

## Ponencia de D. Juan Fernández-Armesto

### “El papel del arbitraje internacional en la nueva Ley”

#### II Encuentro especializado sobre Arbitraje

##### organizado por Recoletos

26 de mayo de 2004

### I Introducción

- El arbitraje nacional es un lujo, una alternativa a la jurisdicción ordinaria.
- El arbitraje internacional es una necesidad
  - creciente globalización: incremento del comercio y de la inversión extranjera
    - contradicción: inexistencia de tribunales internacionales
  - necesidad de someterse a tribunales nacionales
    - problemas de imparcialidad, desconocimiento, incertidumbre
    - problemas de ejecución de sentencias extranjeras;
    - ausencia de un tratamiento universal.
- Arbitraje internacional es el único instrumento
  - que otorga seguridad jurídica en el comercio internacional;
  - que garantiza un tratamiento imparcial;
  - cuya eficacia está asegurada por un Convenio internacional de aceptación unánime: el Convenio de Nueva York.
- Convenio de Nueva York
  - ratificado por más de 130 países;
  - garantiza el respeto a la cláusula arbitral: eficacia real (*“El Tribunal de uno de los Estados*

*contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo [de arbitraje], remitirá a las partes al arbitraje”;* art. II.3);

- garantiza el reconocimiento y la ejecución del laudo (“Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba” una de las siete causas de denegación, que no permiten revisar el fondo del laudo, excepto si viola el orden público);
- éxito práctico reconocido: más del 90% de los laudos son cumplidos voluntariamente.
- El arbitraje internacional, en cambio, no es un sistema de solución de controversias
  - especialmente rápido
  - o especialmente barato
  - o inmune a dilaciones kafkianas u otras patologías – en especial, si la cláusula arbitral presenta defectos.

## **II Recepción del arbitraje internacional en España**

- Hace 25 años, el arbitraje internacional no estaba reconocido en España:
  - La Ley de Arbitraje de 1953 no lo regulaba.
  - En 1979 D. Federico de Castro publicó un artículo soflama en el ADC condenando arbitraje internacional y nueva *lex mercatoria*.
  - Se temía la “fuga del Derecho” a favor de los países más poderosos; el debilitamiento de la soberanía; la desprotección de los nacionales.
  - El TS rechazaba sistemáticamente el *exequatur* a los laudos arbitrales internacionales.

- El arbitraje internacional se ha ido introduciendo al mismo paso que
  - la democracia y la defensa de los derechos humanos;
  - la apertura e internacionalización de nuestra economía;
  - el giro de España de país importador y receptor de inversión, al de país exportador e inversor en el exterior.
- Hitos del proceso:
  - 4 Octubre 1975: se publica en el BOE el Convenio Europeo de Arbitraje (¡de 1961!);
  - 9 Julio 1977: se publica el Convenio de Nueva York (¡de 1958!), la piedra angular del sistema; además: España ratifica plenamente, sin reserva de reciprocidad y de comercialidad;
  - 11 Febrero 1981: Pero aún han de pasar cuatro años hasta que el TS rectifica, y permite la ejecución de un laudo, dictado en rebeldía (“rebeldía interesada”).
- El siguiente paso fue la Ley de Arbitraje de 1988
  - fue un paso adelante;
  - norma sin duda bien intencionada;
  - pero no reguló adecuadamente el arbitraje internacional;
  - en especial no clarificó si la normativa del arbitraje nacional era o no aplicable a arbitrajes internacionales celebrados en España;
  - la LA 1988 dejaba oscura la cuestión más básica de un ordenamiento jurídico de arbitraje: si el sistema era monista (una ley común) o dualista (dos leyes diferentes);
  - TS adoptó una postura titubeante y al principio muy hostil;
  - STS 18.2.93: nulidad de una cláusula de sumisión por no incluir renuncia clara y terminante al fuero español;

- STS 28.3.94: nulidad de un laudo CCI por no haber sido protocolizado notarialmente;
- el TS rectificó a partir de la STS 23.7.2001, que cambió profundamente el enfoque: el sistema español es dualista, y el arbitraje internacional no está sujeto a la parte general de la LA.
- El cambio se ha producido demasiado tarde
  - España se considera “tierra de misiones”;
  - España no se designa como sede para arbitrajes internacionales;
  - juristas españoles tienen poca presencia en el arbitraje internacional;
  - a pesar de que las empresas españolas hacen uso intensivo del instrumento;
  - Estadísticas CCI del año 2002:
    - 54 parte/s españolas: 3,3% sobre el total de nacionalidades;
    - 12 árbitros de origen español: 1,2% sobre el total de árbitros;
    - 6 veces lugar del arbitraje España (ninguna vez decidido por la Corte): 1% sobre el total de arbitrajes;
    - 3% de los arbitrajes se realizaron en español.

