

Sobre la viabilidad constitucional y legal de la segunda instancia en el procedimiento arbitral: análisis especial de la problemática que suscita en relación con la acción de anulación, la ejecución del laudo y la admisión y práctica de la prueba\*.

**On the legal and constitutional feasibility of appeal in the arbitration procedure: particular analysis of issues raised in relation to the action for annulment, the enforcement of the arbitration award and the admission and taking of evidence.**

Jesús María Santos Vijande  
Catedrático de Derecho Procesal  
Ex-Letrado del Tribunal Constitucional

Fecha de Presentación: febrero 2011. Fecha de Publicación: marzo de 2011.

### Resumen.

El trabajo analiza la conformidad con la Constitución y con la ley de que las partes pacten y los reglamentos de las Cortes de Arbitraje prevean la segunda instancia en el seno del procedimiento arbitral. A partir de esa viabilidad constitucional y legal, se estudian los problemas que suscita dicha segunda instancia en relación con la acción de anulación, la ejecución del laudo, y la admisión y práctica de la prueba. Por último, se proponen sendos modelos de cláusula de sumisión y de procedimiento para la segunda instancia arbitral.

---

\* El presente trabajo ha sido realizado bajo los auspicios de la Corte Española de Arbitraje.

## **Abstract.**

The study analyses the legal and constitutional compliance of arbitration appeal procedures agreed by the parties and foreseen in the rules of courts of arbitration. On the basis of that legal and constitutional feasibility, the analysis encompasses issues raised in relation to the action for annulment, the enforcement of the arbitration award and the admission and taking of evidence. Finally, a model submission clause and a model arbitration appeal procedure are proposed.

## **Sumario**

- I. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FUNDAMENTO DE LA POSIBILIDAD JURÍDICA DE LA SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.
- II. SEGUNDA INSTANCIA ARBITRAL Y ACCIÓN DE ANULACIÓN.
- III. SOBRE LA EVENTUAL EJECUCIÓN PROVISIONAL DEL LAUDO IMPUGNADO ANTE UN TRIBUNAL ARBITRAL.
- IV. ÁMBITO DE LA PRUEBA EN LA SEGUNDA INSTANCIA ARBITRAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA GARANTÍA DE LA INMEDIACIÓN.
- V. MODELO DE CLÁUSULA DE SUMISIÓN Y DE PROCEDIMIENTO PARA LA SEGUNDA INSTANCIA ARBITRAL.

## **Palabras clave**

Arbitraje, laudo, segunda instancia, anulación, ejecución provisional, prueba, cláusula-tipo.

## **Keywords**

Arbitration, arbitration award, appeal, annulment, provisional enforcement, evidence, model clause.

## I.-LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FUNDAMENTO DE LA POSIBILIDAD JURÍDICA DE LA SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

1. Afirmar –como afirmo- la viabilidad jurídica, sin contravención alguna con el ordenamiento vigente en España –sea de origen convencional o meramente interno- de la segunda instancia y/o de la apelación en el procedimiento arbitral, exige reparar en una premisa a la vez fundamental e incuestionada por la doctrina y por la jurisprudencia, a saber: que el fundamento del arbitraje está en el poder de disposición<sup>1</sup>, en la libre voluntad de quienes a él se someten.

En palabras del Tribunal Constitucional: “El arbitraje es un medio heterónomo de arreglo 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)” (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4, y 9/2005, de 17 de enero, FJ 2).

2. Importa mucho destacar que esta libertad fundamental sobre la que se asienta la institución arbitral concierne tanto al derecho material y a la materia misma objeto de controversia, como al procedimiento a seguir para sustanciar el propio arbitraje. Como se verá de inmediato, en la conformación del inicio, desarrollo y terminación del proceso arbitral la voluntad de las partes es determinante, y a ello no obsta en absoluto que esa misma voluntad haya de respetar el orden público, y particularmente el orden público constitucional.

Pero, insisto, esa observancia del Derecho imperativo nada tiene que ver con la viabilidad jurídica de una fase de segunda instancia y/o de apelación en el seno del procedimiento arbitral, pues tal observancia ha de regir el entero devenir del arbitraje, desde su inicio hasta su terminación por un laudo único o por otro que resuelva un recurso contra el primero: tendremos ocasión de comprobar cómo, dado el estado actual de nuestro Derecho, en ambos casos se ha de mantener la posibilidad de que la jurisdicción del Estado pueda garantizar que a lo largo del procedimiento arbitral y en su culminación se han respetado ciertos principios intangibles con rango de derecho fundamental como son el de audiencia, igualdad y defensa efectiva –art. 24.1 CE-, y también, alguna garantía procesal de origen legal –en el ámbito civil-, como es, por ejemplo, la de la inmediatez en la práctica probatoria para su más eficaz valoración y consiguiente acierto en la decisión.

---

<sup>1</sup> v.gr., SSTC, 1ª, 21-11-1963, fJ 1º - R.A.J. 4.638- y 9-10-1989, fJ 6º -R.A.J. 6.899.

3. A desarrollar –sin ánimo de exhaustividad- y a precisar estas ideas se dirigen las siguientes reflexiones.

En primer término, dejaré constancia de hasta qué punto la Ley de Arbitraje y su “principal criterio inspirador”, la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (en adelante, LM), se sustentan en la libertad de las partes y su consiguiente poder de disposición, en lo que ahora concierne, respecto de la configuración del procedimiento arbitral, de la que es expresión particular, sin lugar a dudas, la libertad de decidir si ese devenir procesal es de instancia única, de doble instancia en sentido estricto –con plenitud de jurisdicción- o de primera instancia y apelación restringida, por ejemplo, a la revisión del Derecho, con o sin motivos tasados...

