid, 1990.

- MONTERO AROCA, J.: “La Duración del Proceso Declarativo Civil Español”, 1975, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N° 24. Consultado en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art14.pdf>.
- MONTERO AROCA, J.: *Derecho Jurisdiccional I Parte General*. 15ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.
- MUNNE CATARINA, F.: *El arbitraje en la Ley 60/2003. Una visión práctica para la gestión eficaz de los conflictos*. Ed. Ediciones Experiencias SL. Barcelona. 2004.
- MUÑOZ GONZALEZ, L.: "El desahucio arbitral" en *Actualidad Civil* núm. 8/17-23 febrero 1997 . Consultado en Actualidad Civil 1997- 1 Sección Doctrina págs 169-182.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil comentado y con Jurisprudencia*. Ed. La Ley Tercera edición. Madrid. 2003.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.:“El contrato de compromiso según la Ley de arbitraje, de 5 de diciembre de 1988” en *Actualidad Civil*, 1989.I, págs 1-14.
- OGAYAR AYLLON, T.: Comentarios al Código Civil Tomo XXII - Vol. 2º, Artículos 1809 a 1821 del CC y Ley de Arbitrajes de Derecho Privado. Ed. EDERSA. 1983. Dir. ALBALADEJO GARCIA, M. Consultado en Internet: vLex: VLEX-256592 <http://vlex.com/vid/ley-articulo-256592> .
- OGÁYAR AYLLON, T.: *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*. Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1977.
- ORAA GONZALEZ, J.: “El régimen procesal de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. Notas críticas” en *La Ley* núm 3833, de 28 de julio de 1995, p 1-6.
- OTERO LASTRE, J.M “El derecho fundamental a la tutela arbitral efectiva” en *Abogados*- Febrero- 2007 página 52- 55.
- PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral* Ed. Aranzadi 1ª Edición.

Navarra 2010.

PASARO MENDEZ, I.: *Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios y el nuevo panorama del arbitraje en España. Estudio y Jurisprudencia*. Internet: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200701-385597999631212.html>.

PAZ ARES RODRIGUEZ, C y otros (Dir.): *Comentarios al Código Civil*. Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2ª Edición.

PERALES VISCASILLAS, P.: “Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la ley concursal 22/2003 (y II)” en *La Ley* Nº 3, 2004 págs 1849-1859.

PEREZ MIRALLES, J.A.: *Arbitraje y Mediación Inmobiliaria . Especial Referencia a la Propiedad Horizontal*. Ed Tirant Lo Blanch, 2012.

PÉREZ PRENDES, JM.: *Curso de Historia del Derecho Español*. Sección de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, 1984.

PICO I JUNOY, J.: “El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales” *Diario La Ley*, Nº 6198, 25 Feb. 2005, Año XXV, Ref. D-48. Consultado en Revista Jurídica la Ley, 2, 2005 pág 1427 a 1441.

PULGAR EZQUERRA, J. *La Declaración del Concurso de Acreedores*. Ed. La Ley. Madrid 1ª Edición 2005.

RIBON SEISDEDOS, E.: *Manual Básico de Consumo*. 2º Edición. CEACCU. 2009.

RODRIGUEZ ROBLERO, M.I.: “Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje” Tesis doctoral Madrid 2010 Universidad Complutense de Madrid. Consultada en Internet <http://eprints.ucm.es/11611/1/T32148.pdf>.

SEPIN: “Encuesta Jurídica Mayo 2004: ¿Cabe arbitraje en el desahucio? ¿Seguirá siendo competente el lugar de la finca?” en *Cuaderno de arrendamientos urbanos* Nº 248, Ed. SEPIN, 2004, pág 3-14. [SP/DOCT/2021].

SERRA DOMINGUEZ, M.: *Estudios de Derecho Procesal*. Ed. Ariel. Barcelona. 1969.

VAZQUEZ SOTELO, J.L.: “Arbitraje y Proceso Judicial. Interferencias entre el arbitraje y el proceso judicial”. Ponencia recogida en *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal* Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, 1ª Edición, México pág. 249-276. Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/745/17.pdf> .