### **III La nueva LA**

- La decisión del legislador español merece, en líneas generales, un decidido apoyo
  - la decisión de no retocar la LA de 1988, sino diseñar un modelo totalmente nuevo;
  - la decisión de inspirarse en la Ley Modelo de UNCITRAL, pensado para el arbitraje comercial internacional;
  - la decisión de seguir el modelo monista, y extender el ámbito de la Ley Modelo al interno y a todo el Derecho Privado;

- la decisión de promulgar una ley que incorpore principios y prácticas del arbitraje internacional, aunque rompa con cánones tradicionales.
- Se cierra el proceso, con un giro copernicano:
  - en 1977 se acoge por primera vez, aunque sea bastante a regañadientes, el arbitraje comercial internacional;
  - en 2004 las reglas del arbitraje comercial internacional se convierten en el estándar común para todo tipo de arbitraje, tanto interno como relativo a campos del Derecho Civil.

#### **IV Definición**

- Principio general: la NLA se aplica a los arbitrajes internos e internacionales, siempre que la sede se halle en territorio español
  - lugar del arbitraje: elegido por las partes, que de esta forma determinan;
    - (i) normativa aplicable al proceso;
    - (ii) fuero y causas de anulación del laudo;
  - concepto estrictamente jurídico, no fáctico: las reuniones pueden celebrarse en cualquier sitio.
- La NLA distingue entre arbitraje interno e internacional - art. 3
  - difiere de la Ley alemana, que no contiene ni definición;
  - la definición está cogida del art. 1 L Mod - aquí la definición es imprescindible, pues la L Mod sólo rige el arbitraje internacional.

- Razón para que la NLA mantenga la definición: la regulación no es totalmente monista; existen reglas especiales que sólo se aplican al arbitraje internacional; en especial:
  - sistema de fuentes diferente (art. 34.2 NLA);
  - el árbitro no tiene que ser abogado en ejercicio (art. 15.1 NLA);
  - validez del convenio arbitral (art. 9.6 NLA).
- Concepto: muy amplio, pues permite tres criterios alternativos (art. 3 NLA)
  - domicilio en Estados diferentes;
  - domicilio en el mismo Estado, pero relación jurídica con elemento extraterritorial o que afecte al comercio internacional.

#### **IV Fuentes aplicables al arbitraje internacional**

- Diferencias muy notables con arbitraje interno, en el que se aplica el derecho español, y la equidad si se ha pactado expresamente.
- En el arbitraje internacional se aplican en primer lugar las “normas jurídicas” elegidas por las partes (art. 43.2 NLA)
  - atención al término: no utiliza “derecho” “ordenamiento” o “ley”, sino normas jurídicas;
  - es una traducción de un concepto creado por el ordenamiento francés “*règles de droit*” en la reforma del art. 1498 *Code de Procédure civile* ;
  - el concepto fue recogido por la L Mod y por todos los ordenamientos modernos (“*rules of law*”, “*Rechtsvorschriften*”);
  - la traducción quizá no sea feliz (“normas de derecho” es el concepto utilizado por la L Mod).
- Concepto “normas jurídicas” es más amplio que el concepto “ley”, “derecho”
  - EdM: los conceptos “ley” o “derecho” exigen la remisión a un concreto ordenamiento;

- “normas jurídicas” engloba un concepto más amplio: normas de un ordenamiento, de varios ordenamientos o incluso reglas comunes del comercio internacional;
- NLA permite, pues, que las partes sometan el fondo del asunto a principios generales del comercio internacional, recopilados (como p.e. los Principios UNIDROIT) o sin recopilar.
- ¿Qué pasa si las partes no han pactado las fuentes aplicables al fondo de la controversia?
  - L Mod en este caso obligaba a los árbitros a elegir una norma de conflicto, y definir un ordenamiento estatal aplicable (art. 28.2);
  - NLA va dos pasos más allá (art. 34.2 II):
    - (i) no exige que el árbitro internacional elija una norma de conflicto, sino que puede elegir directamente las normas que le parezcan más apropiadas (“*voie directe*”);
    - (ii) permite a los árbitros que apliquen un ordenamiento estatal, o cualesquiera otras “normas jurídicas” (p.e. Principios UNIDROIT) que estimen apropiadas;
  - España ha adoptado en este punto la postura más avanzada e internacionalista (La nueva Ley alemana de arbitraje obliga al árbitro, en ausencia de pacto, a que aplique un ordenamiento jurídico estatal).

## V Conclusión

- Por primera vez en la historia, España tiene una Ley de Arbitraje apropiada
  - técnicamente bien redactada;
  - liberal y respetuosa con la libre disposición por las partes;
  - equivalente, y en muchos puntos más progresista que la normativa de otros países desarrollados.

- Somos:
  - un país neutral, puente entre dos continentes y dos culturas;
  - con una regulación moderna y progresista, y un legislador plenamente comprometido;
  - con unos Tribunales que han abandonado su secular escepticismo y ahora apoyan decididamente el arbitraje;
  - unos empresarios y juristas que confían crecientemente en el arbitraje.
- No existe razón alguna para que, en pocos años, España de “tierra de misión” pase a ser la tierra prometida del arbitraje internacional.