En segundo término, abundaré sobre el hecho de que la posibilidad legal y constitucional de recurrir el laudo en el seno del propio proceso arbitral no permite desconocer algunos límites legales y constitucionales que inciden, unas veces por necesidad y otras por conveniencia desde el punto de vista de la buena técnica procesal, en el modo de conformar el cauce de impugnación del laudo dentro del procedimiento arbitral. Al respecto, me referiré a la acción de anulación, a si procede la ejecución provisional del laudo recurrido y a la admisión y práctica de la prueba en la fase de impugnación.

4. La vigente LA (Ley 60/2003) afirma en su Exposición de Motivos –apdo. I- pretender un “salto cualitativo” respecto de su precedente, la Ley 36/1988. Acto seguido, el legislador explica en qué consiste esa novedad con las siguientes palabras:

“Así, su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/1972, de 11 de diciembre, ‘teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional’. El legislador español 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”.

5. Ninguna duda cabe de que la Ley Modelo, “principal criterio inspirador” de la Ley vigente en España, se asienta sobre la libertad de las partes para convenir el procedimiento (art. 19.1 LM). En este punto, resulta inexcusable, por su evidente valor interpretativo –aunque no se trate de una exégesis auténtica stricto sensu-, acudir a la Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada de 2006, cuando dice (§§ 34 y 35):

“El artículo 19 reconoce a las partes la libertad para convenir el procedimiento que ha de seguir el tribunal arbitral en sus actuaciones, con sujeción a algunas disposiciones imperativas al respecto, y faculta al tribunal arbitral, a falta de acuerdo entre las partes, a dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado...”.

“La autonomía de las partes para determinar las normas de procedimiento reviste especial importancia en los casos internacionales, pues permite a las partes seleccionar o adaptar las normas según sus deseos y necesidades concretos, sin verse obstaculizadas por los conceptos tradicionales, y posiblemente contradictorios, del derecho interno aplicable y sin el riesgo mencionado más arriba de frustración o sorpresa (véanse los párrafos 7 y 9 supra)...”.

Pues bien, sobre la base de este criterio preeminente de libertad de las partes en la conformación de la causa arbitral, la Secretaría de la CNUDMI, al analizar el régimen de impugnación del laudo en la LM, destaca cómo el laudo sólo podrá recurrirse mediante una petición de nulidad (art. 34.1 LM), sin perjuicio del control judicial por vía de excepción en el proceso de ejecución (arts. 35 y 36 LM). Ahora bien, a continuación la Secretaría deja muy claro que

“El art. 34 LM concierne únicamente a una acción ante un tribunal judicial (es decir, ante un órgano del poder judicial de un Estado). Con todo, nada impide que las partes recurran a un tribunal arbitral de segunda instancia si han previsto de común acuerdo esa posibilidad (como es frecuente en el comercio de ciertos productos básicos)” - § 45 in fine de la Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI.

Pongo especial énfasis en este último párrafo porque revela el error de base en que incurren quienes a veces postulan, como indiscutible dogma del arbitraje, la irrecorribilidad del laudo, con la única excepción de la irrenunciable, por razones constitucionales, acción de anulación: olvidan que esa única vía de impugnación –que nuestra propia Ley acepta siguiendo la Ley Modelo-, que es expresión de una clara prevención respecto de la diversidad de recursos frente al laudo –cfr. §

44 de la citada Nota explicativa-, lo es siempre por referencia a los recursos y/o acciones procesales suscitados ante los órganos jurisdiccionales, y no en detrimento de la libre voluntad de las partes, de su derecho a establecer un proceso arbitral de doble instancia o de instancia única más apelación en sus distintas modalidades...<sup>2</sup>

6. La Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 es particularmente ilustrativa acerca de su perfecta acomodación a la Ley Modelo en torno a la virtualidad del poder disposición o, si se quiere, de la libertad de las partes para adaptar el procedimiento a lo que, en cada caso, juzguen como exigencias de la causa.

Me detendré únicamente en una de las muchas referencias de esa E. de M. a la autonomía de la voluntad: la contenida en el primer párrafo de su apartado VI concerniente al Título V de la LA, que regula las actuaciones arbitrales. Dice así:

“La Ley vuelve a partir del 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, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es. Garantizado el respeto a estas normas básicas, las reglas que sobre el procedimiento arbitral se establecen son dispositivas y resultan, por tanto, aplicables sólo si las partes nada han acordado directamente o por su aceptación de un arbitraje institucional o de un reglamento arbitral. De este modo, las opciones de política jurídica que subyacen a estos preceptos quedan subordinadas siempre a la voluntad de las partes” (el resaltado es mío).

Muy acertada es la última frase del párrafo transcrito: así hay que calificar, como inequívoca opción de política jurídica –probablemente la más acertada en la generalidad de los casos- el que las actuaciones arbitrales se desarrollen en un procedimiento de única instancia y culminen en un único laudo; pero ir más allá, para deducir del silencio del legislador la prohibición de una opción distinta, sería, según hemos visto, radicalmente contrario a la libertad que ostentan las

---

<sup>2</sup> Así se ha de entender la frecuente referencia en normas internacionales y reglamentos de instituciones arbitrales a que el laudo es definitivo, inapelable, a que obliga a las partes, quienes le darán pronto cumplimiento renunciando a los recursos siempre que legalmente quepa esa renuncia (con esta o parecida formulación, cfr., v.gr., art. 34 LM, art. 32.2 Regl. UNCITRAL, art. 28.6 Regl. CCI, art. 26.9 Regl. LCIA, art. 39 Regl. Instituto CCE, art. 27.1 Regl. AAA, art. 43 Regl. CAM, arts. 31 y 32 Regl. CIMA, art. 32 RCEA). Se trata, siempre, de una renuncia a acciones ante órganos del Poder Judicial, no de una renuncia a la facultad de las partes de convenir el procedimiento arbitral que juzguen oportuno, respetando, eso sí, elementales exigencias de justicia como son la audiencia, la contradicción efectiva y la igualdad de oportunidades alegatorias y probatorias de los litigantes.

partes para determinar qué diligencias han de integrar el devenir procesal del arbitraje, principio de libertad que informa nuestra LA y su principal criterio inspirador, la Ley Modelo.

Resulta perfectamente congruente con lo anterior que el art. 25.1 LA, tras preservar la observancia de las debidas igualdad, audiencia y contradicción –art. 24.1 LA-, señale que “las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones”; y ello hasta el punto de que el art. 41.1.d) LA prevé la posible anulación del laudo cuando “...el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley...”.

7. Las consideraciones efectuadas hasta el momento intentan justificar una conclusión, a mi juicio, obligada: que, de lege lata, nada impide a quienes se someten a arbitraje estipular, con mayor o menor amplitud, que el laudo que se vaya a dictar en primera instancia sea impugnabile ante un tribunal ad quem, también constituido por árbitros<sup>3</sup>; sin embargo, cuestión distinta es cómo se ha de conciliar esa segunda instancia arbitral con la acción de anulación, con la eventual ejecución provisional del laudo dictado en primera instancia, y también con el ámbito de la prueba y el modo en que ésta se haya de valorar y practicar en esa segunda instancia.

## II. SEGUNDA INSTANCIA ARBITRAL Y ACCIÓN DE ANULACIÓN.

8. La segunda instancia en el arbitraje es posible siempre que no entrañe una renuncia a la acción de anulación prevista en la Ley de Arbitraje, trasunto de nuevo, también en este punto, de la Ley Modelo. Pero, entiéndase bien que junto a este carácter irrenunciable de la acción de anulación –sobre cuyo genuino fundamento constitucional haré algunas breves consideraciones– la articulación de una segunda instancia arbitral plantea un interrogante merecedor de respuesta, a saber: a los efectos del art. 40 LA, ¿el laudo dictado en primera instancia es un laudo definitivo, susceptible de acción de anulación, con independencia de que aún sea recurrible ante un tribunal arbitral ad quem? En otras palabras: ¿entraña una renuncia vedada por el ordenamiento

---

<sup>3</sup> En este sentido, a modo de ejemplo, al comentar el art. 25.1 LA y, en particular, el alcance y límites de la autonomía de la voluntad en la determinación del procedimiento arbitral, GÓMEZ JENE señala, citando el parecer concordante de SCHLOSSER y GEIMER, que “incluso se vislumbra la posibilidad de que las partes acuerden el recurso a una segunda instancia arbitral” (en Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003, Coord. Arias Lozano, Editorial Aranzadi, 2005, pág. 260).

Cumple recordar algo reseñado más arriba, a saber: en palabras de la Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI, el recurso a una segunda instancia arbitral, más que una posibilidad que se vislumbra, es una frecuente realidad en el comercio internacional de ciertos productos básicos.

imperativo el pacto, totalmente lógico, de quienes se someten a arbitraje de no acudir en anulación a los tribunales del Poder Judicial hasta haber culminado las instancias del arbitraje, y ello sin perjuicio de que al recurrir el primer laudo sea posible e incluso debido denunciar los motivos de anulación para que puedan ser apreciados, y en su caso subsanados, por el tribunal arbitral ad quem?

9. Es ya un lugar común afirmar que la razón de ser de la acción de anulación no es otra que garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y que es ineficaz y nulo el pacto renunciando a impugnar judicialmente la decisión del arbitraje (STS, 1ª, 10-3-1986, fj 7º -R.A.J. 1.168).

No niego la realidad de lo que antecede, pero sí importa señalar que, dentro de la complejidad del derecho a la tutela judicial efectiva, de la variada panoplia de derechos que integran ese derecho fundamental, el Tribunal Constitucional, en su más reciente jurisprudencia, ha venido a destacar que la importancia de la acción de anulación del laudo radica en que es el instrumento, de configuración legal, que permite el acceso a la justicia de quienes, en el curso del procedimiento arbitral, hayan visto vulnerados sus derechos de defensa, de igualdad, de audiencia y contradicción, a la imparcialidad de los árbitros, etc. En el bien entendido de que, según el TC, tales derechos, en el seno del arbitraje, no serían verdaderos derechos fundamentales –sí genuinos derechos subjetivos-, aunque en la medida en que su lesión no sea reparada por los tribunales de justicia, en esa medida, estaríamos ya ante la infracción de auténticos derechos fundamentales, los consagrados en el art. 24 CE, siendo entonces imputable su infracción al órgano jurisdiccional y siendo, por ello, susceptible de ser recurrida en amparo constitucional.

Este es el planteamiento de la STC 9/2005, cuando dice (FJ 2):

"este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo" (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2). "Sólo en la medida... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva" (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de las demás garantías contenidas en el art. 24 CE puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando la infracción alegada sea "imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles" dichas garantías, pero trasladar éstas "con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes



ocurridas durante su tramitación la nulidad del Laudo ... es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción" (STC 13/1997, de 27 de enero, FJ 2).

En este mismo sentido, advierte el FJ 2:

"aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional" (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1) a través de un recurso de amparo en el que se invoquen las garantías del art. 24 CE, cuyas exigencias se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal (véanse, también, los AATC 701/1988, de 6 de junio, FJ 1; y 179/1991, de 17 de junio, FJ 2) y que, con respecto al arbitraje, sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje (en esta fase se situó el conflicto que dio lugar, por ejemplo, a la STC 233/1988, de 2 de diciembre), el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo (el resaltado es mío).

Esta sentencia del TC explica su planteamiento, con mayor claridad aún, en el FJ 4, donde desestima la pretensión del justiciable de que ha carecido de acceso a la justicia, señalando que "esa hipotética falta de acceso se ve desmentida por la misma sucesión de hechos de los que se ha dejado constancia en los antecedentes. Pues basta observar, en efecto, que tras dictarse el Laudo arbitral no se ha visto privado en modo alguno de la posibilidad de pretender su nulidad a través del procedimiento legalmente previsto a este fin; por el contrario, utilizó dicho remedio procesal, sin obstáculos de ningún tipo, que concluyó con una resolución judicial".

Y añade:

"Es indudable que quienes someten sus controversias a un arbitraje ... tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (art. 12.3 de la Ley de Arbitraje de 1988 y art. 17 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 21.1 de la Ley de Arbitraje de 1988 y art. 24.1 de la Ley de Arbitraje de 2003), derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje -por medio de motivos de impugnación tasados- concede a quienes consideren que aquéllos han sido vulnerados.

Como ya se ha expuesto, sin embargo, la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje no son garantías derivadas -con el carácter de derechos fundamentales- del art. 24 CE, cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe ahora a las

concretas alegaciones que se están examinando, para el proceso -actuaciones jurisdiccionales- en el que se pretende la anulación del Laudo y para el órgano judicial que lo resuelve” (el resaltado es mío).

10. La doctrina constitucional expuesta permite establecer una precisión importante –que en algún aspecto no me parece incuestionable desde el punto de vista dogmático-: la acción de anulación es irrenunciable en cuanto que es el único instrumento estatuido por el legislador para permitir el acceso a la jurisdicción de los sometidos a arbitraje, acceso que constituye una exigencia indeclinable del art. 24.1 CE. Con otras palabras: esa irrenunciabilidad no deriva tanto de que la acción de anulación permita reparar lesiones de derechos fundamentales ocasionadas durante el arbitraje, pues, en una suerte de esquizofrenia conceptual, esas lesiones no recaerían sobre derechos fundamentales, sino sólo sobre derechos subjetivos, hasta tanto no sea imputable a un poder público y, en concreto, al Poder Judicial la omisión en su apreciación y en su subsiguiente reparación.

11. De ahí se sigue que no es una exigencia de la Constitución que la violación de derechos básicos y de garantías procesales igualmente esenciales cometida en la primera instancia de un procedimiento arbitral haya de ser denunciada inmediatamente ante la jurisdicción: basta con que esa denuncia sea posible para satisfacer el núcleo duro del derecho a la tutela judicial efectiva, que es el derecho de acceso a la jurisdicción, sin que viole el orden público constitucional posponer la impugnación ante los tribunales de justicia a la culminación del arbitraje por medio del laudo resolutorio de una segunda instancia.

Es más, en buena técnica procesal, esto resulta ser lo más lógico, congruente y eficaz para evitar dilaciones innecesarias y contradicciones indebidas. En efecto, ¿qué sentido tendría obligar a la incoación inmediata de actuaciones judiciales por vicios acaecidos en la primera instancia del arbitraje sin dar la posibilidad de que, con la celeridad propia del arbitraje, se puedan apreciar y, en su caso, subsanar los errores cometidos en el seno del mismo arbitraje – en su segunda instancia? Y ello con la ventaja añadida de que, en no pocas ocasiones, el tribunal arbitral ad quem, además de subsanar, podrá entrar a resolver el fondo del asunto, a diferencia de lo que pueden hacer los tribunales competentes para enjuiciar la acción de anulación, cuya sentencia únicamente es rescindente, total o parcial, pero no rescisoria<sup>4</sup>.

12. A la luz de lo que antecede se puede analizar la referencia del art. 40 LA a que la acción de anulación procede contra el laudo definitivo. Pudiera pensarse que el calificativo “definitivo” está siendo empleado en el sentido tradicionalmente atribuido por la ciencia procesal a las resoluciones así llamadas, esto es, las que ponen fin a la primera instancia (art. 207.1 LEC). Este

---

<sup>4</sup> Cfr., en tal sentido, por todas, STC 43/1988, de 16 de marzo, y SSTS, 1ª, 13-10-1986 (R.A.J. nº 5785) y 12-6-1987 (R.A.J. nº 4292)

entendimiento posibilitaría acudir a la acción de nulidad del laudo de primera instancia, aun estando pendiente su impugnación ante el tribunal arbitral ad quem.

Nada más lejos de la realidad: ese precepto de la Ley de Arbitraje no está pensando en una doble instancia que la propia Ley, en lícita opción de política legislativa, no ha previsto: su tenor literal está indicando, simplemente, que habrá de esperarse al final del procedimiento para instar la acción de anulación<sup>5</sup>.

13. La estipulación convencional de la revisión del laudo en el seno del propio arbitraje exige que nos detengamos, siquiera sea con brevedad, en una cuestión que, lo anticipo ya, en mi opinión resulta ardua: la posibilidad o no de ejecutar provisionalmente el laudo recurrido.

### **III. SOBRE LA EVENTUAL EJECUCIÓN PROVISIONAL DEL LAUDO IMPUGNADO ANTE UN TRIBUNAL ARBITRAL.**

El art. 45 LA señala que “el laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación”. La pregunta surge de inmediato: ¿es ejecutable el laudo recurrido, digamos, en una apelación arbitral de origen convencional? Ni que decir tiene que hablamos de un laudo que puede ser revocado si es estimada su impugnación, y que aun después es susceptible de anulación. La cuestión no se plantea, evidentemente, respecto de aquellos pronunciamientos del laudo de primera instancia que no hayan sido atacados, respecto de los cuales nada impide su ejecución forzosa en sentido propio.

14. No cabe duda de que el art. 45 LA ha querido subsanar una omisión consciente, a la vez que ampliamente cuestionada, de la Ley de 1988, que, a diferencia de su precedente –el art. 31 LAP de 1953–, nada dijo sobre la ejecución del laudo pendiente de anulación, lo que llevó a la mejor

---

<sup>5</sup> Si bien se mira, la justificación dada para sostener que, de existir una segunda instancia, los vicios de anulación han de ser invocados en ella, antes de incoar la acción jurisdiccional es perfectamente aplicable, por ejemplo, a la previsión del art. 22.3 in fine LA, cuando señala que “... si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral”. En las previsiones legales esa decisión desestimatoria, adoptada con carácter previo, puede ser calificada, con toda propiedad, de definitiva, lo cual es congruente con el tenor del art. 40 LA. Ahora bien, nada excluye que para estos mismos supuestos la autonomía de la voluntad de las partes prevea una suerte de apelación independiente ante un tribunal arbitral, que habría de plantearse antes de acudir a la vía jurisdiccional. Valga lo dicho, *mutatis mutandis*, para los casos del art. 23 LA.

<sup>6</sup> El art. 31.3º LAP de 1953 decía: “Podrá también concederse, a instancia de parte, ejecución provisional del laudo pendiente de casación o de nulidad, si el que la pidiera da fianza bastante, a juicio del juez, para responder de las costas y de los perjuicios que se pudieran ocasionar”.

doctrina, muy a su pesar, a calificar como “hermenéuticamente insostenible<sup>7</sup>” la ejecución provisional del laudo.

Hoy en día la LA confiere fuerza ejecutiva al laudo antes de la firmeza y durante la sustanciación de la acción de anulación. Pero al establecer esa ejecutividad la ley está partiendo de una premisa incontestable: que, desde el punto de vista de la propia ley –si bien de modo no imperativo-, el laudo no se va a revisar en el propio procedimiento arbitral...

Se podría pensar que el legislador ha establecido la fuerza ejecutiva del laudo con carácter general puesto que la predica incluso en el caso de que se haya ejercitado contra él la única acción de impugnación legalmente prevista. En esta línea de pensamiento cabe también señalar que, en nuestro sistema jurídico, a diferencia por ejemplo del alemán, el laudo es un título de ejecución directa sin necesidad de homologación, a la que no resulta asimilable en modo alguno la comprobación por el órgano judicial ejecutante de la regularidad formal del título, esto es, de su adecuación a la Ley de Arbitraje... Y es posible añadir, como argumento a favor, el cambio operado por la LEC en relación con la ejecución provisional: la inversión de la regla precedente y la apuesta decidida por generalizar la ejecución provisional, a instancia de parte, en el caso de las sentencias de condena, de modo que sólo puedan ser excluidas por el juez competente las sentencias declaradas no provisionalmente ejecutables por el art. 525 LEC.

15. Sin embargo, no es menos cierto que la fuerza ejecutiva de un título, en tanto en cuanto compromete el ejercicio del imperium monopolizado por el Estado –ejecutan los órganos jurisdiccionales, no los árbitros-, debe resultar claramente establecida por el legislador, y no debe en principio ser interpretada expansivamente. El título ejecutivo no es, en nuestro Derecho, de configuración convencional sin previa habilitación legal para ello: digo esto porque la Ley únicamente ha previsto de forma expresa fuerza ejecutiva para el laudo cuando éste es definitivo en el seno del propio arbitraje, y no es dable decir, a la vista de lo ya expuesto, que el legislador de 2003 no ha podido reparar en la posibilidad de que las partes puedan pactar una segunda instancia en el seno del propio arbitraje.

En este sentido, me parece significativo que el art. 45 LA regule la suspensión de la ejecución mediante un precepto que nada tiene que ver con la medidas de oposición a la ejecución provisional de la LEC: por el contrario, ese art. 45 es trasunto de un precepto, el art. 566 LEC, a todas luces incardinado en el ejecución forzosa propiamente dicha –no en la provisional-, como acredita su propia rúbrica: “sobre suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en casos de rescisión y de revisión de sentencia firme”.

---

<sup>7</sup> Una exposición muy acertada de esta problemática cfr. en ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, La ejecución de laudos arbitrales, Bosch, 1996, pp. 55-58.

A mayor abundamiento, la ejecución provisional –con los riesgos que conlleva- adquiere más sentido en relación con la impugnación del laudo ante los órganos judiciales, dada la tradicional lentitud de nuestra administración de justicia, que en el seno del propio arbitraje, dotado de mucha mayor agilidad. Y esto es así, con mayor razón si cabe, cuando se advierte que, en buena parte, la falta de ejecución provisional del laudo de primera instancia puede ser suplida por la eficacia que deriva de una de “las principales novedades” de la Ley –en expresión de su E. de M.: la enorme amplitud con que el art. 23 LA regula la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares, en la medida en que no establece restricciones a esa potestad, concibiéndola como concurrente con la jurisdiccional, que, por cierto, ha resultado sobremedida mejorada y ampliada por los arts. 721 y ss. LEC, y, señaladamente, por su art. 727.

En estas circunstancias, me parece muy discutible el postulado de que, por vía convencional –pacto de una segunda instancia-, sea posible comprometer la actuación de los órganos jurisdiccionales del Estado atribuyéndoles competencia para ejecutar provisionalmente el laudo dictado en una eventual primera instancia del arbitraje. Ante una pretensión semejante estimo muy probable que los tribunales requeridos para la ejecución de un laudo aún no definitivo en sede arbitral denieguen el despacho solicitado.

#### **IV. ÁMBITO DE LA PRUEBA EN LA SEGUNDA INSTANCIA ARBITRAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA GARANTÍA DE LA INMEDIACIÓN.**

16. Finalmente, conviene efectuar algunas consideraciones sobre cómo concebir la segunda instancia en el procedimiento arbitral, desde el punto de vista de las facultades de enjuiciamiento conferidas al tribunal ad quem, y la correlativa incidencia que tiene el alcance del juicio arbitral en el si y en el cómo de la actividad probatoria.

Si las partes estipulan un recurso de apelación –por utilizar la terminología clásica de nuestro Derecho Procesal- limitado a la revisión de la interpretación y aplicación del Derecho efectuadas por el tribunal a quo, ningún problema suscita el ámbito de la prueba; es más, en sentido estricto no tendría por qué admitirse y practicarse prueba alguna en dicho recurso: sería una impugnación limitada a cuestiones de Derecho, incluyendo entre tales el error en la valoración de la prueba, particularmente cuando ésta hubiese incurrido en contravención de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia, de los conocimientos derivados del saber científico aceptado en un determinado momento y de las reglas legales de valoración probatoria...

Sin embargo, si las partes pactan una segunda instancia propiamente dicha, esto es, un recurso de apelación en que el tribunal goce de la llamada “plenitud de jurisdicción”, donde quepa pues un nuevo juicio de hecho –con nueva valoración de la prueba practicada- y de Derecho, la problemática que se suscita tiene que ver con el cumplimiento de la garantía de la inmediación.

Y es que en nuestro ordenamiento procesal civil la intermediación en la práctica de la prueba se concibe como una exigencia indeclinable de orden público para la valoración del acervo probatorio, de tal suerte que su infracción lleva aparejada la nulidad radical de las correspondientes actuaciones (art. 137.4 LEC). Nulidad radical que podría predicarse del fallo sustentado –como premisa mayor de la ratio decidendi- en la valoración de una prueba de naturaleza contradictoria que se haya practicado en ausencia del juzgador. En consecuencia, se suscita el siguiente problema práctico: ¿es necesario repetir en apelación las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan ofrecido los peritos... a lo largo de la primera instancia –son, entre otros, los casos más característicos donde impera la necesidad de intermediación- para que el tribunal ad quem pueda sustentar en tales declaraciones su juicio de hecho, la valoración que le conduce a tener por ciertos unos hechos y no otros?

17. La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que es la que instaura en este ordenamiento procesal la sanción de nulidad para la prueba practicada sin la debida intermediación, prevé, con carácter general, que “las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias celebradas ante el Tribunal, se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen” (art. 147.1 LEC). Sobre esta base, el legislador ha construido un recurso de apelación dotado de plenitud de jurisdicción, donde la resolución impugnada puede ser revocada por otra favorable al recurrente, “mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante el tribunal a quo y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación” (art. 456.1 in fine LEC). A su vez, el art. 460 LEC, por obvias y atendibles razones de buena fe y de economía procesales, restringe la prueba admisible en apelación a las que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia, a las propuestas y admitidas en la primera instancia que no hubieren podido practicarse por cualquier causa no imputable al solicitante, y a las que se refieran a hechos de nueva noticia relevantes para la decisión del pleito.

En suma: se establece el recurso de apelación como una genuina segunda instancia, con plena posibilidad de revisar el juicio fáctico y jurídico, pero no se considera necesario repetir la prueba practicada en la instancia para su nueva valoración, pues se considera cumplida la garantía de la intermediación por la documentación de las actuaciones probatorias mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y sonido.

18. Llegados a este punto, y antes de adoptar una posición concreta en relación con la segunda instancia en el arbitraje, creo de interés dejar constancia de las conclusiones que se siguen de la jurisprudencia que ha emitido sobre el particular el Tribunal de Estrasburgo, en específica referencia a la garantía de la intermediación en los procesos de naturaleza no penal<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Un análisis por extenso de esta jurisprudencia cfr. en mi monografía Publicidad y secreto en el proceso penal, Comares, 1996, pp. 176 a 218; sobre la renuncia admisible a la publicidad procesal –entendiendo por tal la vista pública como instrumento de la intermediación procesal- cfr., en particular, pp. 209 a 218.

Resumidamente expuestas, esas conclusiones son las siguientes:<sup>9</sup>

1ª) En los procesos materialmente civiles, sociales y contencioso-administrativos se admite la renuncia expresa o tácita a la publicidad –entendiendo por tal la renuncia a la vista pública como instrumento imprescindible de la intermediación procesal-, incluso cuando el órgano judicial juzga con plenitud de jurisdicción y en única instancia. Se deduce la renuncia tácita del hecho de no solicitar vista pública, siempre que la legislación estatal o, en su defecto, la práctica de los tribunales no evidencien a priori la inviabilidad de tal solicitud.

Dicho de otra forma: lo que no permite el Convenio Europeo de Derechos Humanos es que la legislación excluya de modo indiscriminado la publicidad procesal (v.gr., casos *Le Compte, Van Leuven y De Meyère*, y *Albert y Le Compte*<sup>10</sup>) o que, a falta de legislación, el *usus fori* inequívoco niegue la celebración de audiencia oral, con la correlativa intermediación (caso *H. c. Bélgica*<sup>11</sup>). En estos supuestos no cabe exigir de los litigantes la súplica de una vista que con toda probabilidad no van a obtener.

2ª) En ausencia de renuncia expresa o tácita y aunque se trate de controversias no penales, también es imprescindible la audiencia presenciada por el juez, cuando éste resuelve en Derecho pudiendo pronunciarse con libertad sobre los hechos [v.gr., caso *Fredin c. Suecia* (núm. 212)]. No obstante, el TEDH acepta la posibilidad, en buenos conceptos más que problemática, de que, en los procesos no penales, puedan existir una o varias instancias sin publicidad externa, a condición de que ese defecto se subsane en una fase ulterior del procedimiento donde haya plenitud de jurisdicción.

19. Lo expuesto sobre las exigencias del CEDH en relación con la intermediación como garantía procesal en los procesos no penales permite sostener, habida cuenta de la naturaleza esencialmente convencional del arbitraje, que las partes podrían configurar una segunda instancia con plenitud de jurisdicción en que cupiese valorar, sin nueva necesidad de intermediación, la prueba practicada en la primera instancia, allí sí a presencia del tribunal arbitral, y máxime cuando las actuaciones relativas a dicha prueba estén convenientemente documentadas mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y del sonido.

Un sistema así, análogo al previsto en la LEC, es perfectamente ajustado a las exigencias del CEDH y de la Constitución –a fortiori cuando tenga un origen convencional, para el caso concreto-, sin perjuicio de que la flexibilidad del procedimiento arbitral permita incorporar al pacto

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 217 y 218.

<sup>10</sup> SSTEDH de 23 de junio de 1981 (serie A, nº 43) y 10 de febrero de 1983 (serie A, nº 58), respectivamente.

<sup>11</sup> STEDH de 30 de noviembre de 1987 (serie A, nº 127).

<sup>12</sup> STEDH de 23 de febrero de 1994 (serie A, nº 292-A).

que configure la segunda instancia una cláusula, más o menos abierta, facultando a los árbitros para que, de oficio o a instancia de parte, puedan recabar la repetición de alguna de las declaraciones evacuadas en la instancia si lo juzgan oportuno para mejor formar su convicción, aclarar puntos oscuros o precisar extremos relevantes para la decisión de la causa.



## V. MODELO DE CLÁUSULA REGULADORA DE LA SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Si las partes desean reservarse el derecho de apelar ante un tribunal arbitral de segunda instancia, pueden suscribir el siguiente modelo de cláusula, añadida, en su caso, al convenio arbitral-tipo. Digo, en su caso, porque, a la luz de lo expuesto, no veo impedimento teórico para que las partes, de común acuerdo, puedan suscribir una cláusula semejante una vez dictado el laudo que las vincula, y siempre antes de haber incoado una acción de anulación.

I. En relación con el convenio arbitral suscrito a favor de la Corte ..... de Arbitraje y en el seno del arbitraje administrado por dicha Corte, según su Reglamento y Estatuto, las partes se otorgan el derecho de apelar el laudo o laudos que se dicten ante un tribunal arbitral de segunda instancia, con carácter previo a la eventual incoación de la acción de anulación.

II. Sin perjuicio de la aplicación del Reglamento de la Corte .... de Arbitraje, el recurso de apelación se acomodará a las siguientes prescripciones:

### 1ª) Competencia.

El laudo o laudos recaídos en primera instancia serán apelables en el plazo de cinco días. Conocerá del recurso un tribunal compuesto por tres árbitros designados por la Corte según lo previsto en el ... de su Reglamento.

### 2ª) Ámbito.

En el recurso de apelación deberán alegarse los motivos de anulación del laudo. Cuando se alegue infracción de normas o de garantías procesales en la primera instancia, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello.

En virtud del recurso de apelación también podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque el laudo y que, en su lugar, se dicte otro favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos expresamente previstos en esta cláusula, se practique ante el tribunal de apelación.

### 3ª) Anuncio e interposición de la apelación, oposición al recurso e impugnación del laudo.

El recurso de apelación se anunciará ante la Corte dentro del plazo de cinco días a contar desde el siguiente a la notificación del laudo, mediante escrito que identifique el laudo apelado, fije la cuantía de la apelación y donde se manifieste la voluntad de recurrir. Transcurrido ese plazo, la Corte rechazará de plano el recurso.

Del escrito anunciando la apelación se dará traslado al apelado o apelados por diez días, quienes habrán de pronunciarse sobre la cuantía de la apelación y, en su caso, sobre la posible extemporaneidad del recurso.

Una vez designados los árbitros y puesta a su disposición el expediente, emplazarán al apelante, por diez días, para que presente escrito de interposición de la apelación en el que expondrá las alegaciones que fundamenten la impugnación.

Si el apelante no evacua el escrito de interposición dentro de plazo, los árbitros declararán desierta la apelación, definitivo el laudo impugnado e impondrán al apelante las costas causadas.

Del escrito de interposición se dará traslado a las demás partes, por diez días, para que formulen escrito fundado de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación del laudo apelado. Del escrito de impugnación se dará traslado al apelante principal para que en el plazo de diez días manifieste cuanto convenga a su derecho.

4ª). Presentación de documentos y solicitud de pruebas.

A los escritos de interposición, de oposición y, en su caso, de impugnación sólo podrán acompañarse los documentos que no hayan podido aportarse en la primera instancia por causa no imputable a quien pretenda su incorporación a la causa.

En los escritos de interposición, de oposición y, en su caso, de impugnación y de oposición a la impugnación, se podrá pedir, además, la práctica en segunda instancia de las pruebas siguientes:

- a) Las que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia siempre que se hubiere formulado la oportuna protesta.
- b) Las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse.
- c) Las que se refieran a hechos relevantes para la decisión del arbitraje ocurridos después de la fecha en que los árbitros declarasen cerrada la instrucción del procedimiento, o antes de dicho término, siempre que, en este

último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad.

No obstante lo anterior, los árbitros podrán recabar la nueva práctica de cuantas declaraciones y exposiciones prestadas en la primera instancia juzguen necesario presenciar para la mejor formación de su convicción.

En la admisión de nuevos documentos y de la prueba propuesta los árbitros velarán especialmente por la observancia de la buena fe procesal y por la evitación de dilaciones indebidas.

5ª) Admisión de prueba, conclusiones, audiencia y cierre de la instrucción del procedimiento.

Los árbitros decidirán sobre la admisión de documentos y de la prueba propuesta en el plazo de diez días desde el siguiente a la recepción del escrito de oposición y, en su caso, de impugnación. Si hubiere de practicarse prueba, se señalará día para la vista, dentro del mes siguiente.

Concluida la práctica de las pruebas, los árbitros darán traslado a las partes para que presenten por escrito sus conclusiones. Dicho trámite podrá ser sustituido o completado por un trámite de conclusiones orales.

Si no se hubiere propuesto prueba o si toda ella hubiere sido inadmitida, podrá acordarse también la celebración de una audiencia a petición de alguna de las partes o si los árbitros lo consideran necesario.

Formuladas las conclusiones o, en su caso, celebrada la audiencia, los árbitros declararán cerrada la instrucción del procedimiento de apelación.

6ª) Resolución de la apelación.

Los árbitros resolverán el recurso de apelación en un único laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios, que deberán dictarse dentro de los dos meses siguientes a la fecha de cierre de la instrucción del procedimiento.

Si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar el laudo en la primera instancia, los árbitros, tras revocar el laudo apelado, resolverán sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del recurso.

Cuando no sea de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior y la infracción denunciada fuere de las que originan la nulidad radical de las actuaciones o de parte de ellas, los árbitros lo declararán así, reponiéndolas al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió.

No se declarará la nulidad de actuaciones si el defecto procesal pudiere ser subsanado en la segunda instancia, para lo que los árbitros otorgarán un plazo de diez días, salvo que el vicio se pusiere de manifiesto en la audiencia y fuere subsanable en el acto.

Producida la subsanación y, en su caso, oídas las partes y practicada la prueba admisible, los árbitros resolverán sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del recurso.

El laudo o laudos que resuelvan la apelación deberán pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso, y en su caso en los escritos de oposición e impugnación. El laudo o laudos no podrán perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.

#### 7ª) Costas.

Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del recurso de apelación. También resolverán sobre la condena o la falta de condena en costas de la primera instancia si fueren impugnadas.

Los árbitros aplicarán el artículo ... del Reglamento de la Corte ... de Arbitraje, respecto de las costas del recurso, cuando sean desestimadas todas las pretensiones de la apelación. Ese mismo precepto será de aplicación para resolver en segunda instancia la impugnación relativa a la condena o a la falta de condena en costas de la primera instancia.

En caso de estimación total o parcial del recurso de apelación no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

#### 8ª) Gastos.

Los gastos del recurso apelación se determinarán y satisfarán de acuerdo con lo previsto en el art. ... del Reglamento de la Corte ... de Arbitraje con las siguientes especialidades:

a) El apelante fijará la cuantía de la controversia en el escrito anunciando la intención de recurrir, al que acompañará el justificante del ingreso de los derechos de admisión conforme a la cantidad fijada en el correspondiente Anexo del Reglamento.

b) La Corte establecerá el importe de la provisión de fondos que las partes habrán de consignar a efectos de tramitación del procedimiento a la vista del escrito anunciando la intención de recurrir y del escrito del apelado o apelados pronunciándose sobre la cuantía de la pretensión o pretensiones objeto de apelación.