VON IHERING, R.: «Theorie der juristischen Technik», en *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwincklung*, tomo 2.2 [1858], Scientia Verlag, Aalen, 1968, pp. 322-389. Traducción castellana de Sergio Sanjosé. Internet: <http://www.uv.es/mariaj/textos/ihering.pdf>.

VON IHERING, R.: *La Lucha por el Derecho*. Ed. CAJICA México-Lima -Buenos Aires 1921 Traducción de POSADA. A.

YÁNEZ VELASCO, R.: *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ZAPPALA, F.: “Universalismo histórico del arbitraje” en *Vniversitas Bogotá (Colombia)* N° 121 pag 193-216, julio-diciembre de 2010. Consultado en Internet <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n121/n121a08.pdf>.

2. Jurisprudencia

1. Sentencias del Tribunal Constitucional

- STC 24/1981, de 14 de julio. Sala Primera (BOE de 20 de julio).
- STC 26/1983, de 13 de abril de 1983. Sala Segunda.-(BOE de 17 de mayo).
- STC 288/1993, de 4 de octubre .Sala Primera. (BOE de 11 de noviembre).
- STC 176/1996, de 11 de noviembre. Sala Segunda (BOE de 17 de diciembre).
- STC 75/1999, de 26 de abril. Sala Segunda . (BOE de 1 de junio).
- STC 11/2000 de 17 de enero. Sala Primera. (BOE de 18 de febrero).
- STC 51/2012 de 29 de marzo. Pleno (BOE de 27 de abril).

2. Sentencias del Tribunal Supremo (Todas son de la Sala de lo Civil).

- SSTS de 10 de marzo de 1986 (dos). Sección 1ª. (Id Cendoj: 28079110011986100610 y 28079110011986101234).
- STS de 13 de octubre de 1993 [TOL 11.796].
- STS de 28 marzo 1990. Sección 1ª. [TOL 1.729.216].
- STS de 7 de marzo de 1996. Sección Única.[TOL 1.659.388].
- STS de 23 de marzo de 1996. Sección Única. [TOL 1.659.392].
- STS de 12 de febrero de 1999 [TOL 1.691].
- STS 14 de noviembre de 2000 [TOL 12.810].
- STS de 26 de mayo de 2005 Sección Primera [TOL 656.551].
- S.T.S. 17 de noviembre de 2010, Sección 1ª [TOL 2.003.153].

3. Sentencias de las Audiencias Provinciales

- SAP Alicante de 24 de octubre de 2001 (Sección 5ª) [SP/SENT/32249].
- SAP Almería de 18 de febrero de 2003 (Sección 2ª) [SP/SENT/43312].
- *AAP de Madrid de 13 de abril de 2005 (Sección 12ª) [TOL 669.575].*
- AAP de Madrid de 20 de enero de 2005 (Sección 18ª) [TOL 559.498].
- SAP de Madrid de 30 de junio de 2005 (Sección 14ª) [TOL 717.471].
- SAP de Madrid de 28 de julio de 2005 (Sección 14ª) [TOL 732.887].
- AAP de Barcelona de 14 diciembre de 2005 (Sección 15ª) (JUR 2006/85953).
- SAP de Madrid 25 de julio de 2006 (Sección 14ª) [TOL 1.027.416].
- SAP de Valladolid de 3 de diciembre de 2007 (Sección 1ª) [TOL1.507.870].
- SAP de Madrid de 26 de octubre de 2007 (Sección 10ª) [TOL1.233.882].
- AAP de Madrid de 22 de enero de 2008 (Sección 21) [TOL 1.894.742].
- AAP de Madrid de 11 de febrero de 2008 (Sección 11ª) [SP/AUTRJ/160600].
- SAP de Alicante de 6 de noviembre de 2008 (Sección 8ª)[TOL 1.801.232].
- AAP de Madrid de 12 de noviembre de 2008 (Secc. 20ª) [SP/AUTRJ/441332].
- AAP de Madrid de 7 de noviembre de 2008 (Sección 20ª) [SP/AUTRJ/441297].
- SAP de Valencia de 5 de diciembre de 2008 (Sección 11ª) [TOL 1.482.902].

- AAP de Madrid de 10 de diciembre de 2008 (Sección 20ª) [SP/AUTRJ/445896].
- SAP de Soria 20 de abril de 2009 (Sección 1ª) [TOL 1.523.728].
- SAP de Valencia de 19 de junio de 2009 (Sección 6ª) [TOL 1.581.179].
- SAP de Madrid de 22 de junio de 2009 (Sección 11) [TOL 1.575.572].
- SAP de Madrid de 19 de febrero de 2010 (Sección 25). [TOL1.821.814].
- SAP de Ciudad Real de 8 de julio de 2010. (Sección 2ª) [TOL 1.928.766].
- AP Madrid de 28 de octubre de 2010 (Sección 19ª) [SP/SENT/628665].
- AAP de Madrid de 12 de noviembre de 2010 (Sección 25ª) [TOL 2.162.079].
- SAP de Madrid de 26 de noviembre de 2010 (Sección 25ª) [TOL 2.031.898].
- AAP de Madrid de 9 de febrero de 2011 (Sección 14ª) [SP/AUTRJ/637307].
- SAP de Barcelona de 15 de febrero de 2011 (Sección 4ª) [TOL 2.133.028].
- AAP Madrid de 15 de febrero de 2011 (Sección 14ª) [SP/AUTRJ/638830].
- AAP Madrid de 17 de febrero de 2011 (Sección 9ª)[SP/AUTRJ/637519]
- AAP Madrid de 17 de febrero de 2011 (Sección 9ª) [SP/AUTRJ/638825]
- AAP de Madrid de 14 de marzo de 2011 (Sección Octava) [SP/AUTRJ/629508].
- SAP de Les Illes Balears de 23 de marzo de 2011 (Sección 5ª) [TOL 2.125.076].
- AAP Madrid de 30 de marzo de 2011 (Sección 19ª). [SP/AUTRJ/637714].
- AAP Madrid de 14 de abril de 2011 (Sección 13ª) [SP/AUTRJ/637120].
- AAP Madrid de 26 de abril de 2011 (Sección 21ª)[SP/AUTRJ/638833].
- AAP Madrid de 4 de mayo de 2011 (Sección 9ª) [SP/AUTRJ/637712].
- SAP de Valencia de 10 de mayo de 2011 (Sección 8ª) [TOL2.223.682].
- AAP Madrid de 16 de mayo de 2011 (Sección 9ª) [SP/AUTRJ/637711].
- SAP de Asturias de 14 de junio de 2011 (Sección 7ª)- [TOL 2.190.014].
- AAP Madrid de 30 de junio de 2011 (Sección 14ª) [SP/AUTRJ/647826].
- SAP de las Palmas de 15 de julio de 2011 (Sección 5ª) [TOL2.232.520].
- AAP Madrid de 19 de julio de 2011 (Sección 12ª) [SP/AUTRJ/642659].
- AAP Madrid de 19 de julio de 2011 (Sección 12ª) [SP/AUTRJ/642833].
- AAP de Madrid de 2 de noviembre de 2011 (Sección 21ª) [SP/AUTRJ/654786].
- AAP de Madrid de 4 de noviembre de 2011 (Sección 9ª) [SP/AUTRJ/654775].
- AAP de Madrid de 11 de noviembre de 2011 (Sección 9ª) [SP/AUTRJ/656514].
- SAP de Zaragoza de 24 de noviembre de 2011 (Sección 5ª) [TOL 2.299.970].

- AAP de Madrid de 10 de enero de 2012 (Sección 21ª). [SP/AUTRJ/661548].
- SAP de Madrid de 23 de febrero de 2012 (Sección 11ª) [TOL 2.509.